

Bogotá D.C., noviembre 7 de 2017

Honorables Magistrados y Magistradas
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
E. S. D.

Referencia: Intervención ciudadana en el trámite de la acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 175 y 185 (parcial) de la ley 1819 de 2016 “Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones”

Expediente: D-12207

Magistrado ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo

Nosotros, Jorge Enrique Robledo, Ángela María Robledo y Alirio Uribe Muñoz, en nuestra calidad de ciudadanos y ciudadanas, Congresistas del Polo Democrático Alternativo y de la Alianza Verde, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, en uso de nuestros derechos y deberes ciudadanos consagrados en el artículo 95 numeral 7º de la Constitución Política, nos permitimos presentar intervención ciudadana dentro del asunto de la referencia para coadyuvar las pretensiones de la demanda contra los artículos 175 y 185 (parcial) de la ley 1819 de 2016 *“Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones.”*

En esta intervención queremos profundizar en varios argumentos que son esbozados en la demanda y que demuestran la inconstitucionalidad de la normas demandadas. En primer lugar mostraremos por qué la norma viola el derecho a la igualdad y no supera el test que la Corte Constitucional ha definido para analizar esas vulneraciones. En segundo lugar demostraremos, por qué al gravar con el 5% productos de primera necesidad para las mujeres como las toallas, compresas y tampones se desconoce también el derecho al mínimo vital. En tercer lugar, indicaremos por qué la norma desconoce el mandato constitucional conforme al cual no puede haber tributo sin representación y en cuarto lugar ofreceremos unos argumentos en torno a la omisión legislativa relativa. Para finalizar en la última parte ofrecemos algunas consideraciones en torno a una sentencia de constitucionalidad que abordó cuestiones similares pero precisando por qué ese pronunciamiento no constituye un precedente para este caso.

1. Razones que sustentan que la norma viola el artículo 13 de la Constitución Política y no supera el test de igualdad

Como claramente lo presenta la demanda de la referencia, la disposición demandada viola el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, pues pone una carga desproporcionada a las mujeres, que por una condición biológica inevitable, deben usar todos los meses toallas higiénicas o tampones, como una necesidad y no como una opción. Es de recordar que el derecho a la igualdad tiene una doble concepción, por un lado, exige un trato igual para quienes están en las mismas condiciones fácticas y, por el otro, un trato desigual para quienes están en situaciones diferentes. Así, en virtud del derecho a la igualdad se prohíben conductas que den un trato preferencial a una población que está en condiciones fácticas o jurídicas iguales, y a su vez, se promueve un trato diferenciado para lograr que quienes están en una condición desfavorable, especialmente vulnerables o marginados puedan equipararse a quienes no lo están.

Al imponer una carga tributaria a un producto de primera necesidad, como son las toallas higiénicas y los tampones, que sólo utiliza la población femenina, se está dando trato desigual a las mujeres. Así, el pago de un impuesto sobre un producto de primera necesidad que resulta además discriminatorio, refuerza la desigualdad fáctica y económica que ya existe entre hombres y mujeres, que es un hecho que la Corte ha reconocido al decir:

“Históricamente las mujeres, entendidas como grupo social, han sido objeto de discriminación en todas las sociedades y en la mayor parte de los aspectos de la vida: en sus relaciones sociales, económicas, políticas y personales; por esto, el ordenamiento jurídico colombiano ha reconocido y autorizado medidas tendientes a evitar la discriminación por razón de sexo, y ha encontrado en la igualdad, entendida como principio, valor y derecho fundamental, y en la no discriminación, un pilar fundamental para su protección. A las autoridades en el contexto de un Estado Social de Derecho, que se rige por el principio de igualdad material, le está prohibido dar tratos que fomenten las desigualdades sociales existentes y agraven la condición de pobreza y marginalidad de los ciudadanos, especialmente, de aquellos grupos que han sido tradicionalmente discriminados.”¹

La desigualdad económica de las mujeres con respecto a los hombres que es una realidad fáctica, antes que ser corregida por las normas que expide el legislador, resulta agravada por normas como la demandada, que refuerzan la discriminación en materia tributaria. Algunas cifras lo ejemplifican teniendo en cuenta la diferencia de ingreso de las mujeres en todos los niveles:

- Según las cifras del DANE, las mujeres tienen una tasa global de participación en el mercado laboral menor (55,2%) a los hombres (74,9%) y

¹ Corte Constitucional. T-386/2013. M.P. María Victoria Calle

la tasa de desempleo es mayor para las mujeres (11,7%) que la de los hombres (7%)². La brecha salarial oscila alrededor del 20,4%, y ellas trabajan en promedio 13 horas diarias sumando el trabajo remunerado y el doméstico y de cuidado no remunerado (dos horas más al día respecto a los hombres). Las mujeres están sobre representadas en sectores tradicionalmente mal, o no remunerados como el empleo doméstico (96,1%), los servicios comunales, sociales y personales (66,4%) y los trabajos familiares no remunerados (60,9%).

- La Encuesta de Calidad de Vida 2016 mostró que en el total nacional, el 34,8% de los hogares del país tenía jefatura femenina; esta condición corresponde principalmente a hogares de las cabeceras municipales (37,6%). En los centros poblados y rural disperso la jefatura femenina fue 24,3%. En distintos análisis el DANE ha mostrado que los hogares con jefatura femenina tienen una tasa de incidencia de pobreza mayor (31%) que aquellos con jefatura masculina (26%).
- Todo ello sin contar las enormes diferencias entre la riqueza y el patrimonio de las mujeres, pues incluso las mujeres “más ricas” que declaran renta, tienen menores ingresos que los hombres: “Las mujeres perciben ingresos brutos que en promedio apenas llegan al 58% de los ingresos reportados por los hombres, la renta obtenida para las mujeres equivale al 75% de las rentas obtenidas por los hombres. Estas desigualdades se acentúan en algunas regiones del país como la Amazonía (...)”³

La ampliación de la base gravable del IVA tampoco tiene en cuenta que hay muchos productos de primera necesidad para las mujeres que tienen precios más altos y tarifa plena de IVA. En Colombia, la Red de Género y Justicia Tributaria encontró que existe un sobre costo en los productos dirigidos a mujeres (o rosa), que consiste en un incremento del valor en varios productos como cuchillas de afeitar, desodorantes, vestuario, entre otros. La inequidad también está impresa en los precios de estos productos, lo cual, profundiza la discriminación económica para las mujeres.

Resulta evidente entonces que la imposición del IVA a las toallas higiénicas y tampones es una medida violatoria del derecho a la igualdad, cuando debería ser respetado por el legislador “al momento de crear nuevas obligaciones tributarias, lo cual conlleva el deber de tomar en consideración las diferencias de hecho

² Boletín DANE (10 de agosto de 2017). Mercado Laboral por sexo abril 2011- junio 2017. Disponible en línea: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_genero/bol_eje_sex0_abr17_jun17.pdf

³ DIAN. (Febrero de 2016) Javier Ávila Mahecha. Diferencias de género en la riqueza, ingresos y rentas de las personas naturales en Colombia. Disponible en línea: http://www.dian.gov.co/descargas/Servicios/OEE-Documentos/Cuadernos/Cuaderno_trabajo_Riqueza_e_ingr esos_por_genero.pdf

existentes en la sociedad para no profundizar, con la medida impositiva, las desigualdades existentes.”⁴

Sin embargo, hay que recordar que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional *“sea cual fuera el sentido del juicio de igualdad alegado, este implica siempre un examen relacional que conlleva a la elaboración de un ejercicio comparativo entre más de un extremo de una relación. Por lo tanto, cuando se aduce la desigualdad de determinada normativa es preciso su contraste con uno o más regímenes jurídicos en lo que tiene que ver, generalmente, con aquellos aspectos que son relevantes desde el punto de vista de la finalidad de la diferenciación”*⁵. Entonces, es necesaria la aplicación del denominado test de igualdad o juicio de proporcionalidad para determinar en el caso concreto si el cobro del impuesto del IVA a las toallas higiénicas y tampones resulta ser una medida desproporcionada que discrimina a las mujeres.

La Corte ha enfatizado que *“si la distinción se basa en uno de los criterios expresamente prohibidos por el artículo 13 de la Carta Política (sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica), la Corte se encuentra obligada a realizar un juicio de igualdad estricto, en cuya virtud la norma que consagra la diferenciación se reputa prima facie inconstitucional, salvo que se logre justificar que la medida en cuestión persigue un objetivo constitucionalmente imperioso que no pueda ser alcanzado por otro medio menos gravoso.”*⁶ Teniendo en cuenta entonces los criterios que ha establecido la Corte Constitucional y las cifras anteriormente citadas, se debe aplicar el test de igualdad en sentido estricto para determinar si la medida demandada agudiza el trato desigual a las mujeres, al imponer un impuesto a productos de uso exclusivo de las mismas por la condición biológica de su sexo.

Para adelantar el test de igualdad seguiremos los siguientes pasos en el análisis establecido por la jurisprudencia constitucional: (1) *que persiga un objetivo constitucionalmente imperioso; (2) que obren datos suficientes para afirmar que resulta idónea para garantizar la finalidad perseguida; (3) que es indispensable para alcanzar tal propósito; (4) que el beneficio que se busca obtener es mayor que el daño que causa; y (5) que el trato diferenciado se ajusta al grado de la diferencia que existe entre las personas o grupos de personas involucrados.”*⁷

1. ¿La medida persigue un objetivo constitucionalmente imperioso?

El IVA es un impuesto constitucional con el que el Estado percibe recursos para su funcionamiento. El impuesto al valor agregado es una carga fiscal sobre el

⁴ Corte Constitucional. C-776/2003. M.P. Manuel José Cepeda

⁵ Corte Constitucional. C-468/16. M.P. María Victoria Calle Correa

⁶ Corte Constitucional. C-563/97. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁷ Corte Constitucional. T-352 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

consumo, es decir, es financiado por el consumidor y es indirecto en la medida en que es percibido por el vendedor en el momento de la transacción comercial y es aplicado a todos los contribuyentes sin tener en cuenta su nivel de ingresos.

