



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá

Honorables

MAGISTRADOS CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Magistrado ponente: **JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS**

E.S.D.

Referencia: **Expediente número D-13634**. Demanda de inconstitucionalidad contra la partida 96.19 del artículo 188 de la Ley 1819 de 2016.

Actor: **LORENZO VILLEGAS CARRASQUILLA Y MARÍA ALEJANDRA SOLER RANGEL**

Asunto: **intervención ciudadana** según Decreto 2067 de 1991 artículo 7.

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN, actuando como ciudadano y **Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre**; **JAVIER ENRIQUE SANTANDER DÍAZ** actuando como ciudadano y **coordinador del Observatorio**; y **CAMILA ALEJANDRA ROZO LADINO**, ciudadana, abogada y miembro del **Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre**, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, vecinos de Bogotá, dentro del término legal, de conformidad con lo establecido en el artículo 242 numeral 1 de la C.P y el artículo 7 Decreto 2067 de 1991, presentamos la siguiente intervención ciudadana con respecto a la demanda de la referencia y en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución de Colombia de 1991.

I. Norma demandada

LEY 1819 DE 2016

(diciembre 29)

Diario Oficial No. 50.101 de 29 de diciembre de 2016

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

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.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 188. Modifíquese el artículo 477 del Estatuto Tributario el cual quedará así: **Artículo 477. Bienes que se encuentran exentos del impuesto.** Están exentos del impuesto sobre las ventas, con derecho a compensación y devolución, los siguientes bienes:

(...)

96.19

Compresas y toallas higiénicos <Texto adicionado en cumplimiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en Sentencia C-117-18>

II. Cargos de inconstitucionalidad

Los demandantes solicitan que el artículo 188 de la Ley 1819 de 2016 sea declarado como exequible condicionado bajo el entendido que, la copa menstrual sea incluida dentro de la lista de bienes exentos del impuesto al valor agregado (IVA) contemplados en la partida 96.19 del artículo demandado. Como pretensión subsidiaria, los actores solicitan la exequibilidad condicionada del artículo 185 de la Ley 1819 de 2016 para que la copa menstrual sea tratada como un producto de primera necesidad de la higiene menstrual y, por ello, se la aplique una imposición diferencial, es decir, un impuesto del 5% y no del 19%.

Estas dos peticiones se basan en los siguientes argumentos. Primero, se está ante una omisión legislativa relativa “por cuanto no incluye un grupo particular de productos que cumplen las mismas funciones que tampones y toallas, y que además representan otras ventajas que van desde lo económico, pasando por la salud hasta lo medioambiental”. Segundo, esta omisión mantiene una discriminación indirecta respecto a un grupo específico – las mujeres- al gravarlo por su mera condición de género y no les permite gestionar el manejo de su higiene menstrual. Y tercero, el tributo sobre la copa menstrual genera una violación flagrante contra el derecho a la igualdad, a la salud y a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer.

III. Consideraciones del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre.

El observatorio considera, como pretensión principal, que se declare la aptitud sustancial de la demanda y, por tanto, realice un estudio de fondo para decretar la exequibilidad condicionada del artículo 188 de la Ley 1819 de 2016 – partida 96.19-. Esta intervención está estructurada en cuatro partes. En la primera se explicará el cumplimiento de los requisitos de la aptitud de la demanda. La segunda, analizaremos la dignidad humana en relación con el derecho a la autodeterminación en materia laboral. En la tercera parte analizaremos el enfoque de género en materia laboral. En la cuarta sección desarrollaremos el juicio integrado de igualdad para explicar que la expresión “no deben ejecutar las mujeres” es inexecutable por basarse en un criterio prohibido de discriminación y que genera una desigualdad de género. Por último, una conclusión que contiene las peticiones.

