



Referencia: expediente D-13634.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 188 (parcial) de la Ley 1819 de 2016.

Accionantes: Lorenzo Villegas Carrasquilla y María Alejandra Soler Rangel.

Magistrado Ponente:
JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS.

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de abril de dos mil veintiuno (2021).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, una vez cumplidos los requisitos y trámites establecidos en el Decreto Ley 2067 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. En ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, los ciudadanos Lorenzo Villegas Carrasquilla y María Alejandra Soler Rangel demandaron el artículo 188 (parcial) de la Ley 1819 de 2016. Por auto de 6 de febrero de 2020 se inadmitió la demanda¹, la cual una vez corregida se admitió en proveído de 27 de febrero, disponiendo la práctica de pruebas²; comunicación de iniciación del

¹ Falta de especificidad y suficiencia.

² Se solicitó la colaboración del Instituto Nacional de Salud (INS), la Organización Panamericana de la Salud, la Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología (FCOG), la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (Figo), *Women's Voices*, la Unicef y el Centro de Estudios Jurídicos y Sociales (DeJusticia), para que emitieran un concepto técnico en orden a determinar (i) qué alternativas existen en el mercado para la higiene menstrual; (ii) si la copa menstrual tiene los mismos efectos y un grado de funcionalidad equiparable con las toallas higiénicas y los tampones, haciendo una relación costo-beneficio; (iii) los pros y contras en salud de la copa menstrual respecto de las toallas higiénicas y tampones; (iv) los costos y beneficios de impacto ambiental de la copa menstrual respecto de las toallas higiénicas y tampones; (v) atendiendo que cada alternativa en el mercado presenta diferentes componentes y se puede dirigir a diferentes grupos sociales y económicos, establecer si las copa menstrual logran alcanzar el mismo resultado (costo, oportunidad y funcionalidad) de las toallas higiénicas o compresas, consideradas bienes insustituibles respecto de los grupos vulnerables (C-117 de 2018); y (vi) de cara al principio de igualdad, determinar si las otras alternativas del mercado pueden ser consideradas como bienes insustituibles para otros sectores sociales y económicos diferenciados. A través de auto de 1 de septiembre se accedió a la solicitud de los accionantes para que otras entidades conceptuaran, a saber: *Women's Link Worldwide*; Red Nacional de Mujeres; Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres (CLADEM); Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres; Centro de Investigación y Educación Popular; Asociación Ecológica Colombiana; Asociación Ambiente y Sociedad; y Movimiento Ambientalista Colombiano.

asunto³; fijación en lista⁴; invitación a participar a organizaciones, autoridades y universidades⁵; y, finalmente, correr traslado a la Procuraduría General de la Nación⁶.

II. NORMA PARCIALMENTE ACUSADA

2. A continuación, se transcribe el aparte demandado:

*“Ley 1819 de 2016⁷
(diciembre 29)*

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 higiénicas”. (Texto adicionado en cumplimiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia C-117 de 2018).*

III. DEMANDA

3. Los accionantes consideran que la disposición acusada desconoce los artículos 13, 16, 43, 49, 79 y 363 de la Constitución, así como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸.

4. Inicialmente refieren que no se cumplen los presupuestos⁹ para la configuración de la cosa juzgada constitucional al haberse proferido la sentencia C-117 de 2018, toda vez que: (i) no existe *identidad de objeto*, ya que la norma examinada fue el artículo 185 de la Ley 1819 de 2016 (partida 96.19), que gravaba las compresas y tampones higiénicos a una tarifa especial del 5% de IVA, siendo declarada inexecutable, mientras ahora se demanda el artículo 188 de esa ley (exenciones) por no favorecer a las copas menstruales (gravadas al 19%); (ii) no hay *identidad de causa petendi* (incluye disposiciones vulneradas), que

³ A la Presidencia del Congreso de la República, a la Presidencia de la República y a los ministerios de Salud y Protección Social (MinSalud) y de Hacienda y Crédito Público (MinHacienda).

⁴ A efectos de la intervención ciudadana.

⁵ Al Instituto Colombiano de Derecho Tributario; a la Defensoría del Pueblo Delegada para Asuntos Constitucionales; a la Corporación Sisma Mujer; a *Women's Link Worldwide*; a la Academia Colombiana de Jurisprudencia; a Ius Digna; a Profamilia; y a los decanos de las facultades de derecho de las universidades de los Andes, Libre de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Nacional de Colombia, de Caldas, de Manizales, Externado de Colombia, del Rosario, Santo Tomás, de La Sabana y Sergio Arboleda.

⁶ Emitir el concepto de rigor.

⁷ Diario Oficial No. 50.101 de 29 de diciembre de 2016.

⁸ Estiman que la norma demandada establece un trato diferenciado no justificado en relación con otros productos como las copas menstruales y, por tanto, mantenerlas gravadas con IVA de tarifa plena vulnera la igualdad y la equidad tributaria, la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres, el libre desarrollo de la personalidad, la salud y el ambiente sano. La demanda tiene 28 folios y 19 anexos.

⁹ Citan la sentencia C-744 de 2015.

conciernen a una omisión normativa y a la violación de la igualdad y equidad tributaria, además del libre desarrollo de la personalidad, salud y ambiente sano¹⁰ de las niñas y mujeres¹⁰¹¹; y (iii) no subsiste el *parámetro de constitucionalidad*, al presentarse una variación en la significación material de la Constitución. Anotan que no se tuvieron en cuenta otros factores y cambios económicos, sociales y culturales operados respecto a las necesidades de las mujeres como grupo social¹², ni se analizaron argumentos como los materiales a través de los cuales se fabrican las copas (menos efectos nocivos sobre la salud) y generan menos desperdicios (ambiente sano).

5. Comienzan por caracterizar a las copas menstruales como un producto en forma de campana, hecho de 100% de silicona médica, que recoge alrededor de 10-30 ml del flujo menstrual, se mantiene hasta por 12 horas, se adquieren en varios tamaños, son reutilizables, pueden durar hasta 10 años y aunque no son biodegradables se pueden reciclar¹³. Podrían proteger contra las enfermedades de transmisión sexual¹⁴, además que la amortización del pago inicial las hace una opción más económica y con menos residuos por su minúscula tasa de reemplazo, y sus componentes de base se reputan más seguros dado que en la silicona hipoalérgica de grado quirúrgico no se encuentran trazas de dioxinas¹⁵.

6. Aducen que la norma censurada omitió injustificadamente referirse a los demás productos similares como las copas menstruales al mantenerlas gravadas con el 19%, vacío que pervive con la decisión de la Corte que les permite concluir en la existencia de una *omisión legislativa relativa* (OLR). Encuentran gravoso este tratamiento producto del silencio del legislador al no incluir el resto de bienes, incumpliendo deberes constitucionales específicos.

7. Así aluden primeramente a la *violación del principio de igualdad, a la no discriminación en razón del género y al libre desarrollo de la personalidad*, desprendiendo que se cumplen los presupuestos del test de igualdad¹⁶, por cuanto:

(a) los *términos de comparación* se siguen cumpliendo (C-117 de 2018)¹⁷, ya que “*solo el grupo poblacional de mujeres deberá pagar un impuesto sobre todos aquellos métodos similares, entre ellos la copa menstrual, para suplir la necesidad biológica de la menstruación que solo es predicables a ellas impactando necesariamente sus finanzas*”.

¹⁰ Refieren a la precaución y prevención. Cfr. Opinión Consultiva 23 del 15 de noviembre de 2017, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

¹¹ La mención a productos como las copas menstruales fue marginal, bajo argumentos que hacen parte de la *obiter dicta*.

¹² Aseveran que se realizó un análisis limitado de insustituibilidad por la Corte al solo compararse los precios unitarios de los productos y considerarse que el hecho de que el precio de la copa fuere más costoso por unidad las hacía por ello sustituibles. En cuanto a que las copas menstruales son más costosas por el hecho de estar sujeta a una tarifa del IVA más alta y tener accesibilidad limitada en el país, encuentran cuestionables esas consideraciones vertidas en la sentencia (i) ya que la tarifa diferencial establecida resulta discriminatoria especialmente con las mujeres de menores recursos al aumentar el precio en un 19% y alejar la posibilidad de su adquisición, a pesar de ser productos más económico a corto, mediano y largo plazo, y (ii) encontrar que la falta de masificación obedece precisamente a la alta tarifa establecida que impide su acceso a la mayoría de las mujeres instituyendo una barrera elitista que convierte al tributo en regresivo.

¹³ La copa menstrual cuida nuestro entorno (Anexo 1). Disponible en: <http://www.lacopamenstrual.es/porque-es-mejor/mejor-para-el-planeta>

¹⁴ Mencionan el artículo: Experiencia pos-comercialización preclínica, clínica y de venta libre con una nueva copa vaginal: colección menstrual. Barbara B. North y Michael J. Oldham. Febrero de 2011 (Anexo 2). Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/49717451_Preclinical_Clinical_and_Over-the-Counter_Postmarketing_Experience_with_a_New_Vaginal_Cup_Menstrual_Collection

¹⁵ Citan el texto: Dioxinas y sus efectos sobre la salud humana. Organización Mundial de la Salud (OMS). Octubre de 2016 (Anexo 6). Disponible en: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/dioxins-and-their-effects-on-human-health>.

¹⁶ Sentencias C-117 de 2018 y C-283 de 2014.

¹⁷ Aluden a los hombres y mujeres como sujetos pasivos en principio del cobro del IVA.

(b) el *tratamiento discriminatorio* está dado por mantener un impuesto únicamente a las mujeres sobre productos de uso exclusivo y omitir del listado de bienes exentos a las copas menstruales, cuando la partida los contempla como “artículos similares”, por lo que *“este grupo poblacional está atendiendo una carga impositiva que únicamente las toca a ellas, aún cuando comparativa y estadísticamente (...) sufren una brecha salarial significativa frente a los hombres, quienes no estarán sujetos al gravamen”*. Añaden que las mujeres con escala salarial más alta verán impactados de forma injustificada sus ingresos respecto a los de los hombres, por el solo hecho de *optar por alternativas* (mejores para la salud y medio ambiente)¹⁸.

(c) En torno al *trato diferencial injustificado* no es dable gravar a las mujeres por el solo hecho de serlo, lo cual impacta en las finanzas de un grupo poblacional cuyos ingresos son inferiores, además de privarlas de *buscar opciones* más costo-eficientes, seguras y ambientalmente sustentables¹⁹. La posibilidad de escoger el material o producto de la preferencia, sin barreras adicionales, *“es parte del libre y digno desarrollo de la personalidad (...). Es de mencionar que algunas mujeres pueden ser alérgicas a los materiales de los que están hechos las toallas y tampones, además de que muchos de ellos contienen químicos adicionales que pueden comprometer la salud”*²⁰.

8. De acuerdo con el estudio “Uso, fugas, aceptabilidad, seguridad y disponibilidad de la copa menstrual: una revisión sistemática y un meta-análisis²¹, destacan que las copas constituyen un producto aceptable y seguro que reporta otros beneficios conexos en su uso²². Según UNICEF²³ tienen múltiples ventajas como su reutilización y vida útil de 5 a 10 años, el tiempo de cambio

¹⁸ Señalan que la carga adicional no se compadece con la capacidad contributiva general del género femenino, cuya brecha salarial respecto del masculino oscila entre el 16 y el 36% de diferencia. Según Veeduría Distrital entre más altos sean los ingresos de las mujeres más elevada es su brecha salarial respecto de sus pares hombres. De ahí que también verán impactados injustificadamente sus ingresos. Cfr. *¿Qué tan grande es la brecha salarial de género?* Veeduría Distrital. Septiembre de 2019 (Anexos 3 A y C). Disponible en: <https://veeduriadistrital.gov.co/noticias/%C2%BFQu%C3%A9-tan-grande-la-brecha-salarial-g%C3%A9nero> y https://www.veeduriadistrital.gov.co/sites/default/files/files/Nota_Tecnica_Que_tan_grande_es_la_brecha_salarial_de_genero.pdf. A Bogotá aún le queda camino para reducir la brecha salarial: Veeduría Distrital. Septiembre de 2019 (Anexo 3 B). Disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/bogota/a-bogota-aun-le-queda-camino-para-reducir-la-brecha-salarial-veeduria-distrital>.

¹⁹ Informan que el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), en la Guía de Materiales para la Higiene Menstrual, mayo de 2019 (Anexo 4), señala: *“no hay un solo material o producto menstrual que se adecue a las necesidades de las niñas y mujeres en todos los sentidos. (...) [T]ienen diferentes necesidades y preferencias respecto de los materiales para su higiene y salud menstrual”*. También informa que *“las mujeres y niñas no pueden practicar una buena higiene menstrual en casa, en la escuela o en el trabajo a causa de la combinación de entornos sociales discriminatorios, información poco precisa, instalaciones precarias y opciones limitadas de materiales”*. Disponible en: <https://www.unicef.org/wash/files/UNICEF-Guide-menstrual-higiene-materials-2019.pdf>.

²⁰ De igual modo, indican que en la Guía de Materiales para la Higiene Menstrual se expresa que: *“(...) visualiza un mundo en el que toda niña pueda aprender, jugar y salvaguardar su propia salud sin experimentar estrés, vergüenza o barreras innecesarias a la información o suministros durante su menstruación”*. Se agrega que *“es necesario aumentar los esfuerzos para incrementar la disponibilidad y elección de materiales de higiene menstrual, considerando la accesibilidad, sustentabilidad, disposición y las consideraciones del mercado local. Por ejemplo, soluciones que consideren acciones de mercado más amplias, tales como el desarrollo de estándares de manufactura o remover impuestos respecto de productos sanitarios, deberían ser considerados”*. Cfr. Insertar la elección informada en el uso y la provisión de productos menstruales globales. Julio de 2019 (Anexo 5).

²¹ Anna Maria van Eijk, Garazi Zulaika, Madeline Lenchner, Linda Mason, Muthusamy Sivakami, Elizabeth Nyothach, Holger Unger, Kayla Laserson, Penélope A Phillips-Howard. Julio de 2019. The Lancet public Health (Anexo 7). Disponible en <https://core.ac.uk/reader/223211430>

²² Explican que de acuerdo con la investigación financiada por el Consejo de Investigación Médica del Reino Unido, bajo el meta-análisis y la revisión sistemática de 43 estudios (3.319 participantes), el 73% de las mujeres estudiadas aseguró que quería continuar usando las copas. Estos productos no reflejaron efectos adversos en la flora vaginal y se catalogaron como una opción segura. Se identificaron 199 marcas de copas menstruales con disponibilidad en 99 países. Los precios van desde USD\$0.72 a 46.72. El precio medio fue de USD\$23.2 para 145 marcas. La investigación señala que se requieren estudios posteriores que permitan seguir evaluando los efectos de las copas y sus ventajas. La acogida de esta tecnología y su carácter costo-eficiente ha llevado a que en diferentes países se esté discutiendo si en el marco de sus políticas públicas pueda avanzarse hacia la entrega para la higiene menstrual de la población más vulnerable, teniendo en cuenta su duración y los pocos costos asociados a su mantenimiento, así como su bajo impacto medio ambiental. Por ejemplo, en el parlamento catalán el partido político CUP intentó en 2016 promover el uso de productos saludables y ecológicos como las copas menstruales. De otro lado, la diputada chilena Marcela Hernando propuso un proyecto de resolución en el que solicita al presidente de la república que las copas sean accesibles de forma gratuita para todas las mujeres desde los 14 años en adelante en todos los consultorios de atención primaria, recintos penitenciarios, establecimientos educativos y albergues (Anexo 8). Disponible en: <https://www.elinostador.cl/media/2019/10/proyecto-de-acuerdo-552-Copa-menstrual.pdf>.

²³ Cfr. Guía de Materiales para la Higiene Menstrual (UNICEF). 2019.

durante la menstruación va de 6 a 12 horas (menor cantidad de cambio), por lo que encuentran que *“si bien el precio por ítem de la copa menstrual es en el momento inicial el de mayor costo (en Colombia los precios oscilan entre 80.000 y 100.000 pesos), el estimado de costo por un año es el más bajo comparado con la toalla higiénica y el tampón”*. Añaden que conforme al Proyecto Innovaciones de Género de la Universidad de Stanford²⁴, el razonamiento económico que subyace indica que los costos asociados a la higiene menstrual inciden en la equidad de género.

9. Luego alegan *la violación de los principios de igualdad y equidad tributaria*. Mencionan que no es cierto que por vía de la equidad vertical entre las mujeres se justifique el tributo con tarifa plena. Ello por cuanto las copas pueden representar para las mujeres con salarios bajos y medios un mecanismo viable para gestionar de forma eficiente sus recursos y menstruación, por lo que las mujeres con mayores recursos no son las únicas que deben acceder y puedan estar interesadas en adquirirlas²⁵. De hecho, mantener tal impuesto con la tarifa plena desincentiva, crea un obstáculo económico adicional y bloquea la capacidad para escoger el mejor mecanismo de gestión femenina²⁶. Adicionalmente, señalan que las mujeres con mayores ingresos no ostentan una capacidad contributiva igual a la que presentan los hombres. Si bien frente a otras mujeres sus ingresos las sitúa en línea superior, al tratarse de un impuesto que solo impacta a las mujeres por su condición biológica, no estarían siendo tratadas equitativamente frente a los hombres, quienes no estarán gravados dada la condición de no usar ese producto y, por ende, no ser sujetos pasivos del gravamen²⁷.

10. Encuentran que todos los bienes disponibles para la higiene menstrual son de primera necesidad y no constituyen un lujo para quienes los usan, además el grupo sobre el cual se genera la carga tributaria es uno históricamente marginado y discriminado en razón de su género, cuyas condiciones generales actuales dan cuenta de una capacidad contributiva inferior²⁸. Precisan que aun cuando su uso no se encuentra extendido a toda la población colombiana, no implica que sea de recibo plantear barreras sobre el acceso a este tipo de tecnologías. Cuestionan que la falta de inclusión de productos similares dentro de la exención del artículo acusado, *“no fue objeto de ningún tipo de deliberación en el seno legislativo, razón por la cual la falta de discusión sobre este tributo deja (...) dudas sobre si se agotaron los parámetros constitucionales para dar legitimidad al gravamen”*.