Si bien el sólo hecho de la imposición del impuesto es legítimo y no contraría per se la Constitución Nacional, la discusión tiene que ver con la inconstitucionalidad del gravamen a los productos femeninos de primera necesidad como las toallas higiénicas y los tampones, en la medida en que contribuye al aumento de las desigualdades de género y es de por sí una medida que acentúa la discriminación económica hacia las mujeres. Como bien lo ha reseñado la CEPAL:

“(…) Un número cada vez mayor de estudios sugiere que el régimen tributario de algunos países de la región contribuye al aumento de las desigualdades de género, al limitar la autonomía económica de las mujeres y ampliar las brechas de desigualdad, pues en general no se consideran las diferencias de género en los patrones de consumo y de ingreso al mercado laboral, los tipos de actividades económicas para las mujeres en comparación con los hombres ni las diferencias de roles impuesta por la división sexual del trabajo (CEPAL/Oxfam, 2016), por la cual las mujeres tienden a asumir la mayoría de las tareas reproductivas y de cuidados. Estas omisiones agravan las condiciones de desigualdad y las políticas fiscales siguen sin aprovecharse a pleno en la región.”⁸

Por tanto, aun aceptando que la medida tiene un fin legítimo, es necesario revisar los siguientes pasos del test, para determinar si esta medida además de cumplir un fin legítimo, también guarda idoneidad, necesidad y proporcionalidad o si por el contrario tiene un tratamiento discriminatorio hacia las mujeres. Será necesario evaluar si la medida ha tenido en cuenta el hecho de que las mujeres de facto tienen un menor ingreso que los hombres, y entre las mujeres aquellas más pobres son las más afectadas, en la medida en que con el gravamen introducido en la norma demandada incrementará su nivel de gasto, aun pese a sus bajos ingresos, para poder acceder a los productos de primera necesidad como las toallas higiénicas y los tampones poniendo en riesgo su salud física.

2. ¿La medida es idónea para garantizar la finalidad perseguida?

El Estado tiene diversas fuentes para obtener recursos, y los impuestos es una de sus principales fuentes. Es así como los impuestos resultan ser un medio idóneo para conseguir recursos, más no el único. El espectro de productos y actividades que se pueden gravar es amplio, y no necesariamente necesita de un producto en particular para que el Estado pueda obtener recursos para su funcionamiento.

⁸ CEPAL (2016). Autonomía de las mujeres en la agenda del desarrollo sostenible. Santiago. Pág. 57.

La política fiscal es un instrumento fundamental para luchar contra la desigualdad y la exclusión, por lo tanto, en términos de progresividad de derechos, un sistema tributario es definido como progresivo o regresivo, así como sus medidas. Una medida tributaria progresiva es aquella “*que impone una mayor carga o presión tributaria en aquellas personas y/o sectores sociales que tienen mayores ingresos y que, por ende, tienen una situación de ventaja en la sociedad*”, por el contrario, una medida tributaria regresiva es aquella “*que impone una mayor carga o presión tributaria en las personas y/o sectores con menores ingresos y riqueza y en general en situación de desventaja dentro de una sociedad.*”⁹

Si bien la finalidad de la política fiscal y el sistema tributario es la financiación del Estado, la misma Corte Constitucional ha establecido ciertos límites, expuestos claramente en la sentencia C-173 de 2010:

“(…) a. La jurisprudencia ha establecido que si el legislador grava indiscriminadamente todos los bienes y servicios, afecta a sectores muy amplios de la población en aspectos vitales de sus necesidades básicas¹⁰. b. La Corte ha considerado que no se ajustan a la Constitución aquellas normas legales que prevén exenciones que no responden a un criterio objetivo de diferenciación y que por lo tanto resultan discriminatorias¹¹ (...) d. El Estado no puede, al ejercer la potestad tributaria, pasar por alto si está creando tributos que ineludible y manifiestamente impliquen traspasar el límite inferior constitucionalmente establecido para garantizar la supervivencia digna de la persona¹².

e. El derecho fundamental al mínimo vital, concretamente en lo que se refiere a las condiciones materiales básicas e indispensables para asegurar una supervivencia digna y autónoma, constituye un límite al poder impositivo del Estado y un mandato que orienta la intervención del Estado en la economía¹³. f. El derecho al mínimo vital exige analizar si quien no dispone de los recursos materiales necesarios para subsistir digna y autónomamente puede ser sujeto de ciertas cargas fiscales que ineludible y manifiestamente agraven su situación de penuria¹⁴. g. Cuando hay tarifas diferenciales respecto del IVA, las más altas deben reservarse para productos que no puedan clasificarse como de consumo básico, a fin de hacer efectivo, en este impuesto indirecto, el principio de progresividad tributaria¹⁵. h. Los principios constitucionales que presiden la

⁹ Oxfam (2014). Ajustar la lente: Fiscalidad desde un enfoque de género: metodología de análisis. P. 6. Disponible en línea: https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/file_attachments/dp-adjusting-the-lens-lac-fiscal-policy-gender-260914-es.pdf

¹⁰ Corte Constitucional. C-094 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹¹ Corte Constitucional. C-183 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹² Corte Constitucional. C-776 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

¹³ *Ibidem*

¹⁴ *Ibidem*

¹⁵ Corte Constitucional. C-776 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

potestad impositiva del Estado constituyen parámetros para determinar la legitimidad del sistema tributario en su conjunto y no de un impuesto en particular¹⁶, lo cual no impide que se juzgue una norma en cuanto a sus implicaciones para el sistema¹⁷ (...)”

La Corte deberá analizar que en este caso si se ha extralimitado la potestad impositiva del Estado al gravar las toallas higiénicas y los impuestos en la medida en que ha generado un impuesto a un artículo de primera necesidad para todas las mujeres y niñas en edad reproductiva. En ese sentido, la medida puede resultar idónea para efectos de recaudar más impuesto, pero no por ello deja de ser una medida regresiva porque puede agravar las condiciones de penuria de las mujeres que son más vulnerables económicamente poniendo en riesgo su salud y subsistencia digna. La medida no se justifica con la finalidad perseguida por el Estado con la tributación e incluso es regresiva con respecto a los derechos y la no discriminación de las mujeres, sus efectos pueden ser peores y no se justifican con respecto a la finalidad perseguida.

Al respecto, también vale anotar que la idoneidad de la medida debe entenderse en el marco de los derechos fundamentales y de las finalidades superiores perseguidas por el Estado Social de Derecho, que de ninguna manera pueden conducir a discriminación negativa. La idoneidad de la medida no solo debe tenerse en cuenta desde la medida misma, sino desde el impacto que genera dicha medida dentro de la sociedad. Es así que imponer un impuesto puede ser una medida idónea para recaudar mayores recursos, pero no resulta idónea si lo que se pretende es recaudar mayores recursos sin afectar derechos y garantías constitucionalmente reconocidas. Tales finalidades máximas, que se fundamentan en los principios y valores del sistema constitucional vigente, no pueden desprenderse en ningún momento del análisis de idoneidad de la medida, pues es una forma de garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución Política.

3. ¿La medida es indispensable para lograr dicho propósito?

Como se veía en el punto anterior, son diversas las fuentes de ingresos que puede tener el Estado a través de la política fiscal así como los instrumentos de los cuales puede valerse el sistema tributario para adoptar medidas progresivas y de financiación.

En el caso específico del IVA este es un impuesto que no debe ser cobrado a los productos que se han denominado “canasta familiar” o de consumo de primera necesidad en la medida en que son indispensables para todos los ciudadanos y ciudadanas que debe consumirlos, no como una opción o una decisión libre, sino

¹⁶ Corte Constitucional. C-643 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño

¹⁷ Corte Constitucional. C-333 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

como una necesidad de subsistencia en condiciones de dignidad. En este caso específico son precisamente las mujeres y las niñas las que tienen que utilizar estos productos como una medida de salud, higiene personal y garantía de una vida digna que les permita desarrollar diversas actividades dentro de la sociedad. Por tanto, es claro que la medida no es necesaria o imperiosa, pues el Estado puede acudir a la obtención de recursos a través de otros mecanismos menos gravosos y que además no lesionen valores superiores como ocurre en este caso. La falta de necesidad de la medida se demuestra incluso con el hecho de que durante muchos años estos productos estuvieron exentos de IVA sin que esto afectara de manera determinante las finanzas públicas, por lo cual no hay ninguna razón que justifique que ahora sean gravados. Del lado del gasto del Estado, no hay ninguna evidencia de una compensación que directamente beneficie a las mujeres y adolescentes ante la nueva carga impuesta. En efecto, el gasto público social ha venido disminuyendo en los últimos años y nada prueba que el producido del IVA del 5% será destinado a financiar medidas que beneficien a las mujeres y niñas.

La medida no solo no es necesaria sino que además viola mandatos superiores que entran en contradicción con esta, pues produce una desigualdad injustificada que acentúa la discriminación económica de las mujeres como consecuencia de la aplicación de la norma. En otros países inclusive con condiciones muy disímiles como ocurre con Canadá y Kenia, ambos han eliminado este impuesto para este tipo de productos de uso femenino, precisamente como una medida afirmativa para la superación de la discriminación que viven las mujeres. Cabe recordar que *“la inequidad en los sistemas fiscales desde una perspectiva de género significa que las políticas y sus impactos contribuyen a profundizar las discriminaciones y desigualdades que afectan la realización de derechos y el desarrollo de las mujeres, ya que impiden el acceso a recursos suficientes para lograr condiciones dignas de vida.”*¹⁸

Queda claro entonces que el impuesto del IVA a las tallas higiénicas y a los tampones no es una medida indispensable para la consecución de recursos para el Estado. Es evidente que existen distintas fuentes para lograrlo, que resultaría mucho menos gravosas para las mujeres y niñas que son las que deben asumir este costo por ser las destinatarias del impuesto. Ejemplo de esto son los múltiples beneficios tributarios cuyo costo fiscal asciende a más de 100 billones de pesos en la última década¹⁹.

4. ¿El beneficio de la medida es mayor al daño que causa?