A. REQUISITOS DE LA APTITUD DE LA DEMANDA

La Corte Constitucional (CortConst) en su jurisprudencia ha establecido cuáles son los requisitos que debe contener una acción de inconstitucionalidad¹. Estos corresponden a la claridad, especificidad, suficiencia, certeza y pertinencia. Para el caso concreto, el Observatorio Constitucional manifiesta que sí se cumplieron con tales parámetros puesto que, el demandante no se basó en afirmaciones subjetivas, vagas, indeterminadas, abstractas ni globales². Los actores desarrollaron el juicio de igualdad bajo el nivel de intensidad estricto, lo que implicaba, no solo sustentar el parámetro fáctico – cuál población está siendo discriminada- sino también, los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Además, se explicó cómo imponer un tributo a la copa menstrual genera graves violaciones al derecho a la salud, a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, e incluso, al medio ambiente y al principio de equidad tributaria.

B. ESTUDIO DE FONDO

FUNDAMENTOS DE LA OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA, VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA MUJER Y DESCONOCIMIENTO DEL ENFOQUE DE GÉNERO EN EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA

La Corte Constitucional ha establecido que, la omisión legislativa relativa se presenta cuando “*el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella*”³. Esta situación se puede manifestar de diferentes maneras⁴. Primero, se expide una ley para desarrollar un deber impuesto por la Constitución Política de 1991 pero se está beneficiando a ciertos sectores y se perjudica a otro. Segundo, se adopta un precepto que corresponde al cumplimiento de una obligación constitucional, sin embargo, se excluye, ya sea de forma tácita o expresa, a un grupo determinado de ciudadanos de aquellos beneficios que le otorga a los demás. Y tercero, “cuando al

¹ CortConst SC-1052 de 2001, SC-189 de 2017, SC- 042 de 2018 y SC-052 de 2019,

² CortConst SC-052 de 2019.

³ CortConst SC-351 de 2013.

⁴ CortConst SC-543 de 1996.

regular una institución omite una condición o un elemento esencial exigido por la Constitución”⁵.

¿Por qué se podría declarar la inconstitucionalidad de una norma a través de una omisión legislativa relativa? De acuerdo a las sentencias C-146 de 1998 reiterada por la sentencia C-351 de 2013, la inconstitucionalidad por omisión se declara en relación con un contenido normativo de una disposición concreta que por ser incompleta resulta discriminatoria. Esto significa que, la norma legal al no contemplar todo el universo de hipótesis de hecho o supuestos facticos idénticos a la regulada, resulta ser contraria al principio de igualdad e inconstitucional⁶. Estas reglas de derecho sobre omisión legislativa relativa son aplicables para el caso que hoy analizamos. El Congreso de la República, junto con la decisión de la Corte Constitucional en su sentencia C-117 de 2018 de incluir la partida 96.19 al artículo 188 de la Ley 1819 de 2016, generan una omisión relativa que resulta ser discriminatoria para los derechos de la mujer –la autodeterminación, derechos sexuales y reproductivos y la igualdad- y desconoce el principio de equidad tributaria con enfoque de género.

La Corte Constitucional ha determinado se debe demostrar los siguientes elementos o requisitos para la configuración de una omisión legislativa relativa:

“(a) la existencia de una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo y que (i) excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos equivalentes o asimilables o (ii) que no incluya determinado elemento o ingrediente normativo; (b) que exista un deber específico impuesto directamente por el Constituyente al legislador que resulta omitido, por los casos excluidos o por la no inclusión del elemento o ingrediente normativo del que carece la norma; (c) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (d) que, en los casos de exclusión, la falta de justificación y objetividad genere una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma”⁷

¿Cómo se cumplen con los elementos que exige la Corte Constitucional para demostrar una omisión legislativa relativa? El Observatorio pasará a demostrar el cumplimiento de cada uno de ellos.

a. Norma sobre la cual se predique el cargo necesariamente: Artículo 188 de la Ley 1819 de 2016

Antes de la sentencia C-117 de 2018, el artículo 185 de la Ley 1819 de 2016 contemplaba como bienes gravados con la tarifa del 5% a las “*compresas y toallas higiénicas*”. Gracias a la providencia de la Corte Constitucional se declaró inexecutable la partida 96.19 del artículo 185 y, bajo la figura jurídica de integración normativa, incluyo dicha partida (96.19) en el artículo 188 de la Ley 1819 de 2016 con el fin de que, sólo las “*compresas y toallas higiénicas*” sean consideradas como bienes que se encuentran exentos del impuesto –IVA-.