11. Por último, estiman que *se violan los derechos a la salud y al ambiente sano*. Dicen que la imposición tributaria sobre las copas menstruales repercute en la posibilidad de que las mujeres puedan acceder sin barreras adicionales a

²⁴ ¿Qué son las innovaciones de género? y Copas menstruales: evaluación del ciclo de vida (Anexos 9A y B). Disponibles en: <https://genderinnovations.stanford.edu/case-studies/menstrualcups.html>

²⁵ Explican que en una decisión de conveniencia una mujer de escasos recursos podrá destinar su dinero a la compra del producto para generar un ahorro considerable dentro de los 5 a 10 años. Su adquisición permite a las mujeres con capacidad de pago media-baja un ahorro significativo en términos económicos y ventajas adicionales asociadas a la salud y al medio ambiente.

²⁶ Establecen que mantener el impuesto genera una ventaja competitiva no justificada de las toallas higiénicas y tampones en el mercado. Con la distorsión en el precio auspiciada al gravar con IVA a las copas menstruales, se aleja aún más la posibilidad de hacer más asequible tales productos para las mujeres.

²⁷ Agregan que las mujeres tienen que enfrentar la carga tributaria recibiendo en promedio de 16 a 36% menos de ingresos que los hombres, quienes no tendrán ninguna obligación correlativa a la compra de productos de higiene femenina (discriminación indirecta, Anexos 3 B y C). Según el DANE para el trimestre móvil junio-agosto de 2019 la tasa de desempleo fue de 13,4% para las mujeres y de 8,0% para los hombres (Boletín técnico Mercado Laboral según sexo, noviembre de 2019, Anexo 10). mientras que en enero de 2020 la cifra fue más alta (16,9 mujeres y 9,8% hombres). Cfr. Boletín de la OCRI del Ministerio del Trabajo en Colombia, marzo 2019, Anexo 11.

²⁸ Hacen notar que las condiciones mismas de las copas la hacen una buena alternativa para incorporarla dentro de las políticas públicas del Estado y suplir necesidades básicas primarias de las mujeres en condiciones vulnerables, al resultar esta tecnología más costo-eficiente y benéfica en términos medio ambientales. Mencionan que en Kenya la organización Femme International se encarga de distribuir entre las niñas y mujeres este tipo de productos.

mecanismos más *saludables* que las toallas y tampones, pues son varios los estudios que muestran que estos podrían tener materiales peligrosos para la salud femenina²⁹. Según un estudio realizado por el Espacio Multidisciplinario de Interacción Socioambiental de la Facultad de Ciencias Exactas de la Universidad de la Plata en Argentina³⁰, el 100% de los algodones y gasas estériles contienen glifosato. Igualmente, el 85% de las muestras evaluadas dieron positivo para glifosato y el 62% para AMPA, un metabolito ambiental. Otras investigaciones revelan que en la fabricación de toallas y tampones se emplean sustancias como la dioxina 30F30F³¹, la cual emana del proceso de convertir pulpa de madera en una fibra sintética denominada rayón usado para hacer telas. Estas sustancias son consideradas como cancerígenas y tóxicas³², asimismo, el rayón ha sido asociado con la ocurrencia del síndrome de shock tóxico, una infección bacteriana³³.

12. En cambio, respecto a las copas menstruales observan que no se reportan riesgos de salud significativos asociados a su uso, según el editorial de la Revista *The Lancet Public Health*³⁴. De hecho no generan interrupciones en la flora y el PH vaginal, y los riesgos relacionados al síndrome de shock tóxico, infecciones e irritaciones son mínimos comparados con otros productos, dado que están hechas de silicona médica o elastómero termoplástico. En términos *medioambientales* hallan que también representan una ventaja comparativa. Según el Proyecto Innovaciones de Género de la Universidad de Stanford, 49.8 billones de toallas y tampones más sus empaques son lanzados a los botaderos de basura cada año en Estados Unidos. En promedio una mujer usa 65 kilos de artículos sanitarios durante su vida, equivalente a 100.000 toneladas de desechos al año. En su mayoría las compresas sanitarias se componen a base de plástico por lo que tardan muchos años en biodegradarse³⁵.

13. Observan que las copas menstruales representan una tecnología más ecológica si se tienen en cuenta factores como los materiales de los que están hechas (silicona médica) y su duración, comportando significativamente un menor desperdicio que los otros de higiene femenina, además de que existen mecanismos especiales para el reciclaje de la silicona³⁶. De igual forma, requieren menos agua como lo hace notar la UNICEF en su guía sanitaria. Por lo

²⁹ Expresan que en el informe titulado Resultado de la Prueba de Tampones 2018, la organización Women's Voices indica algunas de las pruebas sobre la composición de los tampones. Disponible en: <https://vvvv.v.vvomensvoices.org/menstrual-care-products/vvhats-in-vour-tampon/>. Asimismo, en un informe de 2014 sobre ¿Qué se esconde en las almohadillas Always? la organización estudió los materiales de las toallas de una marca específica en Estados Unidos encontrando en ambos casos materiales peligrosos. Disponible en: <https://v.vvomensvoices.org/menstrual-careproducts/detox-the-box/always-pads-testing-results/>. Igualmente, un análisis de ewg titulado Estudio: niveles elevados de sustancias químicas tóxicas que se encuentran en las toallas sanitarias menstruales y los pañales desechables. Disponible en: <https://v.vv.ewg.org/ne/vs-andanalysis/2019/03/study-elevated-levels-toxic-chemicals-found>. También se encuentra un estudio publicado en 2019 denominado Las toallas sanitarias y los pañales contienen más ftalatos que los de productos plásticos comerciales comunes. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6504186/> Anexos 12 A B, C y D.

³⁰ Disponible en: http://www.exactas.iinlp.edu.ar/articulo/2015/10/21/encuentran_glifosato_en_algodon_gasas_hisopos_toallitas_y_tampones. Anexo 13.

³¹ Según la Organización Women's Voices, algunos de los químicos presentes en los tampones son las dioxinas, furanos, fragancias y residuos de pesticidas. Disponible en: <https://womensvoices.org/wpcontent/uploads/2013/11/Chemicals-of-Concern-in-Feminine-Care-Products.pdf>. Anexo 14.

³² Disponible en: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/dioxins-and-their-effects-on-human-health>. Anexo 6.

³³ Anotan que de acuerdo con información The National Center for Health Research (NCHR) titulado Seguridad del Tampón, si bien el riesgo por la exposición de la dioxina por vía de los tampones se redujo a causa de los nuevos métodos de blanqueado, la dioxina aun puede detectarse en los tampones. Disponible en: <http://www.center4research.org/tampon-safety/>. Anexo 15. Según la Revista Environmental Health Perspectives los químicos que se encuentran en toallas higiénicas y tampones pueden provocar cáncer, desequilibrio hormonal y síndrome de shock tóxico. Ver, también: <https://www.forbes.com/sites/estrellairainillo/2019/10/11/cuoino-siiJns-bill-new-york-first-state-tomandate-ingredient-list-for-tampons/#7e7fe6e72b77> (Anexo 16) y <https://time.com/4422774/tampons-toxic-cancer/> (Anexo 17). Los accionantes informan que hace un par de años las compañías Tampax y Always de toallas y tampones estuvieron bajo el escrutinio de la Autoridad de Salud de Canadá y Francia por los presuntos hallazgos de componentes químicos, siendo retirados 3.100 cajas de toallas femeninas al poder contener residuos tóxicos como dioxinas e insecticidas. Disponible en: <https://www.independent.co.uk/life-style/health-and-families/health-news/tampax-tampons-always-sanitary-towels-feminine-hygiene-potentially-toxic-chemicals-a689475.html>.

³⁴ Cfr. Uso, fugas, aceptabilidad, seguridad y disponibilidad de la copa menstrual: una revisión sistemática y un meta-análisis.

³⁵ Disponible en: <https://genderinnovations.stanford.edu/case-studies/menstrualcups.html#tabs-2>.

³⁶ Cómo reciclar una copa menstrual. Disponible en: <https://rubycup.com/blogs/news/how-to-recycle-a-menstrual-cup>. Anexo 19.

tanto, deducen que desincentivar las tecnologías más ecológicas que las tradicionales es un contrasentido a los propósitos de salud pública y desarrollo sostenible.

14. Conforme a lo expuesto, exponen como petición principal la exequibilidad de la norma acusada en el entendido que incluye dentro de las exenciones de la partida arancelaria 96.19 a las copas menstruales como productos similares. Subsidiariamente se declare la exequibilidad del artículo 185 en el entendido que se mantiene la imposición diferencial de otros productos de primera necesidad como las copas menstruales, en virtud de la conexidad del análisis con el artículo 188 demandado.

IV. PRUEBAS

15. De las pruebas recaudadas puede extraerse como conclusiones las siguientes³⁷:

Instituto Nacional de Salud (INS)	Las copas menstruales y otras nuevas tecnologías tienen iguales o mejores resultados que las toallas higiénicas y tampones, proyectándose como alternativas más saludables y sustentables tanto ambiental como económicamente.
Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología (FCOG)	Los productos dirigidos a esta población deben ser libres de tasas impositivas que generan barreras de acceso. Para poblaciones vulnerables el valor puede ser alto en principio, pero en el mediano y largo plazo permiten mayores ahorros frente a las toallas higiénicas. Tienen un grado de funcionalidad equiparable con las toallas y tampones (relación costo-beneficio), existen bajas posibilidades de desarrollar complicaciones en salud (síndrome de choque tóxico), son asequibles al público y durables y amigables con el medio ambiente El uso debe estar ligado a la educación de las usuarias para el empleo correcto y adherencia a tales productos.
Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, y Fundación Oriéntame	Las copas menstruales son un producto que reúne las características para incluirse dentro de las exenciones al IVA. La higiene menstrual es un tema de equidad de las mujeres que impacta su plena participación en la sociedad y su ejercicio de la libertad. Tales productos pueden ser una opción aceptable y segura en países de ingresos altos, bajos y medios, sin embargo, la capacitación y el seguimiento sobre el uso correcto es necesario. Las copas son reusables, más saludables y económicas, así como amigables con el medio ambiente. No se debe entender junto con los demás productos como elementos de lujo, pues son bienes de primera necesidad determinantes para el ejercicio de derechos como la salud sexual y reproductiva, dignidad, libre desarrollo de la personalidad y educación de las niñas y mujeres.
Menstrual Health Hub	Las copas menstruales constituyen un producto que cumple las características para incluirse dentro de los bienes exentos. El impuesto es regresivo y viola la igualdad y equidad de género al gravar un producto destinado al manejo de una necesidad básica y primaria. Tienen la misma categoría y propósito que las toallas higiénicas y tampones. El IVA dificulta el acceso al producto, cuyo costo beneficio es evidente en la economía de las mujeres, además de su perdurabilidad y avance en la salud sexual y

³⁷ Las pruebas se recogen en el Anexo 1.

reproductiva.

V. INTERVENCIONES

16. Se presentaron las siguientes intervenciones³⁸:

Presidencia de la República y MinHacienda	No existencia de una omisión legislativa parcial, ni desconocimiento de los principios de igualdad y equidad tributaria, y los derechos a la salud y a un ambiente sano, al hacer parte de la libertad de configuración legislativa en materia impositiva y garantizarse los derechos de la población femenina. La omisión se solventó con la inclusión de las toallas y tampones en el listado de bienes exentos, a través de la sentencia C-117 de 2018, siendo las copas menstruales un bien sustituible por otras opciones. Las ventajas medioambientales no conllevan un mandato de inclusión por el legislador tributario.	Exequible
Defensoría del Pueblo ^{38F38F} ³⁹	Gravar los productos menstruales constituye una medida discriminatoria, violatoria del mínimo vital, regresiva en la garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), y no acorde con las obligaciones internacionales en la promoción y protección de los derechos de las niñas y las mujeres. El imponer impuestos a elementos para atender el flujo menstrual implica incrementar su costo y reducir el acceso, en particular para las mujeres y niñas con menor capacidad adquisitiva, además que impacta en la salud, la educación y la participación social, desconociendo los compromisos del Estado.	Exequible en el entendido que las copas menstruales y demás bienes similares se comprenden dentro de las exenciones ^{39F39F} ⁴⁰
Instituto Colombiano de Derecho Tributario	Existe una omisión legislativa relativa por violación de la igualdad y equidad de género al mantenerse gravados los demás productos a una tarifa máxima del IVA, perjudicando a las mujeres que optan por otros productos que cumplen la misma función,	Exequible en el entendido que todos los productos menstruales están exentos de IVA

³⁸ Las intervenciones se recogen en el **Anexo 2**.

³⁹ Intervención extemporánea.

⁴⁰ Pide que se exhorte al Congreso de la República para que incluya los productos de higiene menstrual en el listado de aquellos que no causan el impuesto y lo prevenga para que no los vuelva a gravar, se ordene a MinEducación que dicte lineamientos tendientes a garantizar la educación menstrual en las instituciones públicas y privadas y se ordene a ese Ministerio junto con MinSalud que desarrollen investigaciones que permitan contar con un diagnóstico sobre el impacto de la higiene menstrual en el goce de los derechos a la salud, educación, trabajo y participación social de mujeres y niñas, desarrollando políticas públicas diferenciales.

	constituyendo así una situación de desigualdad negativa entre las mujeres.	
Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia	Con la medida legislativa se afecta la posibilidad de elección de las mujeres que permite beneficiar su salud y no tienen impacto ambiental. Se configura una omisión legislativa relativa, toda vez que las copas menstruales cumplen los mismos propósitos de aquellos que fueron exentos de IVA. Se vulnera la igualdad (trato diferenciado injustificado) de las mujeres por el hecho de optar por artículos menstruales diversos, sin que el legislador haya identificado fines valiosos y legítimos. No solo se limita la accesibilidad sino también se profundiza las desigualdades basadas en el género. La utilización de los productos debe ser una decisión guiada por lo que las mujeres conciben respecto de sí, su salud, sus creencias y no por una carga impositiva.	Exequible en el entendido que incluye otros productos similares como las copas menstruales dentro de las exenciones
Universidad del Rosario, Grupo de Acciones Públicas	Todos los productos de higiene femenina son fundamentales, de uso cotidiano y responden a la necesidad fisiológica de las mujeres. Se incurre en una omisión legislativa relativa al incumplirse el deber de eliminar las formas de discriminación contra las mujeres. Se incluye un gravamen exclusivamente para las mujeres que se ven obligadas a pagar por una condición biológica. Se vulnera el libre desarrollo de la personalidad dado que tiene que pagar el IVA por el simple derecho de optar por un producto. Las copas menstruales permiten tener una mejor salud y contribuye a la solución del deterioro ambiental. Si bien inicialmente implican una mayor inversión, la relación entre su costo y el tiempo de uso hacen que sea más rentable.	Exequible en el entendido que las copas menstruales y productos asimilables deben estar exentos de IVA
Universidad Libre, Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional	El legislador omitió cumplir el deber constitucional de aplicar los principios de equidad y progresividad tributaria con enfoque de género, que para este asunto se concreta en una mayor carga para las mujeres bajo dos escenarios: uno, respecto a los hombres que no	Exequible en el entendido que la partida debe contemplar otros bienes insustituibles para el manejo adecuado de la

	necesitan de estos productos y, otro, entre las mujeres de escasos y altos recursos, con grave afectación de aquellas mujeres con extrema pobreza, cabeza de hogar, indígenas o de otra etnia o cultura, rurales o en situación económica precaria. El IVA recae sobre bienes de primera necesidad insustituibles que garantizan dignamente el derecho al manejo adecuado de la higiene, la autodeterminación, los derechos sexuales y reproductivos y el ambiente sano.	higiene menstrual ^{40F40F} ⁴¹
Universidad Externado, Departamento de Derecho Fiscal	Las copas menstruales constituyen bienes equiparables a las toallas y tampones de acuerdo con estudios científicos. Se incumplen los deberes constitucionales de los artículos 13, 16 y 79. La medida legislativa no es demostrativa de la capacidad económica y genera una consecuencia adversa al aumentar el valor de tales productos, además del desequilibrio en los ingresos de las mujeres en comparación con los hombres. Las copas constituyen una opción que atiende a sus necesidades, cuidados y preferencias. Aunque en principio resultan más costosos en un tiempo aproximado de un año se recuperan y su valor disminuye hasta el final de la vida útil. Son perdurables (5-10 años), están hechos en un material más sostenible ecológicamente (silicona médica) y son reciclables, a diferencia de las toallas y tampones que tienen presencia de plástico y su vida útil aproximada es de 6 horas	Exequible en el entendido que las copas menstruales se encuentran incluidas como bienes exentos con derecho a compensación y devolución
Universidad de Caldas, Clínica Socio-Jurídica de Interés Público ^{41F41F} ⁴²	Las copas menstruales tienen el mismo grado de funcionalidad (incluso mejores) a las toallas higiénicas y tampones, son más económicas, representan una mayor autonomía y resultan más saludables y ecológicas. El costo inicial de las copas es más alto pero diferido en el gasto mensual y anual reportan un inmenso ahorro económico. Al gravarse este tipo de productos se	Exequible en el entendido que la exención es aplicable a los demás dispositivos para garantizar la salud menstrual de las mujeres ^{+42F42F} ⁴³

⁴¹ Estos otros bienes se caracterizan por ser reutilizables, económicos, biodegradables, más favorables a la salud y al medio ambiente, y corresponden a las copas menstruales, toallas sanitarias de tela, disco o The Flex Disc, ropa interior íntima menstrual y braguitas o pantys absorbentes menstruales.

⁴² Intervención extemporánea.