¹⁸

https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/file_attachments/dp-adjusting-the-lens-lac-fiscal-policy-gender-260914-es.pdf

¹⁹ <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16767113>

El Gobierno Nacional anunció que con la ampliación de la base gravable del IVA contemplado en la reforma tributaria Ley 1819 de 2016, se pretendía recaudar \$6,2 billones de pesos en el año 2017. El punto más preocupante es el incremento de los tres puntos del IVA del 16% al 19% con el que quedan gravados el 60% de los productos de consumo primordial (canasta básica). En materia del IVA, en los bienes de consumo masivo la afectación se da a los consumidores, esto implica incrementos en el costo de vida por el aumento de precios. El reajuste de precios no ha estado acompasado de un ajuste salarial de la misma magnitud, e implica directamente restricciones para el consumo de los hogares sobre ciertos bienes. Las cifras sobre consumo han demostrado como éste ha tenido su mayor caída de los últimos años.

La Junta Directiva del Banco de la República reconoció que la economía se está desacelerando, que el nivel de precios se elevó por el aumento del IVA y que el mercado laboral se está deteriorando: “La tasa de desempleo muestra una tendencia ascendente para el total nacional y las trece áreas (...) se observó una desaceleración importante en el empleo asalariado, el número de no asalariados aumentó frente a enero”.²⁰ Estas cifras muestran a todas luces que los efectos de un impuesto como el IVA recaen de manera general sobre los consumidores y son nocivos para quienes tienen menores ingresos.

En el caso colombiano como lo hemos mostrado, los hogares más afectados son precisamente aquellos que tienen mayores tasas de incidencia de pobreza, es decir, aquellos con jefatura femenina - 30% para el total nacional y 42% en los centros poblados y rurales dispersos. Un impuesto a las toallas higiénicas y los tampones, no sólo afecta el ingreso de las mujeres sino también del conjunto de la familia cuando ellas son las jefas de hogar.

Además, son las mujeres de menores ingresos las que tienen cargas adicionales relacionadas con el cuidado y las actividades domésticas no remuneradas. Se estima que ellas tienen diariamente una carga total de trabajo de más de 13 horas. De acuerdo con la Encuesta Nacional de Uso del Tiempo el 89,4% de las mujeres realiza actividades de trabajo no remunerado con un tiempo promedio de 7 horas y 23 minutos al día; dentro de estas actividades, las más destacadas son: suministro alimentos a miembros del hogar; limpieza, mantenimiento y reparación del hogar, cuidado físico de miembros del hogar, entre otros²¹.

Sumado a lo anterior, la inequidad se acentúa por las diferencias de ingresos ya expuestas. En el último boletín del DANE la tasa de población femenina en edad

²⁰ La Vanguardia. (mayo 14 de 2017). “La reforma tributaria sí afectó el bolsillo de los Colombianos”. Disponible en línea: <http://www.vanguardia.com/economia/negocios/397671-la-reforma-tributaria-si-afecto-el-bolsillo-de-los-colombianos>

²¹ DANE. Presentación Resultados Encuesta Nacional de Uso del Tiempo ENUT (2013). Diapositivas 14 a 17. Disponible en línea: https://www.dane.gov.co/files/noticias/eventos/ENUT_DIMPE_EF.pdf

de trabajar es del 80% sin embargo solamente se encuentran ocupadas 55,2% de estas mujeres y el 11,7% desempleadas²², esto significa que un gran porcentaje de la población femenina tiene de por sí ingresos nulos o un presupuesto bastante reducido que se agrava con medidas tributarias como las expuestas.

Como se ha expuesto, la compra de toallas higiénicas o tampones no indica que quien lo adquiere tiene capacidad de contribuir con el impuesto. Las mujeres de todas las condiciones deben comprar estos productos, aunque las más afectadas sean aquellas de menores ingresos, pues les es más difícil acceder a estos productos de primera necesidad con un costo más elevado. Las características del periodo menstrual de cada niña o mujer son las que determinan el mayor o menor consumo de estos productos, y en todo caso, ello no depende de ellas. Es decir, las mujeres no gozan de libertad para adquirir o no estos productos, simplemente deben hacerlo a fin de gestionar su menstruación. En esa medida, el IVA para estos productos resulta ser una medida totalmente desproporcionada, que afecta otros derechos y bienes superiores que el legislador está obligado a proteger y que además afecta de mayor manera precisamente a quienes están en un mayor estado de vulnerabilidad, pues las mujeres con menores recursos económicos, que son la mayoría en Colombia, tendrán que asumir este costo y dejar de adquirir otros productos para garantizar su salud y participación social durante los días de sangrado. Estos efectos constituyen una carga desproporcionada para las mujeres en Colombia y un factor de exclusión y discriminación injustificada lo que contradice el artículo 43 de la Constitución Política conforme al cual:

“Artículo 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.”

Como se ha dicho, las toallas higiénicas y tampones no son productos suntuarios para las mujeres, son productos de primera necesidad que resultan indispensables además para garantizar derechos fundamentales como la salud, la dignidad, la participación, la educación y el trabajo, conforme a la dinámica social en la actualidad. No utilizarlos implica el aislamiento social, la exclusión, la vergüenza y la exposición a riesgos de salud, sociales y públicos que las mujeres y niñas no tienen por qué soportar.

5. ¿El trato diferente se justifica por las condiciones del grupo afectado?

²² Boletín DANE (10 de agosto de 2017). Mercado Laboral por sexo abril 2011- junio 2017. Anexos Disponible en https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_genero/bol_eje_sex0_abr17_jun17.pdf línea:

Resulta claro, del análisis que se viene haciendo, que las mujeres son un grupo que ha sido históricamente discriminado, y que se encuentra en condiciones de desigualdad económica y social como las ya expuestas, lo cual se acentúa en otros aspectos de la realidad social como los siguientes:

- **Participación política:** A pesar de que en Colombia más del 52% de los electores son mujeres y la Ley de Cuotas establece que por lo menos el 30% de las mujeres deben ocupar los cargos de elección popular, esto no se cumple: en 2015 las mujeres son sólo el 21% de las Congresistas; el 14% de las Concejalas; el 10% de las Alcaldesas; 17% de las Diputadas y el 9% de las Gobernadoras (ONU Mujeres, 2015).

De acuerdo con la clasificación de ONU Mujeres, Colombia ocupa el puesto 106 entre 193 países del mundo con una de las representaciones más bajas de las mujeres en el parlamento. De 166 escaños en la Cámara de Representantes, las mujeres solamente ocupan 31, es decir el 18,7%. En Senado, de 102 escaños, las mujeres solamente ocupan 22, es decir, el 21.6%.

- **Mujeres rurales:** Hay 5,3 millones de mujeres rurales y cerca de 2,4 millones de ellas viven en la pobreza. Las mujeres rurales trabajan más de 12 horas en actividades relacionadas con la economía del cuidado no necesariamente remunerado, y ganan casi la mitad (el 41%) de lo que ganan los hombres. Entre 2005 y 2011 las mujeres sólo recibieron el 0.5% de los créditos y el 8.5% de asistencia técnica en las Unidades de Producción Agropecuaria (Oxfam, 2015). Sólo el 26.5% de las mujeres desplazadas tienen títulos de propiedad de la tierra, en contraste con el 64.2% de los hombres que tienen títulos (PNUD, 2011).
- **Mujeres víctimas de la violencia en el conflicto armado:** Desde 1985 al 1 de mayo de 2017, el Registro Único de Víctimas reporta 8.115.153 personas víctimas del conflicto armado, de ellas, el 49.6% (4.028.936) son mujeres. Más de 3,6 millones de ellas han sido desplazadas; 453 mil mujeres han sido víctimas de homicidio; 177 mil víctimas de amenazas y 17 mil víctimas de delitos contra la libertad y la integridad sexual (RUV, mayo de 2017). Las mujeres, niñas y adolescentes pertenecientes a grupos étnicos siguen siendo las principales víctimas del conflicto armado en Colombia.
- **Mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar:** De acuerdo con Medicina Legal entre 2009 y 2015, 40.946 mujeres han sido víctimas de violencia intrafamiliar. La violencia de pareja afecta principalmente a las mujeres más jóvenes entre los 20-34 años, el agresor es en el 45.5% de los casos el compañero permanente o el esposo. En septiembre de 2016, 5.221 mujeres estaban en riesgo extremo de ser asesinadas; 5.616 niñas eran víctimas de

violencia intrafamiliar y más del 60% de ellas se ubicaban en la edad de 10 a 17 años.

- **Violencia sexual:** Según Medicina Legal (2009-2015) 18.876 mujeres han sido víctimas de violencia sexual, representando el 84.5% del total de víctimas reportadas. La mayoría de las mujeres víctimas se ubican en el rango de edad de 10 a 14 años. En la mayoría de los casos el agresor era un conocido o familiar. El hogar sigue siendo el primer territorio de guerra para las mujeres.

Estas cifras relacionadas con distintos aspectos muestran que las mujeres siguen siendo un grupo mayoritariamente discriminado en la sociedad, por lo cual, la misma Constitución Política contempló medidas afirmativas a fin de buscar la igualdad real y efectiva para aquellos grupos discriminados y/o marginados lo cual está perfectamente expuesto en el artículo 13 de la Carta Política, citado.

Lo anterior también ha sido reconocido en las distintas normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad como la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer **CEDAW**, como lo cita la demanda. Así como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer **Belem do Pará** que hacen alusión a los deberes del Estado para condenar todas las formas de discriminación contra la mujer.

Como se expuso, las mujeres en Colombia tienen en varios aspectos situaciones de vulneración de sus derechos que requieren de medidas afirmativas para compensar la discriminación y desigualdad que se impone de facto en la vida cotidiana. En ese sentido, se ha argumentado cómo una norma tributaria que grave productos de primera necesidad para el consumo de las mujeres sólo termina empeorando las situaciones de discriminación y violencia económica, principalmente para las mujeres de menores ingresos. Es deber del Estado promover medidas afirmativas para superar la discriminación y violencia contra las mujeres en Colombia, así como es deber del sistema tributario ser progresivo respetando los principios de equidad y justicia social.