Esta decisión judicial sigue manteniendo una omisión legislativa relativa y el Congreso no ha adoptado ninguna norma para subsanar dicha omisión. Con la partida 96.19 del artículo 185 de la Ley 1819 de 2016 el Legislador solo permitía que las compresas y toallas higiénicas se les impusiera el 5% del IVA, excluyendo a otros bienes insustituibles para el manejo adecuado de la higiene menstrual. Posteriormente, la Corte Constitucional en su sentencia C-117 de 2018 resolvió declarar inexecutable ese apartado normativo y dejar exclusivamente a las compresas y tampones higiénicas como bienes exentos del IVA.

b. Exclusión de otros bienes insustituibles para el manejo adecuado de la higiene menstrual.

⁵ CortConst SC-351 de 2013

⁶ CortConst SC-146 de 1998.

⁷ CortConst SC-352 de 2017.

La Corte Constitucional ha estudiado el derecho al manejo de la higiene menstrual dentro del escenario constitucional de los derechos sexuales y reproductivos, pero ¿qué entendemos por el manejo de higiene menstrual (Menstrual Hygiene Management MHM)? Tal como lo cito este tribunal constitucional y con base a la literatura internacional, se entiende como el uso adecuado que hacen las mujeres y niñas adolescentes de materiales limpios destinados para absorber o recoger la sangre menstrual⁸. Esto implica que, las mujeres –incluyendo también a los hombres trans menstruantes⁹- deben poder cambiar el material absorbente en privado tan frecuente como sea necesario durante su ciclo menstrual, contar con agua potable e instalaciones sanitarias para desechar esos utensilios y manejar su higiene menstrual con limpieza¹⁰.

La gestión menstrual comprende aquellas tecnologías desarrolladas para dar sentido a los modos sociales de menstruar, es decir, vivenciar, sentir, pensar y hablar sobre menstruación de manera consciente, sin tabúes ni obstáculos. Estas tecnologías de gestión menstrual están compuestas por aquellos productos de consumo existentes en el mercado destinados a la higiene menstrual, como por ejemplo “las toallas descartables industriales, toallas ecológicas de tela, tampones, copas menstruales, esponjas marinas y ropa interior absorbente destinadas al ocultamiento y tratamiento al sangrado de las personas menstruantes (...)”¹¹. Por tanto, el manejo adecuado de la higiene menstrual comprende el derecho de toda mujer a elegir libremente el insumo que consideren apropiado para absorber la sangre menstrual, de acuerdo a sus convicciones personales y/o su identidad étnico y cultural¹².

La Corte Constitucional ha sostenido tanto en su sentencia C-117 de 2019 como en la sentencia T-398 de 2019 que “el material absorbente de sangre menstrual es, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, un bien insustituible, cuyo objeto principal es satisfacer las necesidades de las mujeres en edad fértil para el manejo de la menstruación (...)”. La Universidad Libre entonces pregunta ¿qué otros bienes o materiales absorbentes de sangre menstrual existen, a parte de las compresas y toallas higiénicas?, ¿Existen materiales menstruales que no generen tanto daño a la salud de las mujeres y al medio ambiente?

aa. Copa menstrual



La copa menstrual está diseñada en forma de recipiente que se introduce en la vagina para recoger la sangre menstrual. Se fabrica en tres tipos de materiales básicos: i) silicona; ii) látex – material ecológico, suave y elástico- y, iii) plástico quirúrgico o TPE¹³. La copa menstrual se caracteriza por ser ecológica y reutilizable; debe cambiarse cada 8 o 10 horas, dependiendo de la intensidad del flujo; tiene una vida útil de 10 años; no genera residuos lo que contribuye favorablemente al medio ambiente; “actualmente su venta principalmente se realiza en las

⁸ CortConst ST-398 de 2019.

⁹ TARZIBACHI Eugenia. Cosa de Mujeres. Menstruación, género y poder. Revista Sudamericana, Buenos Aires, 2017.