⁴³ En subsidio exequible en el entendido que las copas menstruales se encuentran incluidas en la exención.

	limita la capacidad de decisión sobre el manejo de la salud menstrual. Se incurrió en una omisión legislativa relativa al no brindarse el mismo tratamiento tributario desconociendo la igualdad, equidad y progresividad tributaria.	
Rodrigo Lara Restrepo, Angélica Lozano Correa, Juanita Goebertus Estrada y Ángela María Robledo Gómez ⁴⁴	No hay cosa juzgada constitucional al no haberse emitido un pronunciamiento sobre la norma acusada. Existe una violación del derecho a la igualdad por brindarse un tratamiento diferenciado entre productos que tienen una misma finalidad (higiene femenina), dejar por fuera a las copas menstruales que resultan gravadas al 19% y gravar un hecho correspondiente a la fisonomía de las mujeres. Además, las copas menstruales tienen un impacto medioambiental positivo.	Exequible en el entendido que las copas menstruales hacen parte del listado de productos exentos de IVA
John Maximino Muñoz Telles, miembro de la HDCA-Asociación de Capacidad y Desarrollo Humano	Las copas menstruales resultan poco conocidas lo que implica brindar mayor educación sexual a las niñas y mujeres. Favorecer tributariamente unos productos resulta perjudicial para los derechos de las mujeres al restringir la libertad de elección y terminar el Estado tomando partido por una determinada tecnología. No existe cosa juzgada constitucional ya que las consideraciones que se realizaron sobre los demás productos hacen parte de la <i>obiter dicta</i> . Informa que se compromete la libertad y la igualdad que gozan todas las mujeres frente al mercado, con independencia de su capacidad económica. Comprar al menudeo acerca más a la pobreza al pagar hasta 3 o 4 veces lo que vale un producto. Este debería ser subsidiado por el Estado, máxime atendiendo su bajo impacto ecológico.	Exequible en el entendido que las copas menstruales y productos asimilables se encuentran exentos de IVA con derecho a compensación y devolución
Harold Eduardo Sua Montaña	La sentencia C-117 de 2018 ha debido ejecutarse por el Congreso a través de una ley que adicionara tales productos al articulado, lo cual al no cumplirse llevó a surgir una reglamentación de facto sobre la exención a las toallas y tampones, no existiendo una disposición susceptible de	Incluir en el listado de bienes exentos los productos de higiene menstrual avalados por el INVIMA, entre otras órdenes ⁴⁵

⁴⁴ Exponen también la calidad de congresistas.

⁴⁵ Dejar sin efecto la sentencia C-117 de 2018 que dispuso la inclusión de las toallas y tampones como bienes exentos, conceder de facto la exención a las copas menstruales, una vez dicha entidad avale su producción y comercialización, mientras el legislador acata la orden previamente impartida, etc.

	demandarse. La Corte tiene la facultad de pedirle al legislador regular ciertos asuntos para la garantía efectiva de los derechos de las personas.	
Jobst Viertel45F45F ⁴⁶	Realiza una serie de consideraciones acerca de la falta de estudios serios que demuestren la idoneidad de las copas menstruales, así como que exista una reglamentación sanitaria clara sobre estos productos.	No hay solicitud en concreto

VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN⁴⁷

17. Expuso lo siguiente^{47F47F⁴⁸}:

<p>No hay cosa juzgada constitucional, por cuanto no versa la demanda sobre la misma disposición examinada (art. 185, Ley 1819/16), ni sobre igual contenido normativo (gravamen del 5% sobre toallas higiénicas y tampones), además de que la integración de la unidad normativa no implicó el análisis del contenido normativo ahora demandado. Existen nuevas razones de inconstitucionalidad (frente a la cosa juzgada relativa, salud y medio ambiente).</p> <p>Se cumplen los requisitos para una omisión legislativa relativa. Las copas menstruales constituyen una alternativa con una misma funcionalidad y dirigidas a la misma población. La sentencia C-117 de 2018 solo tuvo en cuenta su mayor precio, dejando de lado la salud de las mujeres, el ambiente sano y la economía a mediano y largo plazo. También hay una desigualdad negativa al limitarse el acceso a las nuevas tecnologías más idóneas y eficaces para el manejo de la higiene menstrual. Además, se incumplen los deberes constitucionales de prohibición de discriminación, particularmente la igualdad, el mínimo vital y la dignidad humana.</p> <p>Encuentra que se debe aplicar un test intermedio de proporcionalidad al existir un indicio de inequidad y arbitrariedad en el reparto de la carga tributaria. Si bien hay un fin legítimo e importante, el tratamiento tributario diferenciado no es adecuado para alcanzar los fines buscados (no corrige inequidad de género, al gravar productos como las copas que resultan una alternativa más cómoda, saludable, eco-sostenible, económica a largo plazo y coherente con las convicciones). Además, señala que el gravamen puede aportar una dosis de regresividad tributaria en la medida que las copas pueden llegar a ser insustituibles según las convicciones y preferencias de las mujeres, pudiendo catalogarse como de primera necesidad y de consumo diferencial.</p>	<p>Exequible en el entendido que en el listado de productos exentos de IVA se encuentran incluidas las copas menstruales</p>
---	--

VII. CONSIDERACIONES

⁴⁶ Intervención extemporánea.

⁴⁷ Escrito presentado el 8 de agosto de 2019 y suscrito por el doctor Fernando Carrillo Flórez.

⁴⁸ El concepto del Procurador General de la Nación se recoge en el **Anexo 3**.

Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para conocer de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra una ley de la república, en virtud de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución.

Cuestión preliminar: análisis de la cosa juzgada constitucional

2. Antes de entrar al estudio de fondo de la disposición acusada, la Sala Plena debe determinar si como consecuencia de la sentencia C-117 de 2018 se configuró la cosa juzgada constitucional⁴⁹.

3. El artículo 243 superior establece que los fallos proferidos por la Corte Constitucional en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ello se acompasa con el inciso cuarto del artículo 6° del Decreto ley 2067 de 1991⁵⁰, según el cual se rechazarán las demandas que recaigan sobre normas amparadas por una sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada.

4. Así esta institución procesal puede definirse como “*la autoridad y eficacia que adquiere la sentencia judicial cuando no proceden contra ella recursos ni otros medios de impugnación, y cuyos atributos son la coercibilidad, la inmutabilidad y la irrevisibilidad en otro proceso posterior*”⁵¹. De esta manera, una vez se ha pronunciado la Corte sobre un asunto en principio pierde competencia para resolver nuevamente sobre el mismo, para la garantía de la seguridad jurídica, la supremacía de la Constitución, la buena fe, la igualdad y la autonomía judicial⁵².

5. Ahora bien, la cosa juzgada constitucional se predica tanto de los fallos de exequibilidad como de inexecutable, así como de aquellas decisiones condicionadas, integradoras, sustitutivas y diferidas, en los términos que se hubieren dispuesto⁵³. Esta Corporación es la llamada a fijar los efectos de sus fallos en la función de intérprete autorizada de la Constitución⁵⁴, por lo que el alcance de la cosa juzgada presenta diferentes tipologías que han sido edificadas paulatinamente por la jurisprudencia constitucional. En este contexto, se han establecido distinciones principalmente entre cosa juzgada formal y material, y cosa juzgada absoluta, relativa y aparente, lo cual atiende al ámbito de la decisión proferida por la Corte, fuera ésta de manera expresa o implícita⁵⁵.

6. Este Tribunal ha precisado que para su configuración deben concurrir tres circunstancias: (i) *identidad de objeto*, esto es, que se proponga estudiar el mismo contenido normativo de la proposición normativa examinada en una sentencia anterior; (ii) *identidad de causa petendi*, es decir, que se busque

⁴⁹ De manera preliminar los accionantes descartan su presentación. De la intervención de la Presidencia de la República y del Ministerio de Hacienda es factible extraer su formulación (p. 17, párraf. 2 de la intervención). Así mismo, se hace referencia a su inexistencia por los intervinientes Rodrigo Lara Restrepo, Angélica Lozano Correa, Juanita Goebertus Estrada y Ángela María Robledo Gómez (congresistas), así como por el Procurador General de la Nación.

⁵⁰ Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional.

⁵¹ E. J. Couture, voz “cosa juzgada”, en vocabulario jurídico. Español y latín, contra traducción de vocablos al francés, italiano, portugués, inglés y alemán. 4ª ed., corregida, actualizada y ampliada por Ángel Landoni Sosa, Julio César Faira-Editor, Montevideo, 2010, pp. 211-212. Cfr. sentencias C-128 y C-072 de 2020.

⁵² Sentencia C-128 de 2020.

⁵³ En relación con los enunciados normativos que han sido declarados exequibles de forma condicionada, esta corporación a través de la sentencia C-443 de 2009 señaló que pueden ser objeto de nuevos pronunciamientos respecto de cargos de inconstitucionalidad que no fueron examinados en la decisión anterior. Aclaró la Corte, en todo caso, que “*el nuevo examen de constitucionalidad no recae sobre el texto legal tal como estaba inicialmente redactado sino sobre la norma que resulta a partir del fallo de constitucionalidad*”.

⁵⁴ Artículo 241 C. Pol.

⁵⁵ Sentencias C-128 y C-072 de 2020.

examinar por las mismas razones constitucionales (incluye referente constitucional o norma presuntamente vulnerada); e (iii) *identidad de parámetro de constitucionalidad*, lo cual significa que no exista un cambio de contexto o nuevas razones significativas que de manera excepcional hagan procedente la revisión (nuevo contexto de valoración)⁵⁶.

7. Así las cosas, procede la Sala Plena a establecer si en esta oportunidad se configuran tales circunstancias determinantes de la cosa juzgada constitucional, en relación con la sentencia C-117 de 2018⁵⁷.

Identidad de objeto

8. A continuación, se registra un cuadro comparativo a fin de establecer si se cumple o no este presupuesto:

Sentencia C-117 de 2018	Demanda actual
<p style="text-align: center;">LEY 1819 DE 2016 (diciembre 29)</p> <p style="text-align: center;"><i>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.</i></p> <p>ARTÍCULO 185. <i>Modifíquese el artículo 468-1 del Estatuto Tributario el cual quedará así:</i></p> <p><i>Artículo 468-1. Bienes gravados con la tarifa del cinco por ciento (5%). Los siguientes bienes están gravados con la tarifa del cinco por ciento (5%):</i> (...) 96.19 Compresas y tampones higiénicos.</p>	<p style="text-align: center;">LEY 1819 DE 2016 (diciembre 29)</p> <p style="text-align: center;"><i>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.</i></p> <p>ARTICULO 188. <i>Modifíquese el artículo 477 del Estatuto Tributario el cual quedará así:</i></p> <p><i>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:</i> (...) 96.19 Compresas y toallas higiénicas. (Texto adicionado en cumplimiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia C-117 de 2018).</p>

9. Para la Corte no se configura la identidad de objeto con lo analizado y resuelto en la sentencia C-117 de 2018. La norma objeto de demanda fue el artículo 185 de la Ley 1819 de 2016 que grava con tarifa especial del 5% de IVA la partida 96.19 correspondiente a las toallas higiénicas y tampones, mientras que el objeto de la presente acción es el artículo 188 de esa ley, alusiva a las exenciones al IVA, que para los accionantes instituye un trato discriminatorio respecto de los demás productos similares como las copas menstruales que resultan gravadas a la tarifa general del 19%⁵⁸, así como pudo incurrirse en una omisión legislativa relativa.

⁵⁶ Sentencia C-023 de 2020.

⁵⁷ En la sentencia C-383 de 2019 este tribunal resolvió estarse a lo resuelto en la sentencia C-117 de 2018. En esa ocasión, la Corte encontró configurada la cosa juzgada constitucional, pues “sobre la base de la declaratoria de inexecutable de la disposición demandada en la mencionada sentencia, no es dado emitir un nuevo pronunciamiento de fondo frente a dicha disposición, en razón a que, esta fue expulsada del ordenamiento jurídico”.

⁵⁸ Cfr. artículos 420 y 468 del Decreto 624 de 1989, Estatuto Tributario.

10. Con la sentencia C-117 la norma acusada fue declarada inexecutable por lo cual resultó expulsada del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, no podría ser objeto de una nueva demanda (art. 243 C. Pol.). Si bien en la referida decisión se integró unidad normativa con el artículo 188 hoy demandado, ello tenía un propósito específico, a saber, “*la inclusión en el listado de bienes exentos (...), pero no implica el análisis de constitucionalidad del contenido normativo*”⁵⁹.

Identidad de causa petendi

11. Seguidamente se exponen los argumentos de la decisión adoptada y de la presente acción a efectos de establecer si son materialmente similares:

Sentencia C-117 de 2018	Demanda actual
<p>El accionante señaló que la partida 96.19 (grava con tarifa de IVA del 5% a las compresas y tampones higiénicos) del artículo 185 demandado, era contraria a los artículos 13, 43 y 363 (igualdad, equidad y progresividad) de la Constitución⁶⁰.</p> <p>La Corte identificó dos cargos, así⁶¹:</p> <p><i>Primero:</i> violación de los principios de igualdad, equidad y progresividad tributaria, en tanto que el IVA establecido no consultaba la capacidad de pago de las mujeres respecto de bienes de primera necesidad que no tienen sustitutos en el mercado e inciden en el ejercicio de los derechos a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad y mínimo vital.</p> <p><i>Segundo:</i> violación del principio de igualdad, por considerar que gravar con IVA de 5% las toallas higiénicas y los tampones es discriminatorio, ya que solo las mujeres requieren y usan estos productos. Luego, se trata de un impuesto al consumo que grava los productos usados exclusivamente por ser mujeres y su acceso depende de su capacidad contributiva.</p> <p>En su parte dogmática decisional se refirió al margen de configuración del legislador en relación con el IVA, los principios de igualdad, equidad y progresividad tributaria, y la igualdad</p>	<p>Los accionantes señalan que la exención de IVA solo a compresas y tampones higiénicos (partida 96.19) y, por tanto, la exclusión de los demás productos similares como las copas menstruales (gravadas a la tarifa general del 19%) del artículo 188 demandado, es contraria a los artículos 13, 16, 43, 49, 79 y 363 (igualdad y equidad) de la Constitución, así como a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.</p> <p>Explican que aun cuando se profirió la sentencia C-117 de 2018, pervive un vacío que les permite afirmar una omisión legislativa relativa, incumpliendo deberes constitucionales específicos.</p> <p><i>En primer lugar,</i> aluden a la violación de la igualdad, no discriminación por género y libre desarrollo de la personalidad. A partir de la sentencia C-117 de 2018 concluyen que se cumplen los presupuestos del test de igualdad al afectar solo al grupo poblacional de niñas y mujeres (no a los hombres), impactando sus finanzas y con brecha salarial</p>

⁵⁹ Así lo reconoce la sentencia C-117 de 2018 (p. 82).

⁶⁰ P. 30 de la sentencia.

⁶¹ P. 34 de la sentencia.

de las mujeres desde la perspectiva económica⁶².

La Corte concluyó en el desconocimiento de los principios de igualdad y equidad tributaria al discriminar a las niñas y mujeres cuando impone un gravamen, aún cuando con tarifa más baja, sobre productos como las toallas higiénicas y tampones⁶³. No encontró razonable dicho tratamiento tributario por tratarse de bienes actualmente insustituibles, además que el legislador tenía la carga de determinar por qué no debía eliminar dicho gravamen. También concluyó en la no existencia de políticas públicas que compensen las barreras de acceso para las mujeres en situación de desventaja económica. La capacidad adquisitiva de las mujeres está enmarcada al menos por cuatro presupuestos de desventaja en la participación económica que generan que este tipo de medidas impacte desproporcionadamente especialmente a las más pobres, que no tienen la opción de reemplazarlos con otros bienes similares que resulten más económicos o no estén gravados ni generen riesgos para la salud. Se imponen barreras de acceso de tecnologías que actualmente permiten el pleno ejercicio del derecho a la dignidad de las mujeres. Son bienes insustituibles en tanto en este momento no es posible elegir sobre su uso. Además, son productos definitivos para permitir la participación en la vida pública, al igual que la protección de la salud, educación y trabajo.

La Corte resolvió declarar inexecutable la partida 96.19 del artículo 185 de la Ley 1819 de 2016, por vulnerar los principios de igualdad y equidad tributaria (sin necesidad de analizar el otro cargo)⁶⁴, al haber gravado las toallas higiénicas y tampones con una tarifa de 5% de IVA. En consecuencia, se ordenó incluir estos productos en el

significativa, por el solo hecho de optar por otras alternativas como las copas menstruales, que encuentran más costo-eficientes, saludables y ambientalmente sustentables.

En segundo lugar, encuentran la violación de los principios de igualdad y equidad tributaria, dado que no es cierto que por vía de la equidad vertical se justifique un tributo con tarifa plena. Para mujeres con salarios bajos y medios las copas constituyen también un mecanismo viable para la menstruación, por lo que las mujeres con mayores recursos no son las únicas que deben acceder. De hecho, mantener la tarifa plena crea un obstáculo económico adicional, además que no ostentan las mujeres una capacidad contributiva igual a la de los hombres. Todos los productos menstruales son de primera necesidad (no constituyen un lujo), que recae sobre un grupo poblacional históricamente discriminado y con una capacidad contributiva inferior. Precisan que no fue objeto de ningún tipo de deliberación legislativa.

Y, en tercer lugar, estiman violados los derechos a la salud y al ambiente sano, por cuanto se imponen barreras de acceso adicionales a mecanismos más seguros (no síndrome de shock tóxico) que las toallas higiénicas y tampones, además de representar una ventaja comparativa en términos medioambientales, para lo cual se soportan en variados estudios científicos.

De conformidad con lo expuesto, exponen como petición principal la exequibilidad en el entendido que incluye dentro de las exenciones de la partida arancelaria 96.19 a las copas menstruales como productos similares. Subsidiariamente la exequibilidad en el entendido que se mantiene la imposición diferencial de

⁶² P. 35 de la ponencia y ss.

⁶³ Pp. 73, 74, 81 y 83 de la sentencia.

⁶⁴ P. 74 de la sentencia.

listado de bienes exentos del IVA, contemplado en el artículo 188 de esa ley⁶⁵.

otros productos de primera necesidad como las copas menstruales, en virtud de la conexidad del análisis con el artículo 188 demandado.