En ese sentido, consideramos que la norma demandada no cumple con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional en el denominado test de igualdad, es contraria al derecho constitucional a la igualdad y por ello solicitamos a la Honorable Corte declarar inconstitucional la medida por ser más gravosa para la situación de las mujeres, al tiempo que se debe reconocer la omisión legislativa relativa del artículo 175 de la Ley 1819 de 2016 a fin de incluir dentro de la lista de bienes excluidos del impuesto del IVA las compresas y tampones higiénicos.

2. Razones que sustentan que la norma demandada viola el derecho al mínimo vital

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, los principios especiales que rigen el sistema tributario y que están señalados en el artículo 363 de la Constitución, deben ser interpretados a la luz de los principios fundamentales que informan toda la Constitución, dentro de los cuales sobresale el principio de Estado Social de Derecho (art. 1) que es estructurante de toda la organización estatal. Adicionalmente, la jurisprudencia ha reconocido que a pesar de la libertad configurativa del legislador en materia tributaria, este tiene que respetar unos límites infranqueables, y dentro de estos ha considerado la capacidad contributiva, que además ha de apreciarse teniendo en cuenta el contexto real, lo cual hace necesario aludir al concepto del derecho constitucional al mínimo vital.

El derecho fundamental al mínimo vital ha sido reconocido desde 1992²³ en forma extendida y reiterada por la jurisprudencia constitucional de la Corte, como un derecho que se deriva de los principios de Estado Social de Derecho, la dignidad humana y la solidaridad, en concordancia con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad.²⁴ Es un derecho a partir del cual se han amparado a múltiples personas en circunstancias muy apremiantes y que ha permitido dinamizar el catálogo de derechos sociales de la carta. Es además uno de esos derechos que la Corte Constitucional ha utilizado directamente para analizar la constitucionalidad de las cargas fiscales, razón por la cual acudiremos en esta parte al análisis de dicho derecho, para mostrar la manera como resulta desconocido por el artículo 468-1 del Estatuto Tributario, al incluir dentro del listado de los bienes gravados con la tarifa del cinco por ciento (5%) de IVA las *“compresas y tampones higiénicos.”*

La protección que otorga el derecho fundamental al mínimo vital comprende todas las medidas positivas o negativas constitucionalmente ordenadas con el fin de evitar que la persona se vea reducida en su valor intrínseco como ser humano, debido a que no cuenta con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna. En palabras de la Corte:

*“Este derecho fundamental busca garantizar que la persona, centro del ordenamiento jurídico, no se convierta en instrumento de otros fines, objetivos, propósitos, bienes o intereses, por importantes o valiosos que ellos sean. Tal derecho protege a la persona, en consecuencia, contra toda forma de degradación que comprometa no sólo su subsistencia física sino por sobre todo su valor intrínseco.”*²⁵

²³ Corte Constitucional, Sentencia T-426 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁴ Sobre el mínimo vital ver entre otras las sentencias: T-005 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-015 de 1995 M.P. Hernando Herrera Vergara; T-144 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-198 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-500 de 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-284 de 1998 M.P. Fabio Morón; SU-062 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, Sentencia T-208 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-119 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-622 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-774 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-1033 de 2000 M.P. Alejandro Martínez.

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-776 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda

También ha indicado la jurisprudencia que el derecho fundamental al mínimo vital presenta dos dimensiones: una positiva y una negativa. La dimensión positiva presupone que el Estado, y ocasionalmente los particulares, cuando se reúnen las condiciones de urgencia, y otras señaladas en las leyes y en la jurisprudencia constitucional, están obligados a suministrar a la persona que se encuentra en una situación en la cual ella misma no se puede desempeñar autónomamente y que compromete las condiciones materiales de su existencia, las prestaciones necesarias e indispensables para sobrevivir dignamente y evitar su degradación o aniquilamiento como ser humano. Por su parte, respecto de la dimensión negativa, el derecho fundamental al mínimo vital se constituye en un límite o cuota inferior que no puede ser traspasado por el Estado, en materia de disposición de los recursos materiales que la persona necesita para llevar una existencia digna. Es precisamente de esta segunda dimensión de la que se colige que hay una estrecha relación entre Estado Social de Derecho, mínimo vital y régimen tributario.²⁶

En materia tributaria los límites que impone el mínimo vital implican que el legislador no pueda afectar la supervivencia digna de las personas al definir las cargas fiscales, y que además debe propiciar condiciones para que las personas puedan desarrollar sus proyectos de vida, evitando todo tipo de medidas que pudieran contribuir a la degradación del ser humano. En concreto así lo ha desarrollado la Corte:

“El derecho fundamental al mínimo vital, concretamente en lo que se refiere a las condiciones materiales básicas e indispensables para asegurar una supervivencia digna y autónoma, constituye un límite al poder impositivo del Estado y un mandato que orienta la intervención del Estado en la economía (artículo 334 C.P.). La intersección entre la potestad impositiva del Estado y el principio de Estado Social de derecho consiste en la determinación de un mínimo de subsistencia digna y autónoma protegido constitucionalmente. (...) Si bien el deber de tributar es general pues recae sobre "la persona y el ciudadano" (art. 95-9 de la C.P.), el derecho al mínimo vital exige analizar si quien no dispone de los recursos materiales necesarios para subsistir digna y autónomamente puede ser sujeto de ciertas cargas fiscales que ineludible y manifiestamente agraven su situación de penuria, cuando es notoria la insuficiencia de una red de protección social efectiva y accesible a los más necesitados. De ahí que la propia Carta haya señalado como límite a la potestad impositiva del Estado "los principios de equidad, eficiencia y progresividad" que rigen "el sistema tributario" (art. 363 de la C.P.) y que haya enmarcado el deber de tributar dentro de los "conceptos de justicia y equidad" (art. 95-9 de la C.P.).”²⁷

²⁶ Ibid

²⁷ Ibid

Por tanto, queda claro que el derecho al mínimo vital ha sido reconocido como un límite al poder impositivo del Estado y un mandato que orienta la intervención del Estado en la economía, que exige analizar si quien no dispone de los recursos materiales necesarios para subsistir digna y autónomamente puede ser sujeto de ciertas cargas fiscales que ineludible y manifiestamente agraven su situación. Cabe destacar también que estas consideraciones no solo se han aplicado en Colombia, sino que también lo han sido en otros ordenamientos como el alemán, en donde también se ha afirmado que si se desconoce el derecho al mínimo vital estamos ante una situación de injusticia tributaria, que necesariamente debe remediar el juez constitucional.

Como consecuencia de lo anterior, no se pueden generar medidas que creen o profundicen condiciones reales de desigualdad o que afecten de manera manifiesta la posibilidad de que sectores amplios de la sociedad tengan acceso a la satisfacción de sus necesidades vitales básicas, dentro del cual se consideran derechos como la salud o la educación. En ese orden de ideas, el que se graven bienes y servicios de consumo básico torna relevante no solo el derecho a la vida sino otros derechos sociales, como la salud, de los cuales depende el goce efectivo del primero y en ese sentido como también lo ha dicho la Corte “el derecho al mínimo vital sintetiza la indivisibilidad de los derechos sociales en especial respecto de aquellos núcleos esenciales sin los cuales no puede concebirse una existencia digna”.²⁸

Así, aunque la Corte ha dicho que en principio el IVA no es susceptible de un diseño progresivo y ha aceptado su constitucionalidad de manera genérica, también ha reconocido la importancia de la existencia de mecanismos institucionales que propenden por una mejor distribución de las cargas entre los sujetos pasivos de las obligaciones tributarias derivadas de este (ej: el régimen simplificado, las tarifas diferenciales y las exclusiones y exenciones). También ha desarrollado una serie de criterios que le han permitido valorar el grado de afectación que supone el IVA para los sujetos que se ven obligados a la asunción de esta carga, y con base en los cuales ha concluido que, a pesar de su naturaleza de impuesto indirecto, el IVA aunque no siempre vulnera la Constitución, sí puede llegar a hacerlo en algunos casos.²⁹ Al respecto, la Corte ha señalado: (i) que la adquisición de un bien o servicio gravado indica que quien lo adquiere, tiene la capacidad de contribuir con el respectivo gravamen; (ii) que quien más consume, más aporta; (iii) que las personas gozan de libertad para

²⁸ Corte Constitucional, sentencia C-776 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda.

²⁹ En todo caso se debe indicar que también ha habido en esas decisiones de la Corte que avalan el IVA salvamentos de voto de magistrados que han referido como este no se puede justificar sobre alimentos de primera necesidad, aun si este IVA se destina a fines sociales y han defendido la idea de que “mientras exista la actual situación económica o lo que es más grave que ésta empeore, no puede existir IVA a alimentos u otros objetos de primera necesidad, ya que esto contraría la concesión tributaria del Estado Social de Derecho que exige impuestos directos y progresivos.” Ver Salvamento de Voto del Magistrado Jaime Araújo Rentería a la sentencia C-776 de 2003.

adquirir o no adquirir bienes o servicios gravados; y (iv) que el significado del IVA para la progresividad del sistema tributario se concreta no sólo en cuanto al aporte que se paga sino también en cuanto a la distribución de los beneficios que se obtienen en razón del gasto público financiado por el pago de dicho impuesto.³⁰ Bajo estos supuestos la imposición del IVA es constitucional, pero si estos criterios se desconocen no podría serlo.