¹⁰ VANLEEUEWEN, Crystal; TORONDEL, Belen. Improving menstrual hygiene management in emergency contexts: literatur of current perspectives. In International Journal of Women’s Health, Núm. 10, London, 2018.

¹¹ AZCUE Ludmila; PATIÑO ARÁOZ Luciana. La menstruación como política pública: Un estudio exploratorio de proyectos legislativos sobre gestión menstrual en Argentina. Repositorio Institucional de la UNLP, Universidad Nacional de La Plata, Argentina, 2018, p. 2.

¹² CortConst ST-398 de 2019.

¹³ BOMBÍ Inés. La copa menstrual: materiales y reutilización. Disponible en: <https://www.salud.mapfre.es/salud-familiar/mujer/reportajes-mujer/materiales-copa-menstrual-y-reutilizacion/#:~:text=Silicona%2C%20pl%C3%A1stico%20quir%C3%BArgico%20o%20TPE,son%20peligrosos%20para%20la%20salud>

farmacias o Internet, aunque está evolucionando y en algunos hipermercados ya podemos encontrar estos productos de higiene íntima”¹⁴.

bb. Ropa interior menstrual



“Este es de los productos menstruales más nuevos. Es ropa interior como la que todas conocemos, con el detalle de que absorben el flujo menstrual y son a prueba de derrames. Son reusables y lavables”.

Mientras algunas mujeres recomiendan usarlos en los días de poco flujo o como respaldo para la cosa menstrual, otras aseguran que estas prendas son todo lo que necesitas para esos días”¹⁵

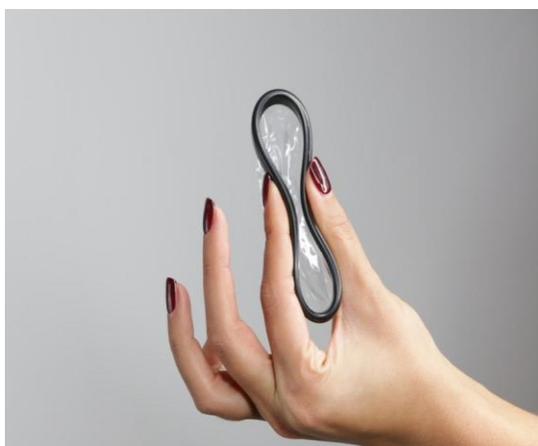
cc. Toallas sanitarias de tela



“Estas toallas son lavables y reutilizables. Suelen estar hechas de algodón, lino y lanilla. Tienen alas y los modelos varían según la cantidad de flujo de cada mujer. Una toalla de tela dura hasta 5 años”.

“Otro de los beneficios es que dan la posibilidad de reducir la exposición a químicos tóxicos tanto para la piel como para la tierra y reduce las infecciones y erupciones cutáneas”¹⁶.

dd. El disco o “The flex disc”



“(…) Es un producto para la menstruación que se introduce y **se acopla a tu cuerpo**, y te protege durante doce horas. La parte central de este producto en forma de anillo recoge el flujo menstrual en lugar de absorberlo (...) Aunque es de usar y tirar, **reduce los residuos un 60 %** si lo comparamos con los métodos tradicionales (...) l disco está hecho de una mezcla especial de polímeros, es **hipoalergénico, vegano** y no contiene bisfenol A, ftalatos o látex”¹⁷

¹⁴ Lidia de Haro Pérez. “Diseño de material educativo sobre la copa menstrual y esferas vaginales para mujeres jóvenes”. Repositorio Universidad de Valladolid, 2019, p. 12. Disponible en: <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/36854/TFG-H1608.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹⁵ PINTO Elizabeth. Productos de higiene menstrual: más allá de la toalla sanitaria. Disponible en: <https://guddi.com/productos-de-higiene-menstrual/>

¹⁶ HERNANDEZ Karen. Toallas sanitarias de tela: una alternativa para cuidar el medio ambiente durante tu periodo. Publicado 02/06/2017, Disponible en: <https://www.nuevamujer.com/wellness/2017/06/02/toallas-sanitarias-tela-alternativa-cuidar-medio-ambiente-durante-tu-periodo.html>