12. Una vez se ha verificado que no se trata de la misma disposición acusada, la Corte también constata que no se cumple la identidad de *causa petendi*, a pesar de las similitudes en ciertos cargos y que a la vez comprenda productos diferentes de gestión menstrual.

13. Aunque en términos generales se presentan algunas similitudes en ciertos cargos ya que en definitiva se abordó y ahora se solicita la desgravación de IVA para productos menstruales por violación de los principios de igualdad y equidad tributaria, resulta difícil sostener la existencia de cualquier modalidad de cosa juzgada constitucional (incluso la relativa), porque en la demanda actual partiendo de la sentencia C-117 de 2018 se expone como cargo de inconstitucionalidad la necesidad de incluir dentro de los bienes exentos (partida 96.19, compresas y tampones higiénicos), otros productos similares como las copas menstruales, lo cual entienden que representa un vacío normativo que ha debido llenar el legislador, y que al no hacerlo ha comprometido también otros derechos como el libre desarrollo de la personalidad, la salud y el ambiente sano, que soporta en una serie de estudios científicos.

14. Si bien la Corte en la sentencia C-117 de 2018 aludió a la afectación de otros derechos como el libre desarrollo de la personalidad y la salud, ello lo hizo de manera tangencial, ya que el análisis comprendió principalmente la violación de los principios de igualdad y equidad tributaria, sobre productos específicos diferentes a las copas menstruales, que hoy en voces de la demanda actual busca que también resulten cobijados por la exención como productos en definitiva similares, al impedir a la mujer de buscar opciones más costo-eficientes y seguras (salud sexual y reproductiva). Adicionalmente, otro nuevo cargo lo constituye el presunto desconocimiento del derecho a un medio ambiente sano.

15. Ahora bien, en dos párrafos⁶⁶ de la sentencia C-117 de 2018 se alude a la existencia de otras opciones (copas menstruales, esponjas marinas y ropa interior absorbente), determinando que al ser más costosas a corto plazo requieren de una alta capacidad adquisitiva, siendo su accesibilidad limitada en el país, así como su comercialización, por lo que se establece que el acceso a los mismos no resulta equivalente respecto de mujeres con alta capacidad adquisitiva, en ciudades con fácil acceso a internet, tarjetas de crédito para su compra y distribución de correo internacional, además de indicar que se encuentran gravados con la tarifa general, concluyendo que no es una opción para mujeres de escasos recursos⁶⁷. Sin embargo, la Corte encuentra que dichas consideraciones se efectuaron al margen del examen sustancial que comprendía la disposición acusada. La referencia a las copas menstruales y productos similares fue tratada de forma marginal (norma no acusada), en un argumento breve que hace parte de la *obiter dicta* de la sentencia y, por ende, no de la razón de la decisión, lo que tampoco impediría que se pueda pronunciar en esta oportunidad.

⁶⁵ P. 83 de la sentencia.

⁶⁶ Pp. 66 y 67, párrafos último e inicial, de la sentencia.

⁶⁷ En la sentencia se sostiene que no se trata de opciones reales que cuenten con accesibilidad en todo el país ni que estén excluidas o exentas del impuesto general.

16. En suma, no se cumple la identidad de *causa petendi* al no presentarse las mismas razones ni cuestionamientos (incluye el referente constitucional) analizados en la sentencia C-117 de 2018, sin que ello se constituya en un obstáculo para que la Corte pueda valerse de las razones sustanciales de esta determinación previa, como fundamento de la sentencia que adopta en esta oportunidad.

Identidad de parámetro de constitucionalidad (nuevo contexto de valoración)

17. Verificado que con la demanda actual se exponen cargos por la vulneración de otras disposiciones constitucionales, la Corte se limita a manifestar que el examen que realizará abarca el estudio de otros productos como las copas menstruales, conforme a los estudios científicos disponibles y avances tecnológicos, a efectos de establecer el carácter de bienes insustituibles, y si compromete otros derechos afines, entre otros aspectos.

18. De esta manera, la Corte encuentra procedente la revisión de constitucionalidad de la norma objeto de esta demanda al no configurarse la cosa juzgada constitucional.

Problema jurídico y metodología de decisión

19. Le corresponde a la Corte examinar si el artículo 188 (parcial) de la Ley 1819 de 2016, vulnera los artículos 13⁶⁸, 16⁶⁹, 43⁷⁰, 49⁷¹, 79⁷² y 363⁷³ de la Constitución, así como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ello principalmente por desconocer principios como la dignidad, la igualdad y la equidad tributaria -al no distinguir entre productos similares⁷⁴ como las copas menstruales utilizados exclusivamente por el género femenino-⁷⁵ o no incluirse otros análogos -presunta omisión legislativa relativa-.

20. Las intervenciones ciudadanas⁷⁶ con excepción de la presentada por la Presidencia de la República y el Ministerio de Hacienda, concuerdan en solicitar la exequibilidad de la norma acusada en el entendido que comprende a las copas menstruales y productos similares o solamente a dicho dispositivo. En esa línea, la Procuraduría General de la Nación acompaña la exequibilidad condicionada a que el listado de artículos exentos del IVA incluya a las copas.

21. A efectos de resolver el interrogante formulado la Sala Plena abordará: (i) la incidencia de la sentencia C-117 de 2018, (ii) las copas y otras tecnologías disponibles -personas menstruales-; (iii) las brechas de género entre hombres y mujeres en materia laboral y económica; (iv) la perspectiva de género en el

⁶⁸ Discriminación por género y no igualdad material.

⁶⁹ Libre desarrollo de la personalidad y, particularmente, afectación de la capacidad de optar por otras alternativas.

⁷⁰ Discriminación entre hombres y mujeres, brecha salarial y desigualdad injustificada en el trabajo.

⁷¹ Salud sexual y reproductiva.

⁷² Protección al ambiente sano.

⁷³ Principios de igualdad y equidad tributaria, priva de buscar opciones más costo-eficientes y crea barreras de acceso a tecnologías.

⁷⁴ A las toallas y tampones.

⁷⁵ Gravados a la tarifa general del 19% a pesar de constituir productos con funcionalidad equiparables (bienes insustituibles).

⁷⁶ Instituto Colombiano de Derecho Tributario e Instituto Colombiano de Derecho Aduanero; Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia; Universidad del Rosario, Grupo de Acciones Públicas; Universidad Libre, Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional; Universidad Externado, Departamento de Derecho Fiscal; ciudadanos (congresistas Senado de la República) Rodrigo Lara Restrepo, Angélica Lozano Correa, Juanita Goebertus Estrada y Ángela María Robledo Gómez; ciudadano John Maximino Muñoz Telles; y ciudadano Harold Eduardo Sua Montaña.

diseño de la política tributaria; y así (v) resolverá el fondo de la demanda que nos ocupa.

La incidencia de la sentencia C-117 de 2018⁷⁷ (principios de igualdad y equidad tributaria, y dignidad)

22. Como se indicó, en esta decisión la Corte resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 185 parcial⁷⁸ de la Ley 1819 de 2016. Para resolver los problemas jurídicos⁷⁹ se consideró primordialmente lo siguiente:

23. *En cuanto al margen de configuración del legislador en relación con el IVA^{78F79F80}, explicó que el IVA es un impuesto sobre el consumo y, por lo tanto, de carácter indirecto que se establece sobre una base amplia de bienes y servicios. Determinados los elementos del gravamen, informa que se establecen tarifas diferenciales (varían entre la general 19%, otra del 5% y una especial del 14%). Luego de referir a la evolución normativa del gravamen, resumió las reglas jurisprudenciales relativas a la potestad de configuración y sus límites⁸¹. Encontró esta Corporación “válido gravar bienes de primera necesidad cuando los mismos son sustituibles y cuando se verifique que ‘existan políticas efectivas que compensen la afectación del 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’”⁸².*

24. *Respecto a los principios de igualdad, equidad y progresividad tributaria, sostuvo este Tribunal que estos operan como marco para la acción del legislador en materia impositiva. No obstante, al disponer de un amplio margen de configuración “la inconstitucionalidad (...) debe sustentarse no solo en la acreditación sobre un tratamiento diverso entre contribuyentes o situaciones jurídicas, sino que el mismo debe ser injustificado, manifiestamente desproporcionado o contrario al régimen constitucional que informa el sistema tributario”.*

⁷⁷ La Corte procede a resaltar las consideraciones más relevantes de tal determinación dado que por su pertinencia servirán de soporte en la decisión a adoptar.

⁷⁸ Modifica el artículo 468-1 del Estatuto Tributario. Bienes gravados con la tarifa del 5%. 96.19. Compresas y tampones higiénicos.

⁷⁹ ¿El artículo 185 de la Ley 1819 de 2016 vulnera los principios de igualdad, equidad y progresividad tributaria al gravar con impuesto sobre las ventas (IVA) de 5% bienes utilizados solo por las mujeres, sin tener en cuenta su capacidad económica? ¿La disposición acusada vulnera el principio de igualdad, al gravar las toallas higiénicas y tampones, productos utilizados exclusivamente por el género femenino, con la tarifa del cinco por ciento (5%) de impuesto sobre las ventas?

⁸⁰ Reitera la jurisprudencia constitucional en torno a que el legislador dispone de un amplio margen de configuración tributaria (arts. 150 y 338 C. Pol.), que encuentra límites superiores dados por el Estado social de derecho; los principios constitucionales en la materia, en particular de legalidad, certeza e irretroactividad tributaria (art. 338) y de equidad, eficiencia y progresividad tributaria (art. 363); el principio de igualdad y los derechos fundamentales; los derechos sociales y económicos, y la prohibición de regresividad; y los derechos a la alimentación y al mínimo vital, entre otros.

⁸¹ (i) Inicialmente el principio de progresividad no es aplicable al IVA, no obstante, no quiere decir que el significado del IVA ponderado dentro del sistema tributario en su totalidad sea ajeno a un análisis constitucional; el gravamen indiscriminado sobre todos los bienes o servicios, sin tener en cuenta su naturaleza, objetivos y finalidades, y sin medir consecuencias sociales, puede violar la igualdad; existen mecanismos de diseño institucional que pueden atender el principio de progresividad al distribuir las cargas tributarias (régimen simplificado, tarifas diferenciales y exenciones y exclusiones); la ley puede establecer cargas razonables para los responsables del IVA o sus sujetos pasivos más allá del pago del impuesto, lo cual guarda coherencia con el principio de solidaridad; y “los beneficios como exenciones, exclusiones o tarifas diferenciales sobre el IVA a ciertos grupos de beneficiarios por oposición a otros que se encuentran en las mismas condiciones violan el derecho a la igualdad”.

⁸² Precisa que cuando se extiende la base del IVA para gravar bienes y servicios, que antes habían sido excluidos para promover la igualdad real y efectiva en un Estado social de derecho, **el legislador viola los principios de progresividad y equidad tributarios, en conjunto con el mínimo vital, si (i) de manera indiscriminada sin el mínimo de deliberación públicas se modifica el sistema tributario, (ii) con graves falencias tanto en los ingresos tributarios con diseño progresivo como en el gasto encaminado a cumplir fines redistributivos, (iii) mediante la ampliación de la base del IVA a todos los bienes y servicios de primera necesidad de los cuales depende el goce efectivo del mínimo vital de un amplio sector de la población del país, dadas las insuficiencias de la red de protección social.** Cfr. sentencia C-776 de 2003.

25. En lo concerniente a la igualdad de las mujeres desde la perspectiva económica, se señaló que frente a la develación de una “desigualdad histórica”, ya que los hombres han gozado de privilegios injustificados respecto a las mujeres, el análisis central a realizar no comprende al privilegio de aquellos sino “las desventajas de ellas como formas de discriminación”⁸³. Por lo anterior, dedujo que la “*efectividad del derecho a la igualdad material de las mujeres es un imperativo constitucional que es correlativo a la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres*”⁸⁴. En ese orden, advirtió que la política tributaria como factor determinante que moldea las relaciones con el Estado y que incide directamente en el desarrollo económico de las mujeres, “*puede reproducir patrones discriminatorios al reflejar las estructuras de poder sociales*”⁸⁵.

26. Sobre el análisis de contexto: diferencias de género en la actividad económica, de conformidad con Barnett y Grown (2004), identificó cuatro hechos comunes que determinan el impacto de las políticas tributarias respecto de la igualdad de las mujeres (diferencias de género)⁸⁶. En cuanto al impacto de las políticas tributarias para las mujeres, anotó que los factores descritos inciden en las diferentes estructuras impositivas que existen frente a las mujeres, particularmente en lo que respecta a “*los impuestos indirectos que al no gravar la capacidad adquisitiva de los contribuyentes, asumen que el trato igual para todos resulta equitativo y que la progresividad en el tributo se media por la cantidad del consumo*”.

27. Sentó la Corte que los referidos criterios muestran que “*el gravamen mediante IVA de bienes de primera necesidad puede tener implicaciones diferenciadas para las mujeres. Inclusive, en ciertos casos, tanto el contexto de las mujeres como su menor capacidad adquisitiva implican analizar si las políticas tributarias generan cargas desproporcionadas para éstas. Por ello, el marco de la igualdad sustantiva exige el análisis de tales políticas caso a caso y desde la metodología de la discriminación indirecta e interseccional, en conjunto con las reglas reiteradas en esta providencia*”⁸⁷. Adicionalmente, incluye la verificación de la existencia de políticas que balanceen la excesiva

⁸³ Hizo alusión al derecho al voto y el ejercicio de derechos políticos para las mujeres, el acceso a la educación y al trabajo en igualdad de condiciones que los hombres, la brecha salarial entre los dos grupos, la discriminación en el trabajo por el ejercicio de la función reproductiva, el desconocimiento del valor y la falta de remuneración por las labores domésticas y su aporte económico al hogar, etc. La mayoría de estas situaciones “*responden al andamiaje cultural que ha exigido de las mujeres el cumplimiento de un rol en la sociedad en línea con estereotipos de género negativos*”. Sumado a ello, también han estado atadas a violencia física, psicológica y económica.

⁸⁴ Refirió a la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación (CEDAW); a la exigibilidad de acciones afirmativas; a la obligación del Estado de “*adoptar políticas públicas que consideren la igualdad material y estén destinadas a suprimir los obstáculos*” y “*verificar el contexto y los diferentes factores que puedan contribuir o determinar la situación, y el impacto que tiene la medida no solo respecto de las mujeres en general, sino desde una perspectiva interseccional, que analice las consecuencias en relación otras posibles categorías de discriminación como la raza o el estatus socioeconómico*”.

⁸⁵ Recoge que autores como Grown y Valodia (2010) argumentan que “*la obligación de igualdad material para las mujeres impone el deber para quienes diseñan la política tributaria de eliminar incentivos para la perpetuación de roles inequitativos de género*” (Tributación y equidad de género: un análisis comparativo de impuestos directos e indirectos en países en desarrollo y desarrollados).

⁸⁶ (i) el empleo remunerado (incluido el trabajo formal e informal, salarios y segregación ocupacional), (ii) el porcentaje de trabajo remunerado que realizan las mujeres (doméstico, cuidado de niños, personas enfermas y tercera edad), (iii) los gastos de consumo y (iv) los derechos de propiedad.

⁸⁷ Barnett, K. and Grown, C. (2004) in Grown, C y Valodia, I. Taxation and Gender Equity. A comparative analysis of direct and indirect taxes in developing and developed countries. pág. 45 y ss. (2010) <https://idl-bnc-idrc.dspacedirect.org/bitstream/handle/10625/43684/IDL-43684.pdf>. Se anota que: “*Muchos economistas expertos en impuestos aceptan estas distinciones y consideran que es justificable gravar ciertos bienes que suplen necesidades básicas a una tarifa menor que aquellos con impacto negativo en la salud o bienes de lujo. Aceptada esta distinción la desigualdad en el tributo y su incidencia respecto de aquellos que consumen bienes sin mérito o suntuosos y que atraen mayores impuestos y aquellos que consumen bienes deseables o relativos a necesidades básicas que atraen menores impuestos no comprenderían en sí mismos un ‘sesgo’ de género. Hay que reiterar lo dicho en este capítulo acerca de que un ‘sesgo’ de género implica una asimetría injustificada. Puede ser que las mujeres tengan necesidades de salud diferentes (salud reproductiva) que les requiere usar en mayor medida facilidades médicas que los hombres. Desde la perspectiva de la CEDAW, esto sería un argumento adicional para un trato diferencial en materia de impuestos para esos bienes y servicios que promueven la igualdad material y mayor seguridad social*”.

*carga impositiva para las más pobres, para corregir una posible discriminación*⁸⁸”.

28. Trajo a colación determinaciones adoptadas en países como Canadá, Francia y EE. UU.⁸⁹, que han establecido la eliminación o reducción de impuestos equiparables al IVA sobre toallas higiénicas y tampones⁹⁰, cuyo debate se ha desarrollado principalmente en el poder legislativo, con una excepción en la cual la Corte Suprema de Illinois dispuso la exención de tales artículos al considerarlos productos relacionados con la salud⁹¹. Anotó que el fundamento ha consistido en que el mencionado impuesto “*viola los derechos a la igualdad y a la salud de las mujeres*”⁹².

29. Así, esta Corporación planteó si la imposición de gravámenes a las toallas higiénicas y tampones violaba los principios de igualdad, equidad y progresividad tributaria, por tratarse de bienes insustituibles determinantes para el ejercicio del derecho a la dignidad de las mujeres. Para abordar el estudio presentó el contexto normativo del tributo (antecedentes legislativos) y el alcance de la disposición, deduciendo que la imposición del IVA a las toallas higiénicas y tampones ha pasado por diferentes momentos: primero, en dos oportunidades fueron gravadas con la tarifa diferencial más baja⁹³ y, segundo, durante el periodo más extenso se impuso tarifa general⁹⁴, además que por un periodo de cuatro años estuvieron excluidos del impuesto⁹⁵. Así, concluyó que “[e]n 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

⁸⁸ Política Fiscal y Derechos Humanos en las Américas. Movilizar los recursos para garantizar los derechos. Informe temático preparado con ocasión de la Audiencia Temática sobre Política Fiscal y Derechos Humanos, 156° Periodo de Sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Washington D. C., Octubre de 2015. Disponible en: http://www.cesr.org/sites/default/files/cidh_fiscalidad_ddhh_oct2015.pdf. Se anota que: “Las políticas fiscales -de carácter predominantemente regresivo con una carga impositiva baja y una estructura tributaria desequilibrada y sesgada hacia los impuestos indirectos- no han logrado corregir estos problemas estructurales. Si bien existen algunas buenas prácticas, son muchos los casos en los que las políticas fiscales y tributarias han profundizado estas desigualdades y empobrecido aún más a la población”. “Si un Estado adopta medidas deliberadamente regresivas en el contexto de un ajuste fiscal, éste debe demostrar que estas medidas aseguran un piso mínimo de protección social y que son temporales, no discriminatorias, proporcionales y necesarias, tras el examen más exhaustivo posible de todas las alternativas disponibles, incluso reformas fiscales y una recaudación más eficaz (...)”.