En el caso concreto se debe señalar en primer lugar que a partir del análisis de los alcances del derecho al mínimo vital se llega al concepto de capacidad contributiva, que es uno de los componentes de la justicia tributaria y que se define como *“la posibilidad económica que tiene una persona de tributar, o sea, la idoneidad subjetiva, no teórica sino real, en cuanto depende de la fuerza económica del sujeto, para ser llamado a cumplir con el deber de pagar tributos.”*³¹ Bajo ese marco, las personas que apenas disponen de lo necesario para subsistir son las que tienen menor capacidad contributiva. Además, la capacidad económica o contributiva no puede ser equiparada a la realización de una actividad social básica e ineludible como adquirir un bien o servicio indispensable para sobrevivir o para llevar una vida digna. En ese sentido, la capacidad contributiva no es automáticamente equiparable a la capacidad adquisitiva y aún más importante *“carece de capacidad contributiva la persona cuyo nivel de ingresos se agota en la mera satisfacción de sus necesidades vitales mínimas”*.³²

En segundo lugar aunque la premisa general es que “quien más consume, más aporta”, el razonamiento no es aplicable, porque en este caso el consumo no es libre y voluntario sino condicionado por tratarse de un bien de primera necesidad. Decidir gestionar la menstruación mensualmente no es una opción sino una necesidad imperiosa. Ahora bien se podría argüir que la jurisprudencia no ha reconocido que sea imposible la imposición de cargas tributarias sobre bienes y servicios de primera necesidad. No obstante, sí ha establecido que el consumo de bienes y servicios de primera necesidad sólo puede ser objeto de cargas impositivas cuando existan políticas efectivas que compensen la afectación al mínimo vital de las personas que, debido a su condición económica, enfrentarían dificultades o se verían en imposibilidad de acceder a los mismos a causa del mayor valor que deben pagar por ellos a causa del impuesto. Lo anterior resulta plenamente aplicable al análisis de las normas que son objeto de este control de constitucionalidad, pues como ya se ha dicho, en este caso los elementos gravados por la norma demandada no son bienes suntuarios o de consumo libre y voluntario, sino elementos necesarios para la higiene, la gestión adecuada de un hecho biológico y necesarios para que las mujeres puedan durante esos días ver su dignidad realizada, no teniendo que verse expuestas a quedarse en casa,

³⁰ Ver Corte Constitucional, sentencia C-597 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

³¹ Corte Constitucional, sentencias C-250 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-183 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³² Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, reiterada por la Sentencia C-597 de 2000 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

manchar en público o a tener que tomar otro tipo de medidas que pudieran afectar otros de sus derechos fundamentales.

Inclusive dando un paso hacia adelante en la garantía de bienes sociales indispensables y medidas afirmativas hacia la población femenina, estos podrían llegar a ser bienes que deberían ser provistos por el Estado a quienes no puedes sufragar los costos de adquirirlos, como de manera análoga lo ha ordenado la Corte Constitucional en relación con la provisión de pañales desechables para adultos mayores con diagnósticos o condiciones que así lo ameriten. Al respecto hay ya una jurisprudencia consolidada en torno a usuarios del sistema de salud que están en unas especiales condiciones de vulnerabilidad y que tienen derecho al suministro de pañales desechables, no tanto por referirse a un asunto que favorezca la recuperación de la salud de la persona, sino porque estos elementos especialmente, tienen la finalidad de garantizar la vida digna.³³ En el caso de las toallas, tampones, se cumplirían las dos finalidades: de un lado disminuir riesgos en salud asociados a las condiciones de higiene íntima y al mismo tiempo garantizar vida digna de las mujeres que requieren el uso de estos elementos para gestionar su menstruación adecuadamente.³⁴

En esta materia es necesario insistir que la norma estudiada ha gravado artículos respecto de los cuales no cabe duda que son de primera necesidad. La misma Corte Constitucional ha indicado que los bienes y servicios de primera necesidad son:

“aquellos que consumen "sectores muy amplios de la población" con el propósito de atender "aspectos vitales de sus necesidades básicas". Así, los bienes y servicios de primera necesidad son los que se requieren para satisfacer el "derecho a la subsistencia", es decir, para contar con "las condiciones económicas y espirituales necesarias para la dignificación de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad". Los bienes y servicios de primera necesidad guardan una relación estrecha con el derecho al mínimo vital.”³⁵

Vistos los anteriores requisitos no queda ninguna duda de que las toallas y compresas cumplen las características enunciadas, pues por supuesto que los consumen sectores muy amplios de la población, ya que sus destinatarios son todas las mujeres que representan el 50.7% de la población total del país, y dentro

³³ Al respecto ver entre otras: Sentencias T-023 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa y T-014 de 2017 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³⁴ Cabe indicar que este tipo de medidas también podrían enfocarse en la promoción del uso de productos alternativos más ecológicos como la copa menstrual que muchas mujeres no usan por falta de conocimiento o por los costos y falta de posibilidades de acceso ante lo cual el Estado debería actuar.

³⁵ Esta definición fue enunciada en la sentencia C-094 de 1993 y reiterada por la Corte Constitucional en sentencias C-100 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa y C-776 de 2003

de estas las niñas y adolescentes del país, que en Colombia aproximadamente desde los 11 o 12 años de edad tienen su primera menstruación.

Por otro lado, es claro que estos productos se utilizan para gestionar un aspecto vital como es la menstruación, la cual está relacionada con la fertilidad y las posibilidades de reproducción de la especie humana. El uso de estos productos permite que las mujeres manejen su menstruación de una manera que además de prevenir riesgos de salud, también garantiza un rango de intimidad frente a este hecho, sin tener que hacerlo de público conocimiento, al tiempo que permite superar viejas prácticas y creencia en torno a este hecho que son muy bien referidas en la demanda, cuando se narran los encierros o mitos en torno a estos días en los que se creía que la mujer no podía trabajar o hacer sus actividades cotidianas precisamente por estar con su periodo.

Igualmente, como también lo ha reconocido la Corte, el contexto social en el que se inscriben las normas tributarias es relevante en su análisis de constitucionalidad y en esa medida hay varios aspectos que merecen destacarse. Lo primero es que el sistema tributario en general aparece como un sistema que no respeta la equidad de género, ni avanza en la equidad de género en materia tributaria. Así, mientras es una finalidad del Estado propender por ese objetivo y cuando de distinta manera se busca fortalecer y avanzar en los procesos de equidad de género, no resulta coherente la norma tributaria, que envía un mensaje que es totalmente contradictorio. Además aunque en el diseño ideal los tributos deberían verse revertidos al ciudadano en gasto público, es bien sabido y notorio que en el ámbito nacional, la mayor parte del gasto público se va al servicio de una deuda externa ilegítima y es cada vez más deficiente y reducido. En 2015 era de \$129 billones, en 2016 bajó a \$121 billones (-6,2) y para 2017 se redujo aún más hasta llegar a \$118 billones (-2,5).³⁶ Igualmente, muchos de los ingresos de la nación se pierden en corrupción y malos manejos sin que efectivamente reviertan a la ciudadanía en garantía de derechos y servicios como efectivamente debería ocurrir. La misma Corte lo ha reconocido al decir que

“la corrupción, y en particular la corrupción en el manejo de recursos destinados a la inversión social, es otro de los factores que causan presión fiscal sobre el Estado y distorsionan los efectos de la política de gasto público, así ello de ninguna manera justifique abstenerse de cumplir el deber de pagar impuestos. (...) Las necesidades fiscales serían inferiores en un contexto de gasto público eficiente y transparente, y los resultados del gasto público serían mayores.”³⁷

Adicionalmente es bien sabido que buena parte del gasto público se dedica prioritariamente a seguridad y defensa, en lugar de ser gasto social, en un contexto en el que además las mujeres han sido las mayores víctimas de la guerra.

³⁶ Cifras tomadas de Justicia Tributaria (2017). Política Fiscal y Género en Colombia

³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-776 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda

Finalmente, los índices de pobreza también resultan relevantes porque muestran la importancia del derecho al mínimo vital en su dimensión más básica consistente en que las personas por sus propios medios o por los que establezcan las leyes han de acceder a bienes y servicios indispensables para subsistir dignamente. Tales índices también son pertinentes para mostrar el peso que tiene dicho derecho, puesto que éste será mayor si la pobreza y la indigencia no solo aquejan a amplios sectores de la población sino que está aumentando. De acuerdo con cifras del DANE para el año 2017 en Colombia hay una verdadera feminización de la pobreza que se expresa en que el 30% de hogares de jefatura femenina son pobres. Teniendo además las mujeres las mayores tasas de desempleo entre 2011 y 2017. En cuanto a los patrones de consumo las cifras también indican que el mayor porcentaje de los ingresos de las personas de escasos recursos lo destinan para procurarse lo mínimo para llevar la vida en condiciones dignas, en un país en el que el 60% de los productos de la canasta básica tienen IVA.

Como ha quedado evidenciado, la imposición del IVA para bienes y servicios de primera necesidad dentro de un contexto en el cual, del lado de los ingresos, los componentes progresivos del sistema tributario registran grandes falencias en el recaudo y del lado de la destinación de los ingresos recaudados (esto), no hay evidencia de una compensación de la nueva carga impuesta conduce a la inconstitucional de la norma acusada. Si bien hay un deber ciudadano que recae sobre todos los habitantes de contribuir al financiamiento de los gastos del Estado (artículo 95-9), el medio empleado por el legislador para llegar a ese fin tiene varias características que lo hacen manifiestamente inconstitucional, pues la norma desconoció los límites derivados de la protección del derecho al mínimo vital en un Estado Social de Derecho, dado que más de la mitad de los colombianos se encuentra bajo la línea de pobreza y cerca de una cuarta parte se encuentra bajo la línea de indigencia.

En este sentido, como se mencionó antes, una buena parte de la población colombiana que enfrenta las mayores condiciones de pobreza son precisamente las mujeres, que son también quienes devengan menores ingresos. En los casos de hogares de jefatura femenina esto se ve agravado por el hecho de que estas mujeres deben asumir toda la carga económica de la familia. Es claro que gravar artículos de primera necesidad como son los tampones y compresas afecta a estas mujeres, también a los hogares en los que hay niñas o adolescentes que ya se desarrollaron y también requieren estos elementos, y por eso no poder disponer de estos bienes necesarios teniendo como obstáculo una carga tributaria, conlleva una afectación de derecho al mínimo vital. La situación tributaria relativa de las familias con varias hijas o de mayoría de integrantes femeninas en contraste con las familias con hijos varones se ve así claramente empeorada, produciendo un efecto regresivo que vulnera el mandato que ordena medir el impacto del impuesto sobre la capacidad tributaria. Dado que para las familias con

varias hijas mujeres la porción dedicada al pago de este bien dentro la destinación de sus ingresos es necesariamente más alta, son mayormente impactadas por el aumento de la tarifa del IVA en contraste a las familias que solo tienen hijos varones. Pero además genera no solo inequidad entre familias con hombres y mujeres por ser estas últimas las destinatarias exclusivas del tributo, sino además ampliando las brechas de desigualdad entre las mujeres de escasos recursos y las mujeres con mayores ingresos, con una mayor afectación para las primeras, para las cuales el esfuerzo para adquirir estos bienes es mayor y puede llevarlas incluso a tener que privarse o de estos o de otros elementos requeridos para llevar una vida con bienestar integral con las consecuencias que esto acarrea.