¹⁷ BURNEY ELLEN. “Hacia una menstruación sin plásticos: ¿Qué productos de higiene íntima son más sostenibles?”, Publicado el 08/12/2019. Disponible en: <https://www.vogue.es/belleza/articulos/regla-productos-higiene-intima-sostenible-sin-plastico-braguitas-copa-menstrual>

c. Deber específico impuesto directamente por el Constituyente al legislador que resulta omitido: desconocimiento al principio de equidad tributaria con enfoque de género

El artículo 363 de la Constitución Política de 1991 contempla el deber constitucional de aplicar el principio de equidad tributaria y progresividad, los cuales guardan una estrecha relación con el principio de igualdad contemplado en el artículo 13 de la Constitución¹⁸. El legislador omitió cumplir con este deber específico al desconocer el principio de equidad tributaria y progresividad con enfoque de género, afectando de igual modo, los derechos de la mujer que para el caso en concreto recaen en los derechos sexuales y reproductivos, el derecho al manejo de la higiene menstrual y a decidir libremente el material absorbente menstrual¹⁹ (ver párrafos 203 y 204 de la sentencia T-398 de 2019).

El principio de equidad tributaria exige una ponderación de la distribución de las cargas y de los beneficios o imposición de gravámenes entre los contribuyentes con el fin de evitar cargas excesivas o beneficios exagerados. Estas dos últimas situaciones se dan cuando el legislador no consulta ni tiene en cuenta la capacidad económica de los sujetos pasivos. Tanto el criterio de equidad tributaria como el de progresividad contemplan dos exigencias: i) equidad horizontal y ii) equidad vertical²⁰.

Para el caso concreto, se está imponiendo una mayor carga, inequitativa e irrazonable para las mujeres bajo dos escenarios. Primero con respecto a los hombres – quienes no necesitan de estos productos. Segundo, se da entre las mujeres de escasos y altos recursos afectando gravemente a aquellas mujeres que se encuentran en extrema pobreza, mujeres cabeza de hogar, mujeres indígenas o que pertenezcan a otra etnia o cultura, mujeres rurales o en situación económica precaria²¹. A ello se suma que, el impuesto del IVA recae sobre bienes de primera necesidad insustituibles que garantizan dignamente el derecho al manejo adecuado de la higiene menstrual, a la autodeterminación de la mujer, sus derechos sexuales y reproductivos, e incluso, a un ambiente sano.

El Observatorio de Intervención Ciudadana de la U Libre, no encuentra un criterio válido de diferenciación ni cómo se está garantizando el principio de equidad tributaria con enfoque de género. Conforme al artículo 363 de la Constitución política y la obligación internacional del Estado de eliminar cualquier forma de discriminación contra la mujer –Convención Belém Do Para- el legislador debió implementar un enfoque de género para incluir otros elementos o materiales menstruales y no dejar solamente a las compresas, toallas higiénicas y tampones con el beneficio tributario. De haber adoptado esta medida se hubiese garantizado no solo una equidad tributaria, sino también: i) el ejercicio digno del derecho al manejo de la higiene menstrual; ii) el derecho a elegir libremente el bien insustituible que las mujeres consideren adecuado para absorber la sangre menstrual, conforme a sus convicciones personales, étnicas o culturales; iii) el derecho a, una vez elegido dicho insumo, acceder a ellos sin que medie barrera alguna²².

d. La exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente

La Universidad Libre considera que no existe un principio de razón suficiente para excluir otros bienes insustituibles para el manejo adecuado de la higiene menstrual. Esta medida vulnera gravemente derechos fundamentales de la mujer y genera una inequidad tributaria que afecta la capacidad económica de las mujeres, especialmente aquellas que o están en una situación económica precaria o las obliga a ir en contra de sus convicciones personales, étnicas o culturales. Como bien lo han demostrado los demandantes, comprar toallas higiénicas y tampones es más costoso que comprar una

¹⁸ CortConst SC-056 de 2019.

¹⁹ CortConst ST-398 de 2019.

²⁰ CortConst SC-056 de 2019.