⁸⁹ California, Nueva York y Florida.

⁹⁰ Destacó que Argentina tiene proyectos en trámite con el mismo objetivo.

⁹¹ Traducción libre Geary v. Dominick's Finer Foods, Inc. Ver <https://law.justia.com/cases/illinois/supreme-court/1989/67049-7.html> (Pág. 12 y ss). En 1989 la Corte Suprema de Illinois determinó que **los tampones y toallas higiénicas eran asimilables a productos médicos y debían estar exentos del impuesto**. La Corte observó que si bien la ordenanza no establecía una definición sobre “productos médicos”, el departamento de impuestos de Chicago había definido este concepto (siguiendo al Departamento de impuestos) de la siguiente manera: “es un artículo que está destinado por el fabricante para corregir cualquier parte funcional del cuerpo o que se utiliza como sustituto de cualquier parte funcional del cuerpo, como extremidades artificiales, muletas, sillas de ruedas, camillas, audifonos, anteojos correctivos, prótesis dentales y algodón estéril, vendas y tiritas. El término ‘aparato médico’ también incluye el equipo de análisis utilizado por un individuo para evaluar su propia condición médica”. Por ello, si los productos de higiene femenina ejecutan funciones absorbentes similares al algodón y los vendajes adhesivos, productos médicos exentos, entendieron que los tampones eran aparatos médicos y deberían estar exentos de dicho impuesto.

⁹² Este Tribunal agrupó los principales argumentos detrás de cada debate legislativo: (i) discriminación de género, (ii) discriminación económica, (iii) discriminación desde la perspectiva de la salud y (iv) discriminación en el ámbito de otros derechos: vida digna, ya que “**los artículos para su manejo son una necesidad absoluta y no productos de lujo**”. Así, concluyó que “en el derecho comparado y desde la academia se ha abordado la discusión sobre el impacto de las políticas tributarias respecto de impuestos indirectos y, especialmente, en productos de higiene femenina para concluir que **tal determinación afecta el derecho a la igualdad de las mujeres, pero también tiene incidencia en el goce de sus derechos a la salud y a la dignidad, en tanto se trata de productos insustituibles para aquellas**”.

⁹³ Decreto 3288/63 y **art. 185 Ley 1819/16 que redujo al 5% por ser bienes de primera necesidad e indispensables para la salud de la mujer**. De otra parte, el art. 175, Ley 1819/16, modificó art. 424 del Estatuto Tributario, excluyendo otros bienes de primera necesidad de la canasta familiar relacionados con el mínimo vital y los derechos sociales como la salud, alimentación, educación y vivienda) y el **art. 188, Ley 1819/16, determina bienes exentos de IVA, sin contemplar a las toallas higiénicas y tampones**.

⁹⁴ Decreto 1988/74, Decreto 624/89 y Ley 788/02.

⁹⁵ Durante la vigencia de la Ley 488/98 (art. 43). Excluyó expresamente a las toallas higiénicas y a los artículos similares.

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”⁹⁶.

30. *En torno a la razonabilidad⁹⁷ de la imposición del tributo*, determinó este Tribunal que las toallas higiénicas y los tampones son bienes insustituibles para las mujeres en edad fértil respecto al manejo de la menstruación (controlan riesgos para la salud) y sobre todo para aquellas con baja capacidad adquisitiva⁹⁸. Permiten a las mujeres participar de la vida pública y social, ejercer sus actividades diarias como el trabajo y la educación en igualdad de condiciones, así como el ejercicio de derechos como la dignidad, la igualdad, la salud y el libre desarrollo de la personalidad.

31. *Sobre el cumplimiento de los principios de igualdad y equidad tributaria⁹⁹*, sostuvo la Corte que la medida de disminución tributaria y no exclusión del IVA (i) no atendió un mínimo de deliberación democrática¹⁰⁰ acerca de si mantener el gravamen con la tarifa más baja tenía consecuencias para la igualdad material de las mujeres en edad fértil¹⁰¹ y, especialmente, para aquellas de escasos recursos o vulnerables¹⁰²; y (ii) no existe una política pública nacional ni local¹⁰³ a través de la cual se entregue de forma gratuita toallas higiénicas y tampones a niñas y mujeres de bajos recursos o en condiciones de vulnerabilidad, que compense la afectación a los derechos a la igualdad, dignidad, salud, trabajo, educación y participación.

32. *Respecto al impacto del gravamen para mujeres de escasos recursos: equidad horizontal y vertical¹⁰⁴*, encontró esta Corporación que se rompe el principio de equidad horizontal al gravar mediante un impuesto indirecto bienes actualmente insustituibles lo que resulta desproporcionado para aquellas en situación de precariedad económica. Viola el principio de equidad tributaria por *“imponer barreras al acceso de tecnologías que actualmente permiten el pleno ejercicio del derecho a la dignidad de las mujeres en edad fértil. Las toallas higiénicas y tampones son bienes insustituibles en tanto en este momento no es posible elegir sobre su uso, el cual es imperativo ante la menstruación. A su vez,*

⁹⁶ La Corte planteó abordar la violación de los principios de igualdad, equidad, justicia y progresividad tributaria, en conjunto con la existencia de una presunta discriminación indirecta, y solo de no advertirse su desconocimiento se procedería a abordar el principio de igualdad tributaria. La metodología de estudio debe responder a si la imposición del gravamen (i) es razonable, (ii) persigue fines constitucionales y (iii) es eficaz para obtenerlos. Pero ante todo debe estudiar si hay un sacrificio en el principio de equidad fiscal.

⁹⁷ (i) Naturaleza de los bienes, (ii) constatar que se trata de bienes insustituibles, e (iii) impacto del tributo para las mujeres en general y aquellas con menor capacidad adquisitiva.

⁹⁸ Explicó que en este momento histórico son los principales productos ofrecidos en el mercado para el manejo sanitario. Aun cuando se cuenta con algunas opciones diferentes (copas menstruales y otros productos) no son opciones reales que cuenten con accesibilidad en todo el país ni que estén excluidas o exentas del impuesto general.

⁹⁹ La decisión del legislador debe verificarse a partir de dos criterios: (i) el contexto en el cual se da al no permitirse gravar bienes que antes estaban desgravados si se hace de forma indiscriminada, sin el mínimo de deliberación pública y sin atención del impacto respecto al sistema y al mínimo vital, con fundamento en la igualdad real y efectiva; y (ii) la existencia de políticas públicas efectivas que compensen la afectación del mínimo vital debido a que por su condición económica enfrentarían dificultades o se verían en imposibilidad de acceder a los mismos a causa del mayor valor que deben pagar por el impuesto. Además, el gravamen en el ámbito del principio de equidad, debe ser razonable y proporcionado.

¹⁰⁰ Cobra relevancia los cambios jurídicos y sociales respecto de la exigencia de fundamentar la decisión política de gravar el consumo de bienes insustituibles para una parte de la población, las mujeres en edad fértil, que además no pueden decidir libremente su consumo, pues al no hacerlo le afecta su dignidad y su salud. **Estos cambios “suponen la exigencia de deliberación del Congreso sobre este asunto de forma diferenciada respecto de otros bienes y servicios insustituibles que antes también estaban gravados, especialmente en relación con su impacto para mujeres de escasos recursos”.**

¹⁰¹ Aunque la evolución normativa expone que se han gravado a la tarifa general, **“cobran relevancia los cambios jurídicos y sociales respecto de la exigencia de fundamentar la decisión política de grava el consumo de bienes insustituibles para una parte de la población, las mujeres en edad fértil, que además no pueden decidir libremente sobre su consumo, pues al no hacerlo afecta su dignidad y su salud”.**

¹⁰² Además de las cuatro distinciones de género que se imponen como barreras a su capacidad adquisitiva y pleno desarrollo económico, tales productos comprenden **avances en la tecnología que permiten a las mujeres participar en la vida pública en sus esferas.**

¹⁰³ No obstante, se encuentran referencias en algunos programas en Bogotá.

¹⁰⁴ El IVA tiene un impacto desproporcionado para las mujeres, en especial para aquellas de escasos recursos. La dependencia de su uso para el ejercicio de derechos fundamentales, **la oferta actual de artículos para el manejo de la menstruación**, la imposibilidad de elegir sobre su consumo y la falta de políticas públicas que compensen las barreras de acceso, determinan la desproporción de la carga tributaria.

son productos definitivos para permitir la participación de las mujeres en la vida pública, al igual que la protección de los derechos a la salud, a la educación, al trabajo y a la dignidad humana”. Encontró que también “constituye [una] discriminación para las mujeres”, sin que hubiere ingresado la Corte a analizar el otro cargo de inconstitucionalidad.

33. Finalmente, este Tribunal integró la unidad normativa con el artículo 188 de la Ley 1819 de 2016 (no reviviscencia de ninguna norma anterior), que prevé el listado de bienes exentos del IVA¹⁰⁵. Así, halló la necesidad de “*declarar inexecutable la partida 96.19 del artículo 185 de la Ley 1819 de 2016, que grava las toallas higiénicas y tampones con una tarifa de 5% de IVA. En consecuencia, INCLUIR ESTOS PRODUCTOS en el listado de bienes EXENTOS del impuesto al valor agregado, contemplado en el artículo 188 de la Ley 1819 de 2016*”¹⁰⁶.

La gestión menstrual

34. Una cuestión biológica como la menstruación no debería ser un obstáculo para la igualdad de género y menos frustrar la posibilidad de que niñas, adolescentes y mujeres, o personas menstruantes, ejerzan sus derechos de manera segura y digna en todos los entornos.

35. No poder practicar una buena sanidad menstrual en el hogar, en los establecimientos educativos, en el trabajo, en zonas de esparcimiento, y demás lugares públicos y privados, debido a una combinación de factores que involucran contextos de desarrollo y emergencia, como los entornos sociales discriminatorios, reducción de oportunidades, información inexacta, inexistencia de escenarios de participación, instalaciones deficientes, elección limitada de materiales absorbentes¹⁰⁷ y carencia o deficiencia en políticas públicas¹⁰⁸, se constituyen en bloqueos que resultan agravados tratándose de personas en situación de vulnerabilidad económica o discapacidad¹⁰⁹.

36. De este modo, la falta de *acceso adecuado* a la gestión menstrual supone que la realización de sus derechos se encuentra obstaculizado¹¹⁰. Ello ha llevado a la Unicef a desarrollar programas que se esfuerzan por aumentar la confianza, el conocimiento y las habilidades en cuatro áreas: i) *apoyo social*: muchas niñas y mujeres se enfrentan a actitudes y creencias discriminatorias que las llevan a experimentar su menstruación con vergüenza y desconcierto¹¹¹; ii) *conocimientos y habilidades*: antes de llegar a la menarquía las niñas necesitan comprender la biología del ciclo menstrual y las oportunidades de aprender habilidades para manejar la menstruación de manera segura y privada¹¹²; iii) *instalaciones y servicios*: con frecuencia se carece de agua, retretes y mecanismos de eliminación de desechos para controlar la menstruación en la escuela, el hogar, el

¹⁰⁵ Ello se fundamentó en que la declaratoria de inconstitucionalidad produciría un efecto contrario al propuesto en la demanda consistente en que incrementaría el valor del impuesto sobre las toallas higiénicas y tampones del 5% al 19%.

¹⁰⁶ Esta decisión fue adoptada por unanimidad. Aclaración de voto de los magistrados Alejandro Linares Cantillo y Luis Guillermo Guerrero Pérez. Impedimento aceptado a la magistrada Cristina Pardo Schlesinger. La magistrada Diana Fajardo Rivera se encontraba en comisión autorizada por la Sala Plena.

¹⁰⁷ Aspectos financieros, sanitarios y ambientales.

¹⁰⁸ En salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable.

¹⁰⁹ Op. cit. “Guía de materiales de higiene menstrual” (2019). Disponible en: <https://www.unicef.org/media/91346/file/UNICEF-Guide-menstrual-higiene-materials-2019.pdf>

¹¹⁰ Cosa de Mujeres. Menstruación, género y poder: Eugenia Tarzibachi, (2017). Disponible en: <https://www.amazon.com/-/es/Eugenia-Tarzibachi-ebook/dp/B076JMDRX7>

¹¹¹ Entornos sociales sin apoyo (estrés, burla y restricciones). Participación en actividades diarias sin ser objeto de estigmatización o exclusión por compañeros, padres, maestros o líderes comunitarios. La participación de la comunidad es fundamental para cambiar las percepciones, prácticas y políticas nacionales.

¹¹² Los niños necesitan comprender los cambios en sus cuerpos y en los de sus compañeras de manera que se cultive la solidaridad y se cree un apoyo social. Los maestros, los padres y los dirigentes tradicionales tienen una necesidad similar de información precisa para apoyarlas durante la menstruación.

trabajo y otras instituciones como los centros de salud o los edificios gubernamentales, además que deben ser accesibles a las mujeres en situación de discapacidad¹¹³; y iv) *materiales*: la mayoría de las niñas y mujeres de los países en que se ejecutan programas de la Unicef “no tienen acceso a materiales absorbentes (...) apropiados y de alta calidad para controlar la menstruación”, por lo que se trabaja para asegurar que tengan “acceso a una gama de opciones asequibles y apropiadas, en lugar de promover una sola opción”¹¹⁴.

37. Las investigaciones realizadas evidencian el lento avance con el que se reducen las dificultades asociadas con la menstruación y visualizan la manera cómo se debe abordar en los diferentes contextos principalmente sociales y culturales -inclusión social en entornos discriminatorios-. Las representaciones de la *menstruación* continúan exhibiendo un rol tradicionalista, estigmatizado y negativo, puesto que se ha logrado identificar que dicho vocablo puede llegar a involucrar preocupación, suciedad, cansancio, mal humor, entre otros¹¹⁵. Así mismo, la falta de información y orientación antes de la menarquía, siendo más marcada en zonas aisladas o rurales, es una de las principales causas encontradas. En algunos lugares los factores religiosos generan tabúes. Incluso algunas de las prácticas pueden generar *reclusión*, acrecentando así los prejuicios y la discriminación (igualdad)¹¹⁶.

38. La gestión menstrual también es un asunto de equidad y justicia. El debate abierto y la representación sin censura de la menstruación contribuyen a que la ley y la sociedad reconozcan las necesidades biológicas de las mujeres. Es imperioso entender la igualdad de acceso a la educación, al trabajo y a las facetas de la vida pública como una condición previa que se debe cumplir para que la sociedad logre el pleno florecimiento humano, con independencia del sexo biológico, el género, la identidad o la expresión de género. La equidad menstrual es el terreno en el que todos tienen que estar¹¹⁷.

39. La Unicef ha referido que “la ampliación del acceso a una gama de materiales, en lugar de ofrecer o promover una sola opción, garantiza la libertad de elección y la dignidad, permitiendo que (...) decidan en función de sus propias preferencias y necesidades individuales”. “Las niñas y las mujeres tienen necesidades y preferencias en cuanto a los materiales para la menstruación, y éstas pueden cambiar aún más dependiendo de si están en la escuela, en el hogar, en el trato o en otros entornos públicos. Las niñas y mujeres con discapacidad también pueden tener preferencias específicas según su situación”¹¹⁸. Por ello, llama a redoblar esfuerzos para aumentar la disponibilidad y la elección de materiales de gestión menstrual, teniendo en cuenta “la asequibilidad, la sostenibilidad, la eliminación y (...) consideraciones

¹¹³ Las instalaciones y servicios de agua, salud y saneamiento deben permitir la gestión menstrual de forma segura, cómoda y privada. Los enfoques de salud y gestión de desechos deben ser respetuosos con el medio ambiente, culturalmente apropiados, seguros y eficientes, y basarse en la mejor solución según el contexto.

¹¹⁴ Op. cit. Guía de materiales de higiene menstrual (2019). Disponible en: <https://www.unicef.org/media/91346/file/UNICEF-Guide-menstrual-higiene-materials-2019.pdf>

¹¹⁵ La académica y feminista Iris Marion Young, luego de hacer una comparación con la presión social a la que son sometidas las personas con orientación sexual diversa para no exteriorizarla, denominó “el clóset de la menstruación” al ocultamiento del flujo menstrual al que se ven obligadas las mujeres, con repercusiones significativas para su auto reconocimiento y relacionamiento social. Cfr. Sobre la experiencia del cuerpo femenino: lanzar como una niña y otros ensayos. I. M. Young. 2005. New York: Oxford University Press. Ver, también El closet menstrual: análisis de la representación de la menstruación en la publicidad japonesa y colombiana de productos de higiene menstrual. Juliana Buritica Alzate. 2013.

¹¹⁶ “La copa menstrual una alternativa de higiene femenina”. Revisión de la literatura. Fueron incluidos 21 estudios que superaron el 75% de los criterios evaluados en las listas de verificación. Rev. chil. obstet. ginecol. vol.85 no.1 Santiago feb. 2020 Magdely Prado-Galarza, William Andrés Doncel, Oscar Olmedo Mosquera B, Mildred Guarnizo-Tole. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-75262020000100099#B2

¹¹⁷ El terreno en el que nos apoyamos todos: una conversación sobre la ley de equidad menstrual y el activismo. Bridget J. Crawford, Margaret E. Johnson, Marcy L. Karin, Laura Strausfeld y Emily Gold Waldman. Revista Michigan Journal of Gender & Law. Vol. 26. Edición 2 (2020). Disponible en: <https://repository.law.umich.edu/journals/>

¹¹⁸ Unicef.

del mercado local. Por ejemplo, (...) soluciones que contemplen acciones de mercado más amplias, como la elaboración de normas de fabricación o la eliminación de aranceles sobre los productos sanitarios”.