Por todo lo dicho concurren en el artículo demandado, además de la vulneración del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, el irrespeto al derecho constitucional al mínimo vital que debe ser protegido en un Estado Social de Derecho como el proclamado por nuestra carta política de 1991. Por tanto el IVA para estos productos específicos es contrario a la Constitución y así le pedimos a la Corte que lo declare.

3. No puede haber tributación sin representación.

La imposición de la tasa del 5% de IVA a toallas y tampones mediante la Ley 1819 del 2016 es inconstitucional por violar el principio liberal y constitucional que establece que no puede haber tributación sin representación. La representación democrática de las y los ciudadanos es un aspecto fundamental dentro de la definición de impuestos en un Estado Social de Derecho liberal moderno. Desde la Carta Magna inglesa hasta nuestros días, el principio que establece que “no puede haber tributación sin representación” se ha constituido como una garantía democrática a favor de los obligados tributarios. El Estado colombiano no es una excepción al principio mencionado anteriormente.

En ese orden de ideas, mediante la interpretación del artículo constitucional 338 la Corte Constitucional colombiana, en Sentencia C-594 de 2010, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva, expresó que el principio que establece que no puede haber tributo sin representación se desarrolla “*en virtud del carácter democrático del sistema constitucional colombiano e implica que solo los organismos de representación popular podrán imponer tributos*”. Así las cosas, el principio antes expuesto se constituye como un requisito de validez de la norma tributaria. Ello en tanto que quienes eventualmente se verán afectados por la imposición tributaria tienen el derecho a intervenir, mediante sus legítimos representantes en el Congreso, so pena de que el tributo sea inconstitucional puesto que se vulneraría un requisito democrático esencial, creado para impedir abusos impositivos de los gobernantes.³⁸

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-084 de 1995. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

Ahora bien, el carácter democrático de la definición de los tributos no se materializa exclusivamente cuando se da la condición de que dichos tributos sean aprobados por el órgano de representación popular competente. Por el contrario, la aprobación de los tributos debe estar sujeta a unas formalidades mínimas que permita identificar la existencia de un ejercicio democrático y representativo previo a la adopción normativa. Es por esto que la Corte Constitucional, en Sentencia 776 de 2003, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa, afirmó que debe existir un “mínimo de deliberación pública en el seno del Congreso exigido por el respeto al principio de no tributación sin representación”. Al respecto, en la mencionada sentencia la Corte desarrolló algunos elementos que son exigibles al Congreso para encontrar el mínimo de deliberación pública., entre los que se destacan los siguientes:

“Este mínimo de racionalidad deliberativa busca asegurar no solo la efectividad del principio material de no tributación sin representación, sino además que la autonomía del Congreso en esta materia, se refleje en que, respecto de cada decisión impositiva hay claridad sobre la legitimidad constitucional del fin buscado y sobre la adecuación de los medios para alcanzarlos, dentro del respeto a los principios constitucionales, en especial los de equidad, eficiencia y progresividad que rigen el sistema tributario (art. 363 de la C.P.), así como los de "justicia y equidad" que orientan el deber de tributar (art. 95-9 de la C.P.). Se trata de una cuestión de fondo atinente al principio democrático y al ejercicio de las competencias del Congreso como titular del poder impositivo”.

Así las cosas, conforme a la jurisprudencia constitucional, el Congreso en materia de legislación tributaria debe atender como mínimo a razones de i) la legitimidad constitucional del fin buscado; ii) adecuación de los medios utilizados para alcanzar dicho fin constitucional legítimo. Lo anterior se debe realizar en el marco de unos principios tributarios entre los que se encuentran los de justicia y equidad, así como en el marco de la función impositiva propia y exclusiva del Congreso de legislar sobre asuntos tributarios. No obstante, en el caso de la imposición de una tasa del 5% de IVA a toallas higiénicas y tampones mediante la norma objeto de demandada, el Congreso desatendió el principio de tributación con representación democrática.

La expedición de la norma que mantiene una tasa de IVA sobre toallas y tampones no estuvo acompañada de la deliberación pública mínima por parte del Congreso mediante la cual se realiza el principio de que no puede haber tributación sin representación. En primer lugar, la propuesta inicial del Gobierno Nacional contemplaba mantener el IVA para los mencionados productos. No obstante lo anterior, por iniciativa de los parlamentarios Jorge Enrique Robledo y Ángela María Robledo, en el Senado y en la Cámara de Representantes respectivamente, se introdujo la proposición de brindarle tratamiento de bien exento del impuesto de IVA. La proposición fue negada en ambas cámaras

legislativas, sin existencia de debate sobre la legitimidad constitucional de negar dicha modificación.

Posteriormente, en el Senado fue presentada una nueva proposición que no contemplaba la exención de las toallas y tampones del IVA a pesar de fijar una tasa distinta. Dicha proposición fue aprobada por las mayorías parlamentarias, al margen de cualquier debate sobre la legitimidad constitucional de mantener a las toallas higiénicas y los tampones como bienes gravados por el IVA o sobre lo adecuado que era modificar o no la tasa impositiva a la luz de los principios de justicia y equidad, en este caso, de género. De los registros del debate en el Senado de la República es imposible extraer fragmento alguno que permita probar el mínimo necesario de debate constitucional y democrático al respecto. Por el contrario, la imposición de la tasa del 5% de IVA para toallas higiénicas y tampones se materializó por medio de una votación realizada de manera muy rápida, sin discusión y en atención a lo que distintos medios de comunicación registraron como un acuerdo propuesto por una Senadora y aceptado por el Gobierno³⁹. Es decir, que se legisló no conforme a los fundamentos y voluntad de los representantes políticos sino del aval que el Ministro de Hacienda concedió a una proposición de una Congresista, para mantener como bienes sujetos al IVA a las toallas higiénicas y a los tampones. En consecuencia, cuando se propuso la mínima deliberación sobre el tratamiento tributario a las toallas higiénicas y tampones, dada la importancia de los elementos en juego en dicha discusión, como bienes exentos de IVA se negó mayoritariamente la propuesta. Por el contrario, cuando se propuso mantener dichos productos como sujetos a un gravamen de IVA superior al 0%, o no exentos, se legisló sin atender con las formalidades mínimas deliberativas exigidas para satisfacer el principio de tributación con representación, propio del régimen constitucional liberal moderno colombiano.

4. Omisión legislativa relativa

La acción de inconstitucionalidad coadyuvada correctamente acude al concepto constitucional de omisión legislativa relativa para demostrar que en la Ley 1819 de 2016 el legislador desatendió por omisión distintos mandatos constitucionales. La exposición realizada por las actoras y actores sobre la naturaleza del concepto jurídico de la omisión legislativa relativa es suficiente y la presente intervención no busca repetir la presentación del concepto. Así las cosas, a continuación se indicarán las razones por las que en el caso concreto se configura la omisión

³⁹ Véase en medios de comunicación como RCN Radio, la FM y Caracol Radio, disponibles respectivamente en <http://www.rcnradio.com/economia/destacan-reduccion-iva-las-toallas-higienicas-reforma-tributaria/>, <http://www.lafm.com.co/economia/reforma-tributaria-no-aumento-iva-las-toallas-higienicas/>, http://caracol.com.co/radio/2016/12/23/politica/1482493308_563569.html

legislativa relativa y, por ende, se debe declarar inexecutable la norma demandada o se debe declarar su executibilidad condicionada bajo determinadas precisiones.

En la Sentencia C-173 de 2010, la Corte Constitucional extrajo cinco elementos que deben ser demostrados por el actor en aras de probar que la norma demandada incurre en una omisión legislativa relativa. A saber, afirmó la Corte:

(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislado.

Conforme a lo anterior, se procede a demostrar la existencia de cada uno de los cinco supuestos requeridos para que se configure la omisión legislativa relativa:

- I. Existe una norma sobre la que se predica el cargo de omisión legislativa relativa: artículo 175 de la Ley 1819 de 2016.
- II. La norma acusada excluye un ingrediente, una condición normativa o una consecuencia jurídica esencial para estar en armonía con la Constitución Política: en el presente caso, la norma acusada excluye diversos derechos constitucionales fundamentales que protegen a las mujeres de distintas formas de discriminación por su condición de ser mujer, en especial por su condición biológica de menstruar. A saber: la norma acusada desconoce los principios de respeto de la dignidad humana (artículo 1 C.P.) al imponer un tributo sobre una condición exclusiva de los procesos biológicos que acontecen en el cuerpo de la mujer y que tiene notables implicaciones en la cultura y hábitos cotidianos de las mismas. La norma acusada excluye el respeto por el principio de solidaridad (artículo 1 C.P.) al obligar exclusivamente a las mujeres a contribuir en materia tributaria por el consumo de dichos bienes, que son los únicos bienes exclusivamente destinados al cuidado e higiene de la mujer. Además, la norma acusada excluye el reconocimiento de derechos tales como la igualdad sin ninguna discriminación por razones de sexo (artículo 13 C.P.) al imponer una carga tributaria cuyo hecho generador se deriva de una condición biológica-sexual como es menstruar y tener la necesidad de comprar una toalla higiénica o un tampón. La norma demanda también excluye la obligación que la constitución impone al Estado de adoptar medidas a favor de grupos

discriminados o marginados (artículo 13 C.P.), que como la acción de inconstitucionalidad demuestra que son las mujeres en Colombia en términos económicos y sociales. A su vez, la norma acusada desconoce el derecho a la igualdad de derechos y oportunidades entre mujeres y hombres, así como el derecho a la no discriminación de la mujer (artículo 43 C.P.), pues claramente establece un impuesto que los hombres no deben pagar mientras que las mujeres sí por una razón connatural a su existencia. Finalmente, la norma demandada contradice la garantía del derecho fundamental al mínimo vital amparado en los principios de Estado Social de derecho, dignidad humana y solidaridad, así como en los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad en la modalidad de decisiones de protección especial a personas en situación de necesidad manifiesta. Lo anterior en atención a que se impone una obligación sobre las mujeres de tal manera que las condiciona a disponer de recursos económicos para satisfacer sus necesidades básicas de subsistencia, sobre todo para aquellas mujeres que se encuentran en condición de pobreza, discapacidad o enfermedad. Al respecto de este último derecho fundamental vulnerado por el artículo 175 de la Ley 1819 de 2016, como se indicó en el acápite anterior, la Corte ha establecido que el mínimo vital se constituye como un límite a la potestad impositiva del Estado y un mandato que orienta la intervención del Estado en la Economía.