²¹ CortConst SC-117 de 2018.

²² CortConst ST-398 de 2019.

copa menstrual o toallas sanitarias de tela o ropa interior íntima menstrual que son reutilizables. Las mujeres –incluyendo los hombres trans menstruantes- menstrúan aproximadamente cinco días cada mes, lo que equivale a 60 días del año durante un promedio de 40 años arrojando un total de 2.400 días de su vida sangrando –algunas por la intensidad de su flujo menstrúan 7 días y llegan a la menopausia hasta los 50 años-. Cada mujer u hombre trans está utilizando 12.000 toallas y 14.000 tampones a lo largo de su vida²³. En el mercado se venden paquetes de toallas – ejemplo Nosotras Invisibles Rapigel- de 10 unidades con un valor de \$5.500²⁴, y en total usan 1.200 paquetes. Lo que gasta una mujer en su vida menstrual son \$6'600.000 pesos.

La Universidad Uniminuto realizó una entrevista con el médico ginecólogo y profesor de la Universidad de Cartagena Álvaro Monterrosa, quien afirmó lo siguiente:

“Una mujer utiliza aproximadamente 5 toallas higiénicas normales diarias o 5 tampones diarios, que en promedio valen al mes unos \$13.000 mil pesos, sumando para algunas mujeres medicamentos analgésicos para los cólicos o síntomas del ciclo menstrual. Si una mujer tiene 480 periodos en toda su vida, gastará en toallas, tampones, protectores y medicamentos para los cólicos alrededor de unos \$6,800.000 mil pesos”²⁵.

El periódico El HERALDO realizó otra entrevista al doctor ginecologista Álvaro López Vargas quién indicó el presupuesto que gasta una mujer en solo un ciclo menstrual cuando compra únicamente toallas higiénicas “Si la mujer opta por toallas tipo tela, estas tienen un valor comercial de \$5.500 por paquete de 12 unidades. Que en los cálculos sería \$11.000 pesos, y que sumado al paquete de toallas nocturnas que usaría, daría un total parcial de \$21.700”²⁶. Esta cifra multiplicada por la cantidad de ciclos que tiene al año (12) da un resultado de 260.400 y multiplicado por los años en que menstrua una mujer (aprox. 40 años) arroja un total de \$10.416.000 pesos.

¿Se gastaría lo mismo si las mujeres escogieran como material absorbente de sangre la copa menstrual, la ropa interior íntima o las toallas sanitarias de tela? Las copas menstruales tienen una vida de 8 o 10 años y su costo en el mercado oscila entre los \$70.000 y \$120.000 pesos²⁷. En total una mujer usaría 4 copas menstruales en su vida y su presupuesto sería de 480.000 pesos. Las toallas sanitarias de tela tienen una vida útil mayor a 1 año y tienen un costo de \$20.000 pesos por unidad ²⁸. La ropa interior íntima menstrual o braguitas o pantys menstruales tienen un costo de \$90.000 a \$120.000 pesos²⁹, su vida útil aproximada es de 2 años y su capacidad de absorción es similar al de un tampón o dos toallas higiénicas³⁰.

En conclusión, el Observatorio Constitucional de la U Libre considera que no existe razón suficiente para excluir ese grupo de materiales menstruantes de la lista de bienes exentos del IVA. Si el manejo adecuado de la higiene menstrual comprende el derecho a elegir libremente el insumo que las mujeres consideren adecuado para absorber la sangre menstrual y el derecho a acceder a ellos sin que medie barrera alguna³¹ ¿por qué tanto el Congreso de la República como la misma Corte Constitucional sólo limitan el

²³ RANGEL FLORES Yesica Yolanda; GALLEGOS Sandra. La copa, una estrategia menstrual segura y sostenible, 2019. Disponible en: <http://www.uaslp.mx/Comunicacion-Social/Documents/Divulgacion/Revista/Dieciseis/241/241-05.pdf>

²⁴ <https://www.larebajavirtual.com/catalogo/producto/producto/16889/descripcion/TOALLA-NOSOTRAS-INVISIBLE-RAPIGEL-LLEVE-10-%2B-5-PROTECTORES.html>