Las copas y otras tecnologías disponibles para las mujeres o personas menstruantes¹¹⁹

40. El ciclo menstrual es un evento fisiológico que se inicia en las mujeres a una edad promedio de 12.6 años de edad, tiene una duración aproximada entre 3 a 5 días en los que se eliminará en promedio de 20 a 60 ml de sangrado cada 21 a 35 días¹²⁰. De ahí que se han desarrollado productos que buscan ayudar a que la menstruación no sea un impedimento para la realización de las actividades diarias¹²¹. A su vez, las tecnologías de gestión menstrual son aquellas que se utilizan para absorber o recolectar el flujo menstrual¹²².

41. Siguiendo esta definición, dentro del mercado existe una variedad de alternativas para la gestión menstrual, que no se circunscriben a las toallas sanitarias y tampones, dado que es posible encontrar¹²³:

- (i) Las copas menstruales.
- (ii) La tela menstrual: son piezas de tela reutilizables que se llevan fuera del cuerpo, en ropa interior o atadas a la cintura para absorber el flujo menstrual. Están hechas de piezas de tela recién compradas (principalmente de algodón) o de tela vieja reutilizada de la ropa o de otro uso. No hay ninguna orientación sobre el tiempo que pueden reutilizarse las telas, pero se acepta que no debe ser superior a un año. Son bienes fungibles y requieren una evaluación periódica del suministro, la disponibilidad y la asequibilidad¹²⁴.
- (iii) La almohadilla reutilizable: Se llevan por fuera del cuerpo en la ropa interior, para absorber el flujo menstrual y se mantienen en su lugar generalmente por medio de broches de presión. Están hechas de una variedad de materiales naturales o sintéticos. Después de su uso, se lavan, se secan y se reutilizan durante aproximadamente un año. Requieren una evaluación periódica del suministro, la disponibilidad y la asequibilidad¹²⁵.
- (iv) La almohadilla sanitaria desechable: se usan externamente al cuerpo en la ropa interior para absorber el flujo menstrual. Se eliminan después de un máximo de 8 horas; por lo tanto, son artículos de consumo que requieren una evaluación periódica del suministro, la disponibilidad y la asequibilidad. Las almohadillas vienen en varios tamaños,

¹¹⁹ Dado que las construcciones culturales sobre la menstruación se han desarrollado partiendo de la “impureza” de quien menstrúa, la Corte evitará el empleo del vocablo “higiene”, máxime cuando su segunda acepción según la Real Academia de la Lengua Española es “limpieza”. En esa medida, referirá a “gestión menstrual” o a toallas “sanitarias” (saludables). De igual modo, para evitar invisibilizaciones se debe tener en cuenta, por ejemplo, a los hombres “trans” menstruantes, por lo que la referencia a las “niñas, adolescentes y mujeres” no debe entenderse como forma de exclusión de género y de ahí que se aludirá también a “personas menstruantes”, para comprender esta y otras expresiones de género.

¹²⁰ “La copa menstrual una alternativa de higiene femenina”. Revisión de la literatura. Rev. chil. obstet. ginecol. vol.85 no.1 Santiago feb. 2020 Magdely Prado-Galarza, William Andrés Doncel, Oscar Olmedo Mosquera B, Mildred Guarnizo-Tole. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-7526202000010009#B2

¹²¹ *Ibíd.*

¹²² “Manual sobre salud e higiene menstrual”. Disponible en: <https://www.unicef.org/mexico/media/4696/file/Gu%C3%ADa%20para%20ni%C3%B1as,%20ni%C3%B1os%20y%20adolescentes.pdf>. De igual modo, en ese mismo documento se sostiene que el manejo de la higiene menstrual supone que “Mujeres, niñas y adolescentes usan un material limpio para manejar su higiene durante la menstruación, pueden cambiarlo en privacidad, con la frecuencia necesaria, acceden y usan agua y jabón para el lavado del cuerpo cuando sea necesario, y tienen acceso a instalaciones seguras y convenientes para deshacerse de la basura de manera discreta y digna”.

¹²³ Literatura científica disponible a la fecha.

¹²⁴ Las características/atributos pueden consultarse en la Guía de Materiales de Higiene Menstrual de la Unicef (may./19). Disponible en: <https://www.unicef.org/media/91346/file/UNICEF-Guide-menstrual-higiene-materials-2019.pdf>

¹²⁵ Las características/atributos pueden consultarse en la Guía de Materiales de Higiene Menstrual de la Unicef (may./19). Disponible en: <https://www.unicef.org/media/91346/file/UNICEF-Guide-menstrual-higiene-materials-2019.pdf>

absorbencias y materiales y consisten en un diseño en capas hecho de mezclas de plásticos, rayón y algodón. Las almohadillas deben incluir alas para evitar fugas y mantener la almohadilla más segura en su lugar¹²⁶.

- (v) La ropa interior absorbente Es uno de los productos menstruales más nuevos. Es ropa interior con el detalle de que absorben, son antibacterianas y a prueba de derrames. Son reusables y lavables. Los expertos aconsejan que sean de algodón, porque los materiales sintéticos tienen poca ventilación. Mientras algunas mujeres recomiendan emplearlas en los días de poco flujo o como respaldo, otras aseguran que estas prendas resultan suficientes para atender la gestión menstrual¹²⁷.
- (vi) Las compresas reutilizables (*moonpads*): son compresas de algodón que se pueden lavar para volver a utilizarlas. Implica un fuerte gasto en agua¹²⁸.
- (vii) El disco o *The flex disc*: es un producto para la menstruación que se introduce y se acopla al cuerpo, y 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 arrojar, reduce los residuos un 60 % si lo comparamos con los métodos tradicionales. El disco está hecho de una mezcla especial de polímeros, es hipoalergénico, vegano y no contiene bisfenol A, ftalatos o látex¹²⁹.
- (viii) Esponjas marinas: son la alternativa renovable y natural al tampón de un solo uso, ya que no contienen fibras sintéticas. La esponja se expande y se adapta a la forma de la vagina. Antes de utilizarla hay que mojarla con agua tibia y exprimirla para que suelte el agua. Durante el periodo, simplemente se retira, se limpia y ya se puede volver a utilizar. Cuando corresponde cambiarla por una nueva, la vieja se puede compostar o arrojar a la basura orgánica¹³⁰.
- (ix) Las toallas sanitarias ecológicas y/o artesanales¹³¹, entre otras¹³².

42. Según la Unicef¹³³ los materiales que se utilizan para captar el flujo menstrual se complementan con los suministros menstruales que abarcan la salud en general, esto es, el agua, el jabón, el alivio del dolor, etc. Destaca que la introducción de nuevos materiales que resulten *más adecuados y preferidos* por las niñas, adolescentes y mujeres, hace parte de una llamada transición de

¹²⁶ Las características/atributos pueden consultarse en la Guía de Materiales de Higiene Menstrual de la Unicef (may./19). Disponible en: <https://www.unicef.org/media/91346/file/UNICEF-Guide-menstrual-higiene-materials-2019.pdf>

¹²⁷ Cfr. Productos de higiene menstrual: más allá de la toalla sanitaria. Elizabeth Pinto Disponible en: <https://guddi.com/productos-de-higiene-menstrual/>

¹²⁸ Cfr. Alternativas baratas y ecológicas a las compresas y tampones. Disponible en: <https://www.laprovincia.es/vida-y-estilo/salud/2015/07/10/alternativas-baratas-ecologicas-compresas-tampones-10113250.html>

¹²⁹ Cfr. Hacia una menstruación sin plásticos: ¿Qué productos de higiene íntima son más sostenibles? Ellen Burney. Publicado el 08/12/2019. Disponible en: <https://www.vogue.es/belleza/articulos/regla-productos-higiene-intima-sostenible-sin-plastico-braguitas-copa-menstrual>

¹³⁰ Disponible en: <https://opcions.org/es/consumo/esponjas-marinas-menstruales/>

¹³¹ Sexualidad, Salud y Sociedad. Revista Latinoamericana. El ciclo menstrual en el siglo XXI. Entre el mercado, la ecología y el poder femenino. Karina Felitti. Abr. 2016. La autora concluye lo siguiente: “*Las propuestas aquí analizadas responden a distintos propósitos: cuidar la salud de las mujeres ante el peligro de ciertos procesos industriales que intervienen en la fabricación de tampones y compresas; facilitar su inclusión social, al evitar el ausentismo escolar y laboral; propiciar el autoconocimiento corporal; oponerse desde emprendimientos locales y a pequeña escala (incluso personales) a las grandes marcas de la higiene femenina y, con ellas, al sistema capitalista y sus corporaciones; ser parte de los movimientos ecologistas que advierten el daño que causan toallitas y tampones para el mantenimiento de los bosques, y del ecosistema en general. En algunos ejemplos de otros países son varones quienes se ocupan de sostener las alternativas. Ellos ‘salvan’ a las mujeres, mientras las mujeres, con su sangre, ‘salvan’ a sus comunidades (al generar empleo) y al planeta (al no usar productos contaminantes)*”. Disponible en: <https://www.scielo.br/pdf/sexs/n22/1984-6487-sess-22-00175.pdf>

¹³² Algunos han referido a las innovaciones de género en materia de investigación, ciencia y tecnología incluyente.

¹³³ “Guía de materiales de higiene menstrual”. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Mayo de 2019. Este documento como complemento de la guía brinda consejos más detallados sobre consideraciones específicas para la identificación, evaluación y adquisición de materiales de gestión y salud menstrual, particularmente en la respuesta humanitaria. Traducción libre al español por el despacho sustentador. Disponible en: <https://www.unicef.org/media/91346/file/UNICEF-Guide-menstrual-higiene-materials-2019.pdf>

desarrollo¹³⁴. Al ocuparse de orientar sobre el alcance de los productos de gestión menstrual¹³⁵ refiere a la tela menstrual, a la almohadilla reutilizable, a la almohadilla sanitaria desechable, al tampón y a las *copas menstruales*.

43. Estas últimas registran la siguiente información¹³⁶: constituyen un dispositivo no absorbente en forma de campana que se inserta en la vagina para recoger el flujo menstrual. Crea un sello y se mantiene en su lugar por las paredes de la vagina. Normalmente está hecha de silicona de grado médico. Recoge tres veces más sangre que las toallas sanitarias o los tampones y debe vaciarse cada 6-12 horas, después de lo cual se enjuaga y se vuelve a insertar (si las instalaciones lo permiten). Después de cada ciclo menstrual las copas deben ser hervidas durante 5-10 minutos. Las copas son reutilizables durante 5-10 años, y recogen alrededor de 10-30 ml. de flujo menstrual. Pueden ser suministradas en dos tamaños: una copa menstrual más grande para las mujeres que han dado a luz por vía vaginal y una más pequeña para las mujeres que no lo han hecho. Suministros de apoyo necesarios: jabón para lavarse las manos, recipientes para hervir y agua.

44. Igualmente, las investigaciones realizadas y la literatura revelan que las copas menstruales son un dispositivo diseñado para apoyar a la mujer en el manejo de la menstruación, dentro de la amplia gama de productos que son usados durante el ciclo menstrual. En cuanto a su funcionalidad, se ha reconocido que *“tienen iguales o mejores resultados que los tampones y las toallas higiénicas. En ningún caso son inferiores”*¹³⁷. Por esto, las copas forman parte de las tecnologías aptas para el manejo de la gestión menstrual, pues cumplen con el propósito previsto para estos productos y cuentan con una aceptabilidad médica que permita equiparar su eficacia con otras tecnologías tradicionales.

45. La “Guía de Materiales de Higiene Menstrual de la Unicef” (2019)¹³⁸, desarrolla una tabla comparativa entre cinco tecnologías de gestión menstrual que resulta relevante para la resolución del asunto que nos ocupa¹³⁹:

	Toalla desechable	Tampón	Copa menstrual	Paño/Tela menstrual	Toalla reutilizable
Inserción	No	Sí	Sí	No	No
Reutilizable	No	No	5 a 10 años	Máximo 1 año	Más de 1 año
Tiempo de	Aprox. 3 a	Max. 8	Aprox. 6 a	Aprox. 2 a	Aprox. 3

¹³⁴ Muchos productos son promovidos por sus fabricantes basándose en un conjunto de factores como la **idoneidad, seguridad, aceptabilidad cultural, rentabilidad y reducción del impacto ambiental**. No obstante, pocos están respaldados en estudios o datos creíbles sobre la utilidad y la aceptación por las personas usuarias.

¹³⁵ A la hora de elegir los materiales que se van a adquirir hay **aspectos específicos que se deben tener en cuenta, que abarcan la salud, la cultura y el contexto, las finanzas y la economía, la utilización y el cuidado, y la eliminación**. Para adquirir materiales apropiados para la menstruación es importante comprender las posibles **ventajas y desventajas de los productos en diferentes contextos, considerando sus efectos en materia de sanidad, medio ambiente, asequibilidad, reglamentación, experiencia del usuario y cultura**, a partir de las especificaciones técnicas de cada producto.

¹³⁶ En el “Manual sobre Salud e Higiene Menstrual para niñas, niños y adolescentes”, de la Unicef, sept./20, se reafirma que hay una **gran variedad de materiales para la menstruación**, resaltando la importancia de su conocimiento total (o de la mayoría) y la elección más accesible para cada una, que permita la máxima seguridad y comodidad posible. Se realiza un resumen de cada producto y su empleo (**pañó/tela menstrual, toalla reutilizable, toalla sanitaria desechable, tampón y copa menstrual**). Disponible en: <https://www.unicef.org/mexico/media/adolescentes.pdf>

¹³⁷ El INS trae a colación el texto: Uso, fugas, aceptabilidad, seguridad y disponibilidad de la copa menstrual: una revisión sistemática y un meta-análisis. Anna María van Eijk y otros. Julio de 2019. Disponible en <https://core.ac.uk/reader/223211430>

¹³⁸ Disponible en: <https://www.unicef.org/wash/files/UNICEF-Guide-menstrual-hygiene-materials-2019.pdf>.

¹³⁹ Aclara la Unicef que: *“la tabla debe interpretarse con precaución, ya que la clasificación de bajo, medio y alto depende en gran medida de factores contextuales. Por ejemplo, el riesgo para la salud de los tampones se acepta generalmente como bajo, pero la inserción sin una higiene de manos adecuada puede dar lugar a infecciones, y el tiempo de uso prolongado aumenta el riesgo de síndrome de shock tóxico”*.

uso	6 horas	horas	12 horas	4 horas ^{138F139F} ¹⁴⁰	a 6 horas
Cantidad necesaria para un ciclo	12-22	12-22	1	1139F140F ¹⁴¹	Mínimo 5
Precio por un artículo ¹⁴ ^{0F141F} ¹⁴²	\$367-\$1.101	\$734-\$1.101	\$36.708-\$146.832	\$7.341 por 1m x 1.5m	\$5.506-\$11.012
Costo estimado por un año ¹⁴³	\$110.124-\$330.373	\$220.249-\$330.373	\$3.670-\$29.366	\$7.341	\$5.506-\$11.012
IVA ^{142F143F} ¹⁴⁴	0% (antes 5% en Colombia)	0% (antes 5% en Colombia)	19% (en Colombia)	19% (en Colombia)	19% (en Colombia)
Mantenimiento	Bajo	Bajo	Medio	Alto	Alto
Costos de aprendizaje	Bajo	Alto	Alto	Medio	Medio
Suministros de apoyo necesarios	Jabón para lavarse las manos, ropa interior, cubos con tapa dentro del inodoro.	Jabón para lavarse las manos, cubos con tapa dentro del retrete.	Jabón para lavarse las manos, recipiente para hervir	Jabón para lavar las manos, detergente para ropa, cubo para lavar, tendedero, bolsa de almacenaje, ropa interior, tijeras	Jabón para lavar las manos, detergente para ropa, cubo para lavar, tendedero, bolsa de almacenaje, ropa interior.
Suministros de entorno necesarios	Sistema de gestión de desechos sólidos en funcionamiento desde el sitio hasta el punto	Sistema de gestión de desechos sólidos en funcionamiento desde el sitio hasta el punto final.	Agua para la esterilización (una vez por ciclo), espacio higiénico para el almacenamiento, agua dentro del	Suficiente agua para el lavado (diario), espacio de lavado privado, espacio de secado, sistema de	Suficiente agua para lavar (diariamente), espacio de lavado privado,

¹⁴⁰ Hay una falta de orientación sobre el uso seguro y la vida útil de las telas. Los plazos establecidos son estimaciones.

¹⁴¹ Dependiendo del tamaño de la tela suministrada y de si se reutiliza o se desecha.

¹⁴² A partir de la cifra que presenta la Unicef en dólares estadounidenses se realizó la conversión a pesos colombianos.

¹⁴³ Basado en una duración media del ciclo de 5 días y 13 ciclos menstruales por año y 22 tampones/almohadillas por ciclo. En este caso, también se realizó la conversión de dólares estadounidenses a pesos colombianos.

¹⁴⁴ Esta categoría no se encuentra originalmente en la gráfica de la Unicef. Sin embargo, se agrega en tanto resulta pertinente a la luz del tema que ocupa a la Sala.

	final.		retrete.	gestión de residuos sólidos.	espacio de secado.
Disponibilidad de fabricantes locales para la adquisición	Medio	Bajo	Bajo	Alto	Medio

Las brechas de género entre hombres y mujeres en materia laboral y económica

46. En escenarios como el económico las mujeres se han visto enfrentadas a enormes barreras. Como consecuencia, el goce efectivo de sus derechos fundamentales en condición de igualdad con los hombres aún es una deuda pendiente. Si bien, ONU Mujeres, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (en adelante, DANE) y la Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer reconocen avances en la incorporación de las mujeres en los mercados laborales, también evidencian que ello se da en condiciones de desventajas que se expresan en más desempleo, mayor informalidad y concentración en algunas ocupaciones, así como en su ubicación en la parte inferior de las estructuras jerárquicas y en la brecha salarial¹⁴⁵.