- III. La norma acusada carece de razón suficiente para excluir los mandatos constitucionales indicados anteriormente: el hecho de ser mujer y menstruar no justifica de ninguna manera la existencia de un impuesto particular, por el contrario, que exista el impuesto para las toallas higiénicas y tampones, productos ampliamente utilizados por las mujeres en edad de menstruar, que representan una porción muy significativa de la población, más que imponer una condición para corregir las inequidades sociales y económicas de género las profundiza. Ya el hecho de menstruar, incluyendo las implicaciones culturales que ello implica en la sociedad colombiana, es una carga adicional para las mujeres en términos económicos (comprar los bienes de higiene menstrual) y sociales. Aunado a lo anterior, la exposición de motivos de la Ley 1819 de 2016 carece de toda explicación sobre los criterios constitucionales por los cuales las toallas higiénicas y tampones deba ser producto no exentos del IVA, bien con tasa del 5% o con tasa del 19%. De la misma manera, la proposición aprobada por el Senado en la que se definió gravar a las toallas higiénicas y tampones tampoco contenía sustento constitucional suficiente sobre la legitimidad constitucional de establecer dicha tasa o sobre si se trataba de la medida constitucionalmente adecuada. En consecuencia, no existió durante el periodo de deliberación legislativa de la Ley 1819 de 2016 documento técnico-constitucional alguno que sustentara la exequibilidad de establecer un impuesto a la menstruación. Ahora bien, nos es esperable del legislador que optara por mantener gravadas las toallas y tampones, en este caso con tasa del 5%, sin

necesidad de realizar la debida deliberación sobre la constitucionalidad o no de la medida dado que en ese momento legislativo la discusión sobre mantener impuestos a implementos de aseo destinados a atender la menstruación era un hecho notorio en Colombia.

Lo anterior se soporta en que desde los primeros días de diciembre de 2016 se dio a conocer masivamente la campaña “Menstruación Libre de Impuestos”. Dicha iniciativa se convirtió en un hecho notorio una vez los medios de comunicación de alcance nacional e internacional⁴⁰ cubrieron ampliamente, previo a la aprobación de la Ley, a las promotoras de la misma y presentaron sus argumentos. La omisión legislativa implica un tratamiento desigual e injusto tributariamente hablando que castiga a las mujeres. Los argumentos anteriormente expuestos dan cuenta de la afirmación pues se crea un impuesto específicamente dirigido a las mujeres por su condición biológica, que profundiza la discriminación sobre las mujeres e impone sobre estas mayores cargas tributarias bajo la única razón de ser mujeres.

- IV. Finalmente, la constitución impone el deber específico al legislador de respetar la igualdad entre hombres y mujeres y no discriminarlos por sus condiciones biológicas. A saber: las obligaciones constitucionales contenidas en los artículos 1, 13 y 43 de la Constitución Política y del derecho fundamental al mínimo vital que se deriva de la interpretación de los principios de Estado Social de Derecho, dignidad humana y solidaridad, así como de los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad en la modalidad de decisiones de protección especial a personas en situación de necesidad manifiesta, en los términos señalados en el numeral II.

Conforme a lo anterior, concurren los cinco elementos identificados por la Corte Constitucional para que se constituya la omisión legislativa relativa. Por ende, el artículo 175 de la Ley 1819 de 2016 deba declararse inconstitucional en tanto como disposición normativa omite integrar deberes constitucionales específicos como lo son el respeto por la dignidad humana, la solidaridad, la materialización

⁴⁰ Por ejemplo: El Espectador, Revista Semana, La FM, Caracol Radio, El Colombiano, Blu Radio, Telesur. Véase:

<http://www.elespectador.com/noticias/economia/inicio-campana-menstruacion-libre-de-impuestos-articulo-669254>

<http://www.semana.com/economia/articulo/menstruacion-libre-de-impuestos-contra-el-iva-a-las-toallas-higienicas-de-la-reforma-tributaria/508726>

<http://www.lafm.com.co/economia/emprenden-campana-cobro-iva-las-toallas-higienicas/>

http://caracol.com.co/radio/2016/12/06/nacional/1481037919_952198.html

<http://www.elcolombiano.com/negocios/economia/menstruacion-libre-de-impuestos-campana-para-quitar-iva-a-toallas-y-tampones-ME6732259>

<http://www.bluradio.com/nacion/gobierno-recaudo-en-impuestos-4-billones-menos-de-la-meta-estimada-para-2016-127768>

<http://www.telesurtv.net/news/Colombianas-inician-campana-Menstruacion-libre-de-impuestos-20161213-0010.html>

del Estado Social de Derecho, los derechos fundamentales a la igualdad por razones de sexo, al mínimo vital, a la no discriminación y las obligaciones en cabeza del Estado de adoptar medidas tendientes a proteger a los grupos marginados y discriminados, como lo son las mujeres.

La constatación de una omisión legislativa relativa frecuentemente debe conllevar a que la Corte responda mediante un remedio que solvante la pretermisión alegada para así restablecer el principio de normatividad de la Constitución. Y ha señalado que:

*“(…) en algunos casos, la solución consiste en la remoción, previa declaratoria de inexecutable, del ingrediente normativo específico que puede considerarse el causante de la omisión, es decir, aquel cuya presencia restringe injustificadamente el alcance del precepto, excluyendo circunstancias que debieron quedar cobijadas. En otros, la Corte Constitucional dicta una sentencia integradora o aditiva, en la que declara que la disposición demandada es executable, siempre y cuando su efecto se entienda extendido a otras situaciones distintas y adicionales a las que la norma expresamente contempló, precisamente a aquellas sobre las cuales se encuentre probada la alegada omisión legislativa”.*⁴¹

Ahora bien, en la acción de constitucionalidad las y los actores exponen que por lo general ante casos de omisión legislativa relativa la Corte Constitucional declara executable el texto legal pero condiciona su interpretación o emite una sentencia integradora.⁴² En el caso concreto, la única manera de condicionar la interpretación del artículo 175 de la Ley 1819 de 2016, sin que se abra la puerta a una interpretación gravosa para las mujeres, sería a través de asumir que el artículo es executable siempre y cuando se integren, las toallas y tampones, a la lista de bienes excluidos del artículo mencionado. En ese orden de ideas, se trataría de productos no son generadores de IVA. Es decir, serían productos excluidos del impuesto. Además, la figura de executable condicionada en los términos aquí expuestos aseguraría que las toallas higiénicas y tampones quedarán claramente ubicadas dentro de una de las categorías de tratamiento del IVA.

Por el contrario, que se declare la inexecutable o executable condicionada del texto del artículo 175 sin hacer un pronunciamiento adicional integral, podría dejar un vacío jurídico que permitiera interpretar que, al no ser productos excluidos de IVA, las toallas higiénicas y tampones son productos que quedan gravados con la tarifa general del 19% de IVA, trayendo como consecuencia una mayor vulneración de los derechos fundamentales, principios constitucionales y deberes

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C- 533 de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla

⁴² Sobre el fundamento constitucional de las sentencias integradoras, véase Sentencia C-109/95 M.P. Alejandro Martínez Caballero y sentencia C-690/96 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

del Estado, mediante una decisión judicial regresiva y contraria a toda razonabilidad constitucional. Por lo tanto se espera y solicita que la Corte declare la inconstitucionalidad de la expresión “compresas y toallas higiénicas” contenida en el artículo 185 de la ley 1819 de 2016 que modificó el artículo 468-1 del Estatuto Tributario y que a su vez realice las consideraciones necesarias para producir un fallo modulado que trate a estos bienes dentro de la categoría de excluidos del artículo 175 (o de ser necesario, otorgarle tratamiento como bien exento de IVA, en los términos del artículo 477 del Estatuto Tributario). Así las cosas, las toallas y tampones no serían bienes que causen el impuesto del IVA.

5. La Sentencia C-100 de 2014 de la Corte Constitucional no es precedente para el presente caso.

En principio, se podría especular que la Sentencia C-100 de 2014 de la Corte Constitucional se configura como precedente jurisprudencial para el presente caso dado que se trata de hechos similares. En dicha oportunidad, la Corte Constitucional estudió una acción de inconstitucionalidad encaminada a demostrar la inexecutable del artículo 48 de la Ley 1607 de 2012 que reducía la tasa del IVA sobre productos de la canasta básica (como el café, el trigo, la avena, los granos aplastados, el aceite en bruto, el salchichón y la butifarra, el chocolate de mesa, las pastas alimenticias, los productos de panadería a base de sagú, yuca y achira), pasando de la tarifa del 16% o 10% a la del 5%.

En la mencionada sentencia la Corte determinó que la norma demandada no violaba el principio de progresividad tributaria y por ende era constitucional la imposición de tributos sobre algunos bienes de la canasta básica. Ahora bien, a pesar de que en el presente caso, referente a la inconstitucionalidad del artículo 175 de la Ley 1819 de 2016, el legislador obró de forma similar al caso del artículo 48 de la Ley 1607 de 2012, pues redujo la tasa del impuesto genérico del 16% al 5%, la mera reducción de la tasa impositiva no es el único y exclusivo factor a tener en cuenta en el análisis de la constitucionalidad de la norma. Así las cosas, como se argumentará en adelante, que el artículo atacado por las y los accionantes aquí coadyuvados reduzca la tasa del IVA sobre toallas higiénicas y tampones no lo hace constitucional per se al estarse a lo fallado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-100 de 2014. En particular hay que considerar que: i) En la Sentencia C-100 de 2014 se trata la progresividad de la norma mientras que en la acción de inconstitucionalidad contra el artículo 175 y 185 de la Ley 1819 de 2016 se ataca injusticia e inequidad de la norma bajo criterios de desigualdad y discriminación por razones de género y afectación del derecho al mínimo vital; ii) La jurisprudencia constitucional, incluyendo la Sentencia C-100 de 2014, reconoce que si bien en principio es posible gravar bienes de la canasta básica, dicha potestad encuentra un límite en la existencia o no de bienes sustitutos que no están gravados mediante los cuales se pueda satisfacer el derecho fundamental al mínimo vital. En este caso, no hay en el mercado ningún producto sustituto que no esté gravado y que puede cumplir las mismas

finalidades. Por el contrario las alternativas existentes como las copas menstruales, son de muy escaso consumo, de alto costo y de baja disponibilidad pública; y iii) la jurisprudencia constitucional ha definido que debe existir un criterio constitucionalmente razonable que permita concluir que la norma no vulnera el contenido constitucional.