²⁵ RODRÍGUEZ Jessica, ¿Cuántos ciclos menstruales tiene una mujer y cuánto dinero gasta en toda su vida?, Uniminutoradio, Colombia, 2019. Disponible en: <https://www.uniminutoradio.com.co/cuantos-ciclos-menstruales-tiene-una-mujer-y-cuanto-dinero-gasta-en-toda-su-vida/>

²⁶ FAJARDO DE LA ESPRIELLA, Estefanía. El costo de la menstruación, en pleno debate de la tributaria. EL HERALDO, 2016. Disponible en: <https://www.elheraldo.co/entretenimiento/el-costode-la-menstruacion-en-pleno-debate-de-la-tributaria-310165>

²⁷ CARREÑO ROJAS, Lucety. Copa menstrual: uso, ventajas y desventajas. EL ESPECTADOR, 2019. Disponible en: <https://www.elspectador.com/noticias/actualidad/copa-menstrual-uso-ventajas-y-desventajas/>

²⁸ <https://be-slow.com/collections/higiene-femenina>

²⁹ <https://www.tiendanosotras.com/?gclid=CjwKCAjwiOv7BRBREiwAXHbv3L13LeSX2hc4iMI0rIle0Dq1cuNadxXwihdoqIgezZ7SBn5z9vUmPRoCp7QQAvD BwE&gclid=aw.ds>

³⁰ <https://ilovecyclo.com/es/bragas-menstruales/>

³¹ CortConst ST-398 de 2019.

beneficio tributario de exención de impuesto del IVA a las compresas y tampones higiénicos?, ¿por qué excluir de tal beneficio tributario a la copa menstrual, ropa interior menstrual o toallas sanitarias de tela que son más económicas, reutilizables y favorables al medio ambiente y al mínimo vital de la mujer?

e. Vulneración al principio de igualdad con enfoque de género

aa. *Tertium comparationis*

En el artículo 13 de nuestra Constitución Política de 1991 se contempla la igualdad como derecho fundamental. En concordancia con el artículo 43 de la Constitución Política, los hombres y las mujeres gozan de los mismos derechos y oportunidades, lo cual implica que, la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación, sea directa o indirecta. En esta primera etapa identificaremos los sujetos o situaciones reguladas por la medida o norma que se estudia³². Para el caso en concreto estudiamos dos grupos de personas que poseen semejanzas y diferencias: i) las mujeres con respecto a los hombres y, ii) las mujeres de escasos recursos económicos –en pobreza extrema o de estratos bajos- frente aquellas de estrato alto.

bb. ¿el trato diferenciado es justificable y razonable?

El juicio de igualdad se realizará bajo el nivel de intensidad estricto por dos razones. Primero, la medida afecta gravemente derechos fundamentales de la mujer, como la dignidad humana en relación con los derechos sexuales y reproductivos, el derecho al manejo de la higiene menstrual; el principio de equidad tributaria con enfoque de género; y el derecho a un ambiente sano. Segundo, el trato diferenciado recae en un criterio sospechoso de discriminación prohibido por el artículo 13 de la Constitución Política como corresponde al sexo.

aaa. Finalidad e idoneidad

Para comprender cuál es el fin del artículo 188 de la Ley 1819 de 2016 es necesario remitirnos a la sentencia C-117 de 2018 en la cual se realizó un estudio del alcance y el trámite legislativo de dicha norma:

“En ninguno de esos momentos se verifica la presentación de motivos o una discusión durante la elaboración legislativa en cuanto a la imposición del gravamen con la tarifa general, una tarifa diferencial menor o su exención del impuesto. Únicamente en el trámite de la normativa objeto de análisis se refirió al fundamento de esa determinación, relativo a su carácter de **bienes de primera necesidad e indispensables** para las mujeres. Sin embargo, tal decisión no buscó eximir del impuesto a estos productos, sino aliviar la carga de su imposición.