47. En el 2019 se encontró que la *tasa de desempleo* de los hombres era de apenas el 8,2%, mientras que en el caso de las mujeres ascendía al 13,6%¹⁴⁶. Cifras similares, aunque menos alentadoras debido a la crisis sanitaria ocasionada por la expansión del COVID-19, se han publicado de forma reciente. En el último boletín técnico publicado por el DANE el 26 de febrero de 2021, se indicó que para el trimestre correspondiente a los meses de noviembre de 2020 y enero de 2021 la tasa de desempleo de las mujeres fue del 19,6%, mientras que la de los hombres se ubicó en el 11,1%¹⁴⁷.

48. En lo que respecta a los datos recolectados frente a la *informalidad* las cifras no son mejores. En el país “*tres quintas partes de la población ocupada están en la informalidad (59,7%): en las mujeres el 60,0% y en los hombres el 59,3%*”. Además, en las zonas rurales la proporción es 1,5 veces mayor que en las urbanas y, con excepción del grupo de personas entre los 18 y 28 años, la proporción de las mujeres que trabajan de forma informal es mayor¹⁴⁸. En este sentido, el DANE encontró que “[e]n el trimestre octubre – diciembre de 2020, en las 13 ciudades y áreas metropolitanas, la proporción de hombres ocupados que eran informales fue de 47,7%, lo que representó un aumento de 3,2 puntos porcentuales respecto al mismo trimestre de 2019 (44,5%). Entre tanto, en octubre - diciembre de 2020 la proporción de informalidad para las mujeres fue de 48,5%. En el mismo periodo del 2019 fue 49,0%”¹⁴⁹.

¹⁴⁵ ONU Mujeres, DANE y Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, Mujeres y hombres: Brechas de género en Colombia, 2020, p. 33. Disponible en: <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/genero/publicaciones/mujeres-y-hombre-brechas-de-genero-colombia-informe.pdf>

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ DANE, Gran encuesta integrada de hogares, 2021, p. 6. Disponible en: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/bol_empleo_ene_21.pdf

¹⁴⁸ ONU Mujeres, Dane y Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, Mujeres y hombres: Brechas de género en Colombia, 2020, p. 38. Disponible en: <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/genero/publicaciones/mujeres-y-hombre-brechas-de-genero-colombia-informe.pdf>.

¹⁴⁹ DANE, Gran encuesta integrada de hogares, 2021, p. 4. Disponible en: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_informalidad/bol_geih_informalidad_oct20_dic20.pdf

49. En lo que respecta a la *brecha salarial*, el resultado es similar. En el 2018, según el DANE, “*las mujeres recibieron un 12,1% menos que los hombres, o para expresarlo de otra manera, ellas percibieron un 87,9% de lo que ganaron los hombres*”¹⁵⁰. En el 2019, el promedio se ubicó en el 12,9%, es decir, que “*por cada 100 pesos que recibe un hombre por concepto de ingresos laborales totales, una mujer gana 87,1 pesos*”¹⁵¹.

50. De otro lado, se ha reconocido que la cantidad de tiempo que dedican las mujeres al trabajo no remunerado es mucho mayor que el de los hombres. En este sentido, se ha reconocido que “*en Colombia la carga global de trabajo de las mujeres, teniendo en cuenta los promedios totales de trabajo de toda la población (de 10 años y más, de acuerdo con el universo de la ENUT), es de 14 horas y 49 minutos diarios, de las cuales el 49% corresponde al trabajo no remunerado, que incluye el trabajo doméstico y de cuidados. En los hombres, este promedio diario es de 12 horas 39 minutos, destinando solo el 27% al trabajo no remunerado. Por ende, para el total de la población, las mujeres trabajan al día en promedio 2 horas con 10 minutos más que los hombres*”¹⁵².

51. Finalmente, es importante no pasar por alto los procesos de *segregación laboral* que padecen las mujeres. Al respecto, se recuerda “*a escala nacional, las posiciones ocupacionales de trabajo por cuenta propia (42,4%) y de obrera/obrero, o empleada/empleado particular (39,8%) son las que tienen mayor participación entre la población ocupada. Si bien este comportamiento se observa tanto en mujeres como en hombres, en el resto de las posiciones hay marcadas diferencias entre sexos. || Uno de los ejemplos más claros es el empleo doméstico: mientras que en las mujeres representa 7,0%, en los hombres no llega ni al uno por ciento (0,3%). También son ellas quienes se ocupan principalmente como trabajadoras familiares sin remuneración (5,7%). Por el contrario, cuando la posición en la ocupación corresponde a la propiedad del negocio, empresa o establecimiento, 4,5% de los hombres ocupados son patrones o empleadores y solo un 2,4% de las mujeres lo son, es decir, la mitad respecto a ellos (ver Tabla 8). || Los porcentajes de participación de las mujeres por posición ocupacional también presentan sesgos de género importantes. Las mujeres son el 94,1% del total de personas ocupadas como trabajadoras/trabajadores domésticos. Ellas suman el 63,3% de las personas sin remuneración y menos de una tercera parte (27,1%) de las personas empleadoras*”¹⁵³.

Perspectiva de género en el diseño de la política tributaria

52. La política fiscal tiene un papel central en la superación de las desigualdades socio-económicas. Su rol principalmente redistributivo la constituye en una herramienta única para alcanzar “*un modelo de desarrollo que tenga como ejes centrales la igualdad*”¹⁵⁴. Es necesario impulsar reformas fiscales progresivas¹⁵⁵ para lograr la equidad, la reciprocidad y la igualdad de género.

¹⁵⁰ *Ibíd*em, p. 41.

¹⁵¹ DANE, Brecha salarial de género en Colombia, 2020, p. 11. Disponible en: <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/notas-estadisticas/nov-2020-brecha-salarial-de-genero-colombia.pdf>

¹⁵² ONU Mujeres, DANE y Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, Mujeres y hombres: Brechas de género en Colombia, 2020, p. 56.

¹⁵³ ONU Mujeres, DANE y Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, Mujeres y hombres: Brechas de género en Colombia, 2020, p. 35. Disponible en: <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/genero/publicaciones/mujeres-y-hombre-brechas-de-genero-colombia-informe.pdf>.

¹⁵⁴ Política fiscal para la igualdad y los derechos. Mapeo de debates, iniciativas y actores de la Región Andina. Dejusticia, Latindadd, Oxfam, Red de Justicia Fiscal en América Latina y el Caribe, Red de Justicia Tributaria de Colombia y Grupo Nacional de Presupuesto Público. Apoyo de la Fundación Ford. Center For Economic and Social Rights. Mayo de 2017. Disponible en: https://www.cesr.org/sites/default/files/Política_Fiscal_Igualdad_Derechos.pdf

53. El sistema tributario colombiano, para evitar profundizar las brechas de género existentes, debe empezar a considerar las consecuencias de las determinaciones que adoptan quienes diseñan y aplican la política tributaria en lo nacional y territorial. La *no neutralidad* de la política tributaria en términos de igualdad de género está evidenciado y reconocido en numerosos estudios que demuestran sesgos de género en la recaudación de impuestos indirectos¹⁵⁶.

54. Es fundamental avanzar hacia la igualdad de género y la autonomía de las mujeres¹⁵⁷. En un contexto regional (América Latina y el Caribe) en que las desigualdades socioeconómicas y de género persisten, la igualdad¹⁵⁸ toma especial relevancia para el desarrollo sostenible¹⁵⁹. De un lado, la escasa diversificación productiva y la vulnerabilidad frente a choques externos repercuten nocivamente en la posibilidad de alcanzar la igualdad, al inhibir el dinamismo del mercado laboral, restringir la difusión de capacidades y traducirse en una distribución desigual de los beneficios del crecimiento y de los costos de los ajustes económicos. Por otra parte, la persistencia de la violencia de género, la sobrecarga de trabajo no remunerado y las brechas salariales de género, operan como barreras para la participación plena de las mujeres en las economías, impiden el cierre de brechas estructurales y frenan la innovación y la creación de ambientes laborales más diversos y de estructuras productivas con mayores niveles de igualdad¹⁶⁰.

55. En el análisis de género de las políticas fiscales en la agenda latinoamericana, al existir altos niveles de inequidades en la distribución del ingreso, pobreza y desigualdades sociales, económicas y políticas entre hombres y mujeres, *“es prioritario el análisis de género (...) para que las políticas que se diseñen tanto de gasto público (...) como políticas recaudatorias, no agraven las problemáticas, ni agudicen las situaciones existentes y, por el contrario, se diseñen teniendo en la mira la equidad”*¹⁶¹.

56. La política fiscal tiene la posibilidad de constituirse en una de las herramientas que aporte en cerrar las brechas de las desigualdades de género en Colombia¹⁶². El análisis llevó a concluir que en Colombia existen sesgos de género, en mayor medida implícitos, surgido de la división sexual del trabajo y de los imaginarios que sustentan comportamientos sociales patriarcales dominantes.

¹⁵⁵ Se entienden aquellas que contribuyen a corregir las desigualdades existentes, en caso contrario se le denominan políticas regresivas (cuando las agravan) o políticas neutras (cuando no las modifican).

¹⁵⁶ Política tributaria y sesgos de género: aproximaciones al caso colombiano. Ana Isabel Arenas Saavedra. FES. Tributación. Análisis 5/2018. Disponible en: <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/kolumbien/14624.pdf>

¹⁵⁷ La capacidad de las mujeres para tomar decisiones libres e informadas sobre sus vidas, y de poder ser y hacer en función de sus aspiraciones y deseos. Se relaciona con el control sobre los bienes materiales y recursos naturales, y decidir sobre los ingresos, los activos familiares y el tiempo, así como el respeto a la integridad física, las decisiones sobre la propia sexualidad y la reproducción, y la representación paritaria en la toma de decisiones. Las desigualdades de género tienen su correlato en las limitaciones de la autonomía en sus tres dimensiones: económica, física y en la toma de decisiones, así como en las interrelaciones, y a la vez encuentran determinantes en los ámbitos macroeconómico, productivo, institucional y sociocultural.

¹⁵⁸ No solo de medios (punto de vista económico y distributivo) sino también en el ejercicio de los derechos, el desarrollo de las capacidades y el reconocimiento recíproco de los actores sociales.

¹⁵⁹ Como se reconoce en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, las niñas y las mujeres siguen sufriendo discriminación y violencia en todos los lugares del mundo.

¹⁶⁰ La autonomía de las mujeres en escenarios económicos cambiantes. Naciones Unidas. CEPAL. XIV Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe. Santiago, 27 a 31 de enero de 2020.

¹⁶¹ La economía feminista desde América Latina. Una hoja de ruta sobre los debates actuales en la región. ONU Mujeres. Valeria Esquivel, Alma Espino, Lucía Pérez, Corina Rodríguez, Soledad Salvador, Alison Vásquez, miembros del GEM LAC, Grupo de Género y Macroeconomía de América Latina. 2012. Disponible en: <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2012/la-economia-feminista-desde-america-latina-es.pdf?la=es&vs=4841>

¹⁶² Avanzar hacia una política tributaria progresiva, favorable a poblaciones de menores ingresos y la eliminación de las desigualdades de género.

57. En una investigación realizada en el 2019 se pudo comprobar la presencia de *impuestos sexistas* en diez países de América Latina, entre estos Colombia. El IVA a las toallas sanitarias, tampones y copas menstruales¹⁶³ fue identificado como uno de ellos, cuando son elementos de estricta necesidad para las mujeres dado el proceso biológico. Gravar los productos de atención a la menstruación significa que “*el hecho generador del impuesto es la condición biológica de menstruar. Justificar un impuesto a partir de una diferencia biológica no es solo un acto de violencia económica, sino que se traduce en un costo adicional por ser mujer*”. Entonces, en lo que refiere a la equidad de género, el diseño y la aplicación de las políticas tributarias deben considerar los impactos que puedan tener entre hombres y mujeres, dadas las brechas existentes. Desde esta perspectiva, es necesario pensar en políticas tributarias que no solo evidencien los sesgos de género existentes en la política fiscal, sino que propongan acciones concretas que permitan superar la desigualdad entre hombres y mujeres¹⁶⁴.

58. La iniciativa “*tampon tax*”, es un claro ejemplo, al buscar eliminar los impuestos sobre productos de primera necesidad, “*ya que las personas que menstrúan pagan de su propio bolsillo, como si fueran objetos de lujo*”¹⁶⁵. Kenia fue el primer país en eliminar los impuestos a estos productos en el 2004¹⁶⁶ y Escocia en proveerlos gratuitamente en el 2020¹⁶⁷. Canadá eliminó el impuesto a las compresas, tampones, copas menstruales y otros productos (2015), dando un alcance ampliado al concepto de productos menstruales¹⁶⁸. La India eliminó el impuesto sobre compresas y tampones en 2018¹⁶⁹.

59. En suma, la política fiscal no es un asunto ajeno a las cuestiones de género. Se trata, por el contrario, de un escenario en el que las discusiones acerca de la existencia de medidas con impacto diferenciado entre mujeres y hombres resulta esencial no solo por las implicaciones económicas que en sí misma tiene, sino debido a su capacidad para proyectar consecuencias nocivas en el goce efectivo de los derechos a la igualdad y a la dignidad humana de las mujeres.

El asunto bajo examen. La exequibilidad condicionada de la disposición legal parcialmente acusada

60. A través de la Ley 1819 de 2016 el Congreso de la República adoptó una reforma tributaria estructural y dictó otras disposiciones. En lo que interesa a la Sala Plena el artículo 185 de esa legislación gravaba con una tarifa del 5% a las “[c]ompresas y tampones higiénicos” (partida 96.19). Sin embargo, la Corte en la sentencia C-117 de 2018 declaró inexecutable esa disposición y, en su lugar, ordenó “*INCLUIR ESTOS PRODUCTOS en el listado de bienes EXENTOS del impuesto al valor agregado, contemplado en el artículo 188 de la Ley 1819 de 2016*”.

¹⁶³ En la mayoría de países la tarifa aplicada es la máxima existente, “*lo que insinúa erradamente que son mercancías de lujo, dado que solo se gravan con la tarifa máxima los artículos suntuarios*”.

¹⁶⁴ Impuestos sexistas en América Latina. Aris Balbuena, Natalia Moreno y Catalina Rubilar. Friedrich Ebert Stiftung. Abril 2020. Disponible en: <https://www.fes-argentina.org/e/impuestos-sexistas-en-america-latina/>

¹⁶⁵ Op. cit. Cosa de Mujeres. Menstruación, género y poder: Eugenia Tarzibachi, (2017). Disponible en: <https://www.amazon.com/-/es/Eugenia-Tarzibachi-ebook/dp/B076JMDRX7>. Cfr. Impuestos al tampón, discriminación y derechos humanos. Revisión de la ley de Wisconsin 2017 491. Bridget J. Crawford y Carla Spivack. 2017. Argumentan que el “impuesto a los tampones”, un término general para describir las ventas, el IVA y los impuestos de “lujo”, y similares impuestos a los productos de gestión menstrual, ilustra cuán profundamente arraigado está el género en las estructuras legales como el sistema tributario que se cree es neutral. Además, postula que la reforma tributaria es una herramienta esencial para lograr tanto la igualdad de género como los derechos humanos. Disponible en: <https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2068&context=lawfaculty>

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ Disponible en: <https://www.dw.com/es/aprueban-acceso-universal-y-gratuito-a-productos-menstruales-en-escocia/a-55721032>

¹⁶⁸ Campaña cero impuestos a los tampones.

¹⁶⁹ Campaña impuesto sobre la sangre.

61. En la demanda que ahora se estudia se sostiene que el legislador quebrantó los artículos 13, 16, 43, 49, 79 y 363 de la Constitución¹⁷⁰, esencialmente por quebrantar los principios de dignidad, igualdad y equidad tributaria al no diferenciar entre productos similares (a las toallas y tampones) como las copas menstruales empleadas exclusivamente por el género femenino o haberse incurrido en una presunta omisión legislativa relativa. Con excepción de la intervención de la Presidencia de la República y del Ministerio de Hacienda, las pruebas decretadas, los intervinientes y el Procurador General de la Nación, consideran primordialmente que se debe declarar la exequibilidad condicionada de la disposición demandada, disponiendo en esencia la exención de las copas menstruales y productos similares.

62. Las razones principales que en su momento llevaron a la Corte a exceptuar del IVA a las toallas sanitarias y tampones (5%, C-117 de 2018), encuentra la Sala Plena que en principio resultan aplicables tratándose de las copas menstruales y productos similares (19%), por desconocimiento de la dignidad, la igualdad y la equidad tributaria.

63. En esa medida, se resaltaré la importancia de la igualdad material como un imperativo constitucional, la equidad tributaria y la dignidad humana, para así concluir que los dispositivos de gestión menstrual similares no deben estar gravados con este tributo.

Contexto y alcance de la norma parcialmente impugnada

64. El recuento normativo efectuado en la sentencia C-117 de 2018 resulta ilustrativo en esta oportunidad para señalar que la imposición del IVA a las copas menstruales y productos similares (19%), como acaecía respecto a las toallas sanitarias y tampones antes de la mencionada decisión (5%, declarado inexecutable), ha pasado por diferentes momentos que parten de su establecimiento con la tarifa diferencial más baja y seguidamente a la tarifa general al no contemplarlos dentro de los bienes exentos (decretos 3288/63¹⁷¹, 1988/74¹⁷² y 624/89¹⁷³).