Así las cosas, se debe precisar que la Sentencia C-100 de 2014 no puede ser precedente constitucional en este caso, puesto que los cargos de constitucionalidad presentados en dicha oportunidad son distintos a los cargos presentados por la acción coadyuvada. En la sentencia citada la Corte Constitucional ubica el problema jurídico en torno a la progresividad o no del Artículo 48 de la Ley 1607 de 2012 así:

“La Sala estima, en concordancia con lo anterior, que la demanda le plantea el siguiente problema jurídico: ¿Viola el legislador el principio de progresividad tributaria al gravar con IVA del 5% algunos bienes especificados de consumo frecuente entre la población colombiana (como el café, el trigo, la avena, los granos aplastados, el aceite en bruto, el salchichón y la butifarra, el chocolate de mesa, las pastas alimenticias, los productos de panadería a base de sagú, yuca y achira)?”

La acción de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 175 y 185 de la Ley 1819 de 2016 por su parte, se dirige a demostrar la vulneración, más que del principio de progresividad tributaria, de una serie de principios constitucionales, derechos fundamentales, y obligaciones estatales tendientes a eliminar inequidades de género, expresiones de discriminación y desigualdades materiales que afectan a la mujer por el hecho de ser mujer. Entonces, es preciso reiterar que la acción de inconstitucionalidad coadyuvada alega la aplicación y protección en favor de las mujeres de los artículos 1, 13, 43, 93, 338, 363 de la Constitución Política de Colombia, así como las disposiciones de los instrumentos internacionales allí identificados, a saber: Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer “CEDAW” ratificada por el Estado colombiano mediante Ley 51 de 1981, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, ratificada mediante Ley 248 de 1996 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado mediante la ley 74 de 1968.

Así las cosas, los aspectos atacados como inconstitucionales en la acción coadyuvada distan de centrarse en la progresividad de la norma, motivo por el cual, a pesar de encontrarse elementos similares a los analizados en la Sentencia C-100 de 2014, no se tratan de hechos idénticos ni de prerrogativas constitucionales equiparables.

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional, incluyendo la Sentencia C-100 de 2014, reconoce que si bien en principio es posible gravar bienes de la canasta

básica, dicha potestad encuentra un límite en la existencia o no de bienes sustitutos que no están gravados mediante los cuales se pueda satisfacer el derecho fundamental al mínimo vital. En la Sentencia C-100 de 2014 la Corte extrajo algunas reglas que dicha corporación había identificado en la Sentencia C-776 de 2003 relacionadas con la potestad del Estado de gravar bienes de la canasta básica. Concretamente, la Corte Constitucional ha identificado dos reglas. Primero, que el Congreso no tiene una prohibición absoluta de gravar con IVA algunos bienes de primera necesidad. Segundo, que la Constitución admite un gravamen sobre el consumo de bienes y servicios de primera necesidad *“siempre y cuando existan políticas efectivas que compensen la afectación al mínimo vital de las personas”* por ejemplo, que existan bienes sustitutos más básicos aún exentos y excluidos, suficientes para satisfacer las necesidades básicas.

Así las cosas, resulta imperativo que la Corte analice la sustituibilidad en el mercado colombiano de las toallas y tampones por otros bienes de consumo que satisfagan la misma necesidad básica de higiene menstrual y que no se encuentren gravados. Antes de ilustrar dicha discusión, resulta pertinente reiterar las características que Corte Constitucional ha identificado como bien de necesidad básica. Conforme a las Sentencias C 776 de 2003 y C-100 de 2014, son bienes de necesidad básica *“aquellos que consumen “sectores muy amplios de la población”, y segundo que además cumplan la función de satisfacer “aspectos vitales de sus necesidades básicas”. Este último requisito lo satisfacen todos aquellos bienes y servicios que resulten indispensables para contar con “las condiciones económicas y espirituales necesarias para la dignificación de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad”*.

Ahora bien, ¿Tienen las toallas higiénicas y tampones bienes sustituibles en la canasta básica dentro del mercado colombiano? A nuestro juicio la respuesta debe ser no, sin lugar a dudas. No existen en el mercado nacional bienes sustitutos a las toallas higiénicas y tampones que permitan garantizar la accesibilidad a satisfacer la necesidad básica de higiene menstrual que tienen todas las mujeres. Lo anterior debe observarse desde cuatro aproximaciones, tales como, i) bienes sustitutos por sus usos finales, ii) bienes sustitutos por motivos de sus costumbres de uso, iii) bienes sustitutos por sus características físicas y iv) bienes sustitutos en razón del precio.

En ese orden de ideas, existen dos bienes que en principio podrían ser considerados como sustitutos de las toallas y tampones en términos de usos finales: las copas menstruales y las toallas no desechables. Sin embargo, ni las toallas higiénicas ni las copas menstruales tienen las mismas costumbres de uso que las toallas higiénicas y los tampones desechables. En lo que comprende la sustituibilidad por características físicas, tanto las copas menstruales como las toallas no desechables difieren completamente de las características físicas de las toallas higiénicas y tampones desechables. En primera instancia, las copas y las toallas no desechables se caracterizan precisamente por ser productos no

desechables, sino de uso repetitivo. Además, las copas y las toallas no desechables son elaboradas con látex y tela, respectivamente, mientras que las toallas y tampones desechables se producen con materiales de menor duración, como algodón y papel. Por último, las copas y las toallas no desechables no son productos sustitutos en cuanto al precio. En buena medida porque se trata de productos no desechables es complicado determinar las diferencias en el precio, no obstante, mientras que el precio de un paquete de toallas higiénicas desechables por 10 unidades oscila entre los COP \$2.480 pesos hasta los COP \$12.760 pesos⁴³, una copa menstrual supera los COP \$79.900 pesos⁴⁴ y por supuesto tendría además IVA. En conclusión, no existen en el mercado colombiano bienes de consumo que sirvan de producto sustituto de las toallas y tampones desechables. Bien por cuestiones de características físicas, por usos y costumbres de uso o por precio.

Finalmente, la jurisprudencia constitucional ha definido que debe existir un criterio constitucionalmente razonable que permita concluir que la norma no vulnera el contenido constitucional. Sin embargo, y como se ha expuesto en otros apartados de la presente coadyuvancia, dentro del trámite legislativo no se presentó sustento constitucional alguno que justifique la razonabilidad de mantener un impuesto que grava exclusivamente un hecho biológico del cuerpo femenino. Tampoco se ha presentado documento técnico que identifique la necesidad del Estado para mantener el impuesto sobre los bienes destinados a la menstruación. Por el contrario la acción de inconstitucionalidad y la presente coadyuvancia se han esforzado por demostrar que la existencia de IVA sobre toallas y tampones destinados a la higiene menstrual afecta exclusivamente a las mujeres, grupo poblacional históricamente discriminado, únicas consumidoras de dichos productos. Cabe destacar además que las toallas y tampones son los únicos productos en el mercado que necesariamente están destinados a ser usados en razón del sexo.

En suma, la Sentencia C-100 de 2014 de la Corte Constitucional no es precedente para el presente caso. Ello en tanto en la citada sentencia se analiza la constitucionalidad del artículo 48 de la Ley 1607 de 2012 en razón del principio de progresividad tributaria, mientras que la acción coadyuvada ataca la constitucionalidad de la norma en razón de los principios de equidad y justicia en materia tributaria, así como de varios derechos fundamentales asociados. A su vez, a diferencia del caso de la Sentencia C-100 de 2014, en el presente caso los bienes gravados, además de ser bienes de la canasta básica, carecen de bienes sustitutos no gravados. Finalmente, la imposición del IVA sobre toallas higiénicas y tampones carece de toda razón que permita identificarla como coherente con el orden constitucional colombiano.

⁴³ Conforme a precios disponibles en http://www.exito.com/Salud_y_Belleza-Cuidado_femenino-Cuidado_intimo-Toallas_higienicas/_/N-2bj3

⁴⁴ Conforme a precios disponibles en: <http://lifecup.co/comprar/>

Conclusiones

Con fundamento en todo lo expuesto, coadyuvamos las pretensiones de la demanda y solicitamos a la honorable Corte Constitucional que declare la inexecutable del artículo 185 de la Ley 1898 de 2016 en la expresión “compresas y tampones higiénicos” allí contenida y que además realice la integración normativa necesaria para que las compresas, toallas y tampones higiénicos sean bienes excluidos completamente del IVA tal como ocurre con los que están enlistados en el artículo 175 y como garantía efectiva de los derechos fundamentales que tal imposición tributaria compromete y vulnera.

De los honorables magistrados y magistradas,

Respetuosamente,

ÁNGELA MARÍA ROBLEDO
C.C. 24.313.244 de Manizales

ALIRIO URIBE MUÑOZ
C.C. 19.418.812

JORGE ENRIQUE ROBLEDO
C.C. 14.204.889 de Ibagué

APOYAN

Nombre
CC.

Nombre
CC.

Intervención ciudadana en el trámite de la acción pública de inconstitucionalidad contra los
artículo 175 y 185 (parcial) de la ley 1819 de 2016 – Reforma Tributaria

Nombre
CC.

Nombre
CC.

Nombre
CC.

Nombre
CC.

Nombre
CC.

Nombre
CC.

Nombre
CC.

Nombre
CC.

Nombre
CC.

Nombre
CC.

Nombre
CC.

Nombre
CC.