En suma, la disposición parcialmente acusada comprende una medida de reducción del impuesto sobre las ventas a los productos de higiene femenina después de un periodo de catorce años durante el cual fueron gravados con la tarifa general. Adicionalmente, el fundamento de tal reducción, según el trámite legislativo, se refiere a la calidad de artículos de primera necesidad e indispensables para las mujeres”

bbb. Necesidad de la medida

En este criterio analizamos que la medida en concreto – adoptada en el artículo 188 de la Ley 1819 de 2016- sea la mejor entre las demás posibles y, la menos lesiva con el derecho intervenido³³. Para el Observatorio Constitucional existen otras medidas menos lesivas a los derechos de la mujer, por ejemplo: i) incluir a la copa menstrual, las toallas sanitarias de tela y la ropa interior o bragas menstruales en el listado de “*Bienes que se encuentran exentos del impuesto*”, ii) incluir a la copa menstrual, las toallas sanitarias de tela y la ropa interior o bragas menstruales en el listado de “*Bienes gravados con la tarifa del cinco por ciento (5%)*”.

³² CortConst SC-220 de 2017.

³³ CortConst SC-720 de 2007.

ccc. Proporcionalidad

La medida del artículo 188 de la Ley 1819 de 2016 es desproporcional porque afecta gravemente las siguientes disposiciones de la Constitución Política de 1991. Primero el artículo 13 que contempla el principio de igualdad en concordancia con el principio de equidad tributaria del artículo 363 y se desconoció la aplicación del enfoque de género. Segundo, se vulneró el artículo 16 en concordancia con el artículo 43 y la oración 1 del inciso 1 del artículo 366 que establecen el bienestar general de la mujer y el mejoramiento de su calidad de vida como una finalidad social del Estado³⁴. Tercero, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado el derecho de la higiene menstrual inmerso dentro de los derechos sexuales y reproductivos. Uno de los elementos de este derecho fundamental corresponde al material idóneo y, en virtud a este se desprende dos derechos vitales para el ejercicio digno del manejo adecuado de la higiene menstrual: i) Las mujeres tienen derecho a elegir libremente el insumo que ellas consideren adecuado para absorber la sangre menstrual, de acuerdo a criterios tales como convicciones personales y la identidad étnica y cultural y; ii) las mujeres tienen derecho a, una vez elegido dicho insumo, acceder a ellos sin que medie barrera alguna³⁵. Por tanto, esta medida de carácter tributario no solo deja repercusiones de esta índole, sino que, al desconocer el enfoque de género viola derechos fundamentales para la mujer.

IV. Conclusión

Que se declare la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** del artículo 188 (partida 96.19) de la Ley 1819 de 2016, porque afecta los derechos fundamentales de la mujer que corresponden a la autodeterminación, derechos sexuales y reproductivos, derecho al manejo de la higiene menstrual; desconoció principios constitucionales como la igualdad y equidad tributaria con enfoque de género. La norma demandada se basa en una medida de discriminación indirecta al recaer en un criterio de prohibición el cual corresponde al sexo.

La exequibilidad condicionada se propone bajo el entendido que, la partida 96.19 del artículo 188 de la Ley 1819 de 2016 debe contemplar otros bienes esenciales e insustituibles para el manejo adecuado de la higiene menstrual, aparte de las toallas higiénicas y tampones. Estos otros bienes que se caracterizan por ser reutilizables, económicos, biodegradables y más favorables a la salud de la mujer y al medio ambiente corresponden a: i) la copa menstrual; ii) las toallas sanitarias de tela; iii) el disco o The Flex Disc; iv) la ropa interior íntima menstrual y; v) las braguitas o pantys absorbentes menstruales.

De los H. Magistrados, Atentamente.



JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN
Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.
Calle 8, 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150.
Correo: jkbv@hotmail.com

³⁴ CortConst ST-398 de 2019.

³⁵ CortConst ST-398 de 2019.



JAVIER ENRIQUE SANTANDER DÍAZ

Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Egresado de la Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.
C.C. 1014255131
Correo: quiqesan@hotmail.com



CAMILA ALEJANDRA ROZO LADINO

Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Abogada de la Universidad Libre de Colombia
C.C. 1022411877
Correo: camilarezoladino@gmail.com