65. Luego, la Ley 488 de 1998¹⁷⁴ (art. 43)¹⁷⁵ excluyó expresamente del IVA a las “*compresas y toallas higiénicas, pañales para bebés y artículos higiénicos similares*”, las “*compresas y tampones higiénicos, pañales para bebés y artículos higiénicos similares, de guata*” y las “*compresas y toallas higiénicas, pañales para bebés y artículos higiénicos similares de turba* (productos que no causan el impuesto), entre cuyos argumentos, revisados los antecedentes legislativos, estuvo el carácter de bienes asociados a la satisfacción de las necesidades básicas¹⁷⁶, sin que hubiere existido un debate particular sobre este punto, y tratándose de la exclusión sobre algunos productos se dio por hacer parte del listado de bienes calificados de populares¹⁷⁷.

¹⁷⁰ Así como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹⁷¹ Por el cual se establece el impuesto sobre las ventas. Art. 6, estableció como tarifas el 10, 8 y 3% sobre artículos.

¹⁷² Por el cual se introducen modificaciones al régimen del impuesto sobre las ventas. Arts. 7 y 8, fijó la tarifa general del 15% para todos los artículos que no tuvieran asignada una tarifa especial.

¹⁷³ Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección general de Impuestos Nacionales. Arts. 424 y 425 (bienes excluidos). Mantuvo el gravamen en la tarifa general.

¹⁷⁴ Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones fiscales de las entidades territoriales.

¹⁷⁵ Modifica el artículo 424 del Estatuto Tributario.

¹⁷⁶ Gaceta del Congreso 171 del 07 de septiembre de 1998, proyecto de ley 45 de 1998, Cámara.

¹⁷⁷ Cfr. sentencia C-117 de 2018.

66. Más adelante el artículo ¹⁷⁸ de la Ley 633 de 2000¹⁷⁹ reiteró la exclusión del IVA solo respecto a las “*toallas sanitarias y pañales desechables*” y, por lo tanto, no de productos similares como las copas menstruales que resultan gravadas a la tarifa general. Seguidamente, la Ley 788 de 2002¹⁸⁰ (art. 30)¹⁸¹ no contempló como bienes exentos ningún producto de gestión menstrual (tampoco lo hicieron las leyes subsiguientes 863 de 2003¹⁸², 1111 de 2006¹⁸³ y 1607 de 2012¹⁸⁴), sin que se observen de los antecedentes legislativos motivos específicos sobre tal decisión¹⁸⁵.

67. Finalmente, la Ley 1819 de 2016 (art. 185)¹⁸⁶ grava con la tarifa especial del 5% a las “*compresas y tampones higiénicos*” (partida 96.19)¹⁸⁷, sin referirse a los productos similares como las copas menstruales, siendo declarada dicha partida inexecutable en la sentencia C-117 de 2018 y dispuesta su inclusión en el listado de bienes exentos del IVA en el artículo 188 de esa ley. Por su parte, el artículo 175¹⁸⁸ de esta ley, concerniente a los bienes excluidos del IVA no previó a los demás productos de gestión menstrual¹⁸⁹. Adicionalmente, el artículo 188 (acusado) determina los bienes exentos del impuesto con derecho a compensación y devolución, que como se explicó en virtud de la sentencia C-117 de 2018, comprende solamente a las toallas sanitarias y tampones (partida 96.19).

68. De conformidad con lo expuesto, tratándose de los productos similares (p. ej. copas menstruales) a las toallas sanitarias y tampones: i) estuvieron gravados todos inicialmente a la tarifa diferencial más baja y seguidamente a la tarifa general, ii) luego excluidos expresamente del IVA, iii) más adelante sin causar el impuesto solo a las toallas sanitarias, iv) después gravados todos a la tarifa general, v) seguidamente disminuida la tarifa (5%) solamente para las toallas y tampones, y vi) finalmente exentos del gravamen únicamente estos bienes en virtud de la sentencia C-117 de 2018. Adicionalmente, los antecedentes legislativos no exponen la presentación de motivos o un debate particular sobre este asunto crucial (gravamen a la tarifa general, una tarifa diferencial menor o la exención), pudiendo surgir como argumento para algunos productos (toallas y tampones, disminución de la tarifa) el carácter de bienes de primera necesidad para las mujeres, sin referencia alguna a los demás productos como las copas menstruales, que resultan actualmente gravados a la tarifa general del 19%, sin que se observe que se hubiere pretendido la exención.

La falta de razonabilidad y proporcionalidad del IVA sobre los productos similares de gestión menstrual

¹⁷⁸ Modifica el artículo 424 del Estatuto Tributario.

¹⁷⁹ Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se dictan disposiciones sobre el tratamiento a los fondos obligatorios para la vivienda de interés social y se introducen normas para fortalecer las finanzas de la rama judicial.

¹⁸⁰ Por la cual se expiden normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial, y se dictan otras disposiciones.

¹⁸¹ Modifica el artículo 424 del Estatuto Tributario.

¹⁸² Por la cual se establecen normas tributarias, aduaneras, fiscales y de control para estimular el crecimiento económico y el saneamiento de las finanzas públicas. Arts. 10 y 11.

¹⁸³ Por la cual se modifica el estatuto tributario de los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Art. 31.

¹⁸⁴ Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones. Art. 38.

¹⁸⁵ Cfr. sentencia C-117 de 2018.

¹⁸⁶ Modifica el artículo 468.1 del Estatuto Tributario.

¹⁸⁷ Los antecedentes legislativos muestran que se propuso la disminución de la tarifa al considerar “*apropiado darle un tratamiento tributario preferencial en IVA para los artículos de protección femenina por la menstruación, los cuales son bienes de primera necesidad e indispensables para la salud de la mujer*”. Gaceta del Congreso 1153 del 16 de septiembre de 2016. Informe de ponencia para segundo debate al proyecto de ley 178 de 2016 Cámara y 163 de 2016 Senado.

¹⁸⁸ Modifica el artículo 424 del Estatuto Tributario.

¹⁸⁹ Los bienes excluidos se refieren a aquellos de primera necesidad, que también integran la canasta familiar, y están relacionados con la garantía del mínimo vital y el ejercicio de los derechos sociales como la salud, la educación, la alimentación y la vivienda, entre otros.

69. La Sala Plena continuará el análisis a partir de la dogmática constitucional desarrollada en esta oportunidad.

La mujer y su relación con las copas y dispositivos menstruales similares^{F190}

70. Las consideraciones que se realizaron para eximir del IVA a las toallas sanitarias y los tampones (sentencia C-117 de 2018), son en principio aplicables a las copas menstruales y dispositivos análogos¹⁹¹, no obstante, la Sala también ahondará en algunas adicionales dadas las particularidades del presente asunto - cargos de inconstitucionalidad presentados-.

71. La determinación que se adopta en esta ocasión responde esencialmente a los conceptos técnicos allegados al expediente en virtud del decreto probatorio, así como a los estudios e investigaciones realizados por especialistas. Si bien la materia continúa siendo objeto de otros análisis comparativos, expone un resultado según la evolución de los tiempos, que la Corte por lo tanto atenderá en la resolución de este asunto.

72. Menstrual Health Hub sostiene que el IVA sobre las copas menstruales y productos similares constituye una forma de discriminación de género, dado que los productos de gestión menstrual están estrechamente ligados a la anatomía reproductiva femenina, por lo que los hombres no tienen este ciclo biológico ni la necesidad periódica de salud. De este modo, se impone una *carga económica con base en una función biológica* y de ahí que la exoneración de la misma vía impuesto haga parte de la agenda amplia e incluyente contra la discriminación por motivos de género.

73. Establecer un impuesto sobre los productos menstruales significa que son artículos de lujo que, por tanto, se gravan a una tasa más alta que los considerados como bienes necesarios o de la canasta familiar. Entonces, resulta discriminatorio toda vez que grava un producto destinado al manejo de una necesidad básica y primaria para las mujeres o personas que menstrúan¹⁹². Sumado a lo anterior, “*el acceso limitado a opciones asequibles, accesibles y apropiadas*”, repercute significativamente en las oportunidades económicas de la mujer y la productividad de la mitad de la fuerza de trabajo en el mundo¹⁹³. Ello resulta determinante en el caso de las mujeres o personas menstruantes de escasos recursos económicos, pues la posibilidad de acceder a productos de gestión menstrual se encuentra notoriamente atenuada cuando, además de los

¹⁹⁰ En la sentencia C-117 de 2018 se reiteró que resulta válido gravar bienes de primera necesidad cuando son sustituibles y se verifique la existencia de 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 deban pagar por ellos dado el impuesto establecido. Además, cuando se extiende la base del IVA para gravar bienes y servicios, antes excluidos para promover la igualdad real y efectiva en un Estado social de derecho, el legislador desconoce los principios de equidad y progresividad tributaria, en conjunto con el mínimo vital, si i) de manera indiscriminada sin el mínimo de deliberación pública -no tributación sin representación- se modifica el sistema tributario ii) con graves falencias tanto en el lado de los ingresos provenientes de tributos con diseño progresivo, como iii) en el lado del gasto encaminado a cumplir fines redistributivos, iv) mediante la ampliación de la base del IVA a todos los bienes y servicios de primera necesidad, v) de los cuales dependen el goce efectivo del mínimo vital de un amplio sector de la población, dadas las insuficiencias de la red de protección social. De otro lado, aunque puede haber coincidencias entre los bienes y servicios de la canasta familiar y los de primera necesidad, los primeros se integran ante todo con criterios estadísticos y económicos, mientras que los segundos se definen en función de un criterio constitucional. La Corte ha referido a los bienes y servicios de primera necesidad sin enumerarlos ni definirlos específicamente, ya que pueden cambiar en relación con el momento histórico y las circunstancias. Sin embargo, ha establecido dos criterios de identificación: i) el consumo por sectores amplios de la población y ii) satisfagan aspectos vitales de las necesidades básicas (indispensables para la dignificación de la persona y el libre desarrollo de la personalidad). Cfr. sentencias C-100 de 2014 y C-776 de 2003.

¹⁹¹ En la sentencia C-657 de 2015, en alusión a la equidad horizontal en materia tributaria, se sostuvo que fenómenos económicos similares le deben ser imponible el mismo tratamiento tributario, salvo se evidencie la necesidad de cumplir con un fin constitucionalmente valioso que exija un trato distinto.

¹⁹² Cfr. MHH.

¹⁹³ Cfr. concepto de MHH.

costos comerciales del producto, se enfrentan a la imposición de un gravamen que aumenta su precio.

74. La dificultad de las mujeres para *gestionar adecuadamente su ciclo menstrual* en entornos laborales formales o informales, termina por afectar su capacidad de participación en la vida económica. Una mala gestión del ciclo menstrual provoca mayores niveles de ausentismo y reducción de la productividad, debido a: i) *la falta de productos* y, por ende, la incapacidad de trabajar durante los días de sangrado; b) *el uso de productos inadecuados*, que da lugar a fugas y aumento de los descansos para ir al baño; y iii) *problemas de salud*, como las infecciones resultado de la mala calidad de los productos, acarreando ausentismo en el trabajo¹⁹⁴.

75. En esa medida, el IVA termina imponiendo una *carga económica desproporcionada a las mujeres de bajo nivel socioeconómico*, siendo las toallas sanitarias, tampones y copas menstruales, entre otros, productos insustituibles para las mujeres de escasos recursos al estar relacionados directamente con su igualdad y dignidad¹⁹⁵. Los dispositivos similares, como las copas, *pertenecen a la misma categoría y propósito* que las toallas sanitarias y tampones. El hecho de que estos bienes se usen con mayor frecuencia o hayan estado por más tiempo en el mercado, no debe imposibilitar el acceso a otros productos análogos con igual propósito como es el caso de las copas menstruales.

76. En este punto, la Corte encuentra oportuno señalar que dentro de la categoría de *productos similares*¹⁹⁶ a los que se ha hecho alusión se encuentran aquellas tecnologías que resultan útiles para absorber o recolectar el flujo menstrual. Dentro de esta categoría se encuentran no solo las copas menstruales sino también otros que se han identificado en esta ocasión¹⁹⁷, a saber: la tela menstrual, la almohadilla reutilizable, la almohadilla sanitaria desechable, la ropa interior absorbente, las compresas reutilizables (*moonpads*), el disco o *The flex disc*, las esponjas marinas y las toallas sanitarias ecológicas y/o artesanales.

77. Por último, en la sentencia C-117 de 2018 se manifestó que la Sala Plena no tiene evidencia de que actualmente existan políticas públicas de carácter nacional o inclusive local que, por ejemplo, entreguen de forma gratuita toallas sanitarias o tampones a mujeres y niñas de bajos recursos o en condiciones de vulnerabilidad, aunque se encuentren referencias sobre algunos programas en Bogotá que han incluido la entrega sin costo de estos bienes.

78. El *Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (CEDAW)*, en el artículo 12 de la Recomendación General 24 sobre la Mujer y Salud (02/02/99), establece que los Estados partes deben informar sobre “*cómo interpretan la forma en que las políticas y las medidas sobre atención médica abordan los derechos de la mujer en materia de salud desde el punto de vista de las necesidades y los intereses propios de la mujer y en qué forma la atención*

¹⁹⁴ Concepto de Menstrual Health Hub. En el mismo sentido, algunas indagaciones han evidenciado que las copas menstruales son “*una alternativa cómoda, segura y eficiente*” para la gestión menstrual, “*comparada con las toallas higiénicas y los tampones*”. Se ha dicho que en la actualidad “*se presenta como una alternativa superadora, herramienta de conocimiento y poder femenino, en sintonía con premisas de cuidado, del cuerpo (...)*”. Cfr. Aceptabilidad y seguridad de la copa menstrual: revisión sistemática de la literatura. Disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/rcog/v71n2/2463-0225-rcog-71-02-00163.pdf>. Ver, también Sexualidad, Salud y Sociedad. El ciclo menstrual en el siglo XXI. Entre el mercado, la ecología y el poder femenino. Disponible en: <https://www.scielo.br/pdf/sess/n22/1984-6487-sess-22-00175.pdf>

¹⁹⁵ Menstrual Health Hub señala que dado el propósito al que sirven los diferentes productos menstruales, deben entenderse como aquellos que atienden a las necesidades básicas. De este modo, la exención debe aplicarse al suministro de cualquier producto de protección menstrual diseñado y comercializado para la absorción o recolección del flujo menstrual.

¹⁹⁶ El vocablo “*productos similares*” no es ajeno al Estatuto Tributario toda vez que dentro de los bienes que se encuentran exentos del IVA (art. 477) lo registra para partidas como la 30.02.

¹⁹⁷ Acápite de esta sentencia titulado e “*las copas y otras tecnologías disponibles para las mujeres o personas menstruantes*”.

médica tiene en cuenta características y factores privativos de la mujer en relación con el hombre, como los siguientes: a) factores biológicos que son diferentes para la mujer y el hombre, como la menstruación, la función reproductiva (...); b) factores socioeconómicos que son diferentes para la mujer en general y para algunos grupos de mujeres en particular. Por ejemplo, la desigual relación de poder entre la mujer y el hombre en el hogar, y en el lugar de trabajo puede repercutir negativamente en la salud (...). Las distintas formas de violencia de que ésta pueda ser objeto pueden afectar a su salud (...). Algunas prácticas culturales o tradicionales (...); c) entre los factores psicosociales que son diferentes para el hombre y la mujer figura la depresión en general y (...) en el periodo posterior al parto en particular, así como otros problemas psicológicos (...); y d) la falta de respeto del carácter confidencial de la información afecta tanto al hombre como a la mujer, pero puede disuadir a la mujer de obtener asesoramiento y tratamiento y, por consiguiente, afectar negativamente su salud y bienestar (...)". Adicionalmente, se dispone que el deber de los Estados parte de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a los servicios de atención médica, la información y la educación, *"entraña la obligación de respetar y proteger los derechos de la mujer en materia de atención médica y velar por su ejercicio"*.

79. La *sentencia T-398 de 2019* puso de presente que al legislador le corresponde adoptar las medidas legislativas que reconozcan a los productos menstruales como bienes insustituibles y garantice condiciones de acceso a los mismos. Así mismo, llamó la atención del poder ejecutivo, como responsable de aplicar las normas relativas a la salud y gestión menstrual, de diseñar la política pública en esta materia, la cual debe abordar puntos como: *"a) la institución responsable del diseño y su trabajo coordinado con otras entidades públicas; b) el reconocimiento de la diversidad de las titulares del derecho al manejo de la higiene menstrual; c) la definición del material absorbente como bien insustituible y las decisiones necesarias para su suministro en aquellos casos en los cuales se esté ante mujeres en situaciones socioeconómicas especiales y; d) los espacios de educación o formación en materia de manejo de la higiene menstrual"*.

80. Determinó dicha decisión que el diseño de las políticas públicas es competencia del Gobierno nacional y de los entes territoriales. Ello debe partir de la actuación coordinada de las instituciones del Estado, un componente educativo, la participación activa de las mujeres, el tratamiento diferenciado y plural, la relevancia de los productos menstruales para la equidad horizontal, la dignidad humana y la autodeterminación, la condición de vulnerabilidad económica o situación de discapacidad, entre otros.

81. En suma, los demás productos similares (a las toallas sanitarias y tampones) son actualmente bienes tecnológicos esenciales para las niñas, adolescentes y mujeres, o personas menstruantes, pues son mecanismos a través de los cuales se garantiza que puedan gestionar adecuadamente su menstruación. La imposición del IVA a estos productos compromete algunas garantías constitucionales en tanto dificulta su acceso y disponibilidad, especialmente para aquellas de bajos recursos económicos.

Desconocimiento de los principios de igualdad (discriminación indirecta), equidad tributaria y dignidad

82. Aunque la potestad legislativa tributaria es amplia al corresponder a una expresión del principio democrático, no por ello es absoluta. En esa medida, el establecimiento y excepciones en materia de impuestos indirectos (IVA)¹⁹⁸, debe partir del reconocimiento de los límites trazados por la Constitución Política¹⁹⁹, así como por el derecho internacional de los derechos humanos (art. 93 superior)²⁰⁰.

83. Este Tribunal señaló en la sentencia C-117 de 2018 que los principios de igualdad, justicia, equidad y progresividad tributaria, entre otros, operan como marco para la acción del legislador en materia impositiva. No obstante, en la medida en que el Congreso dispone de un amplio margen de configuración, la inconstitucionalidad de las medidas legislativas debe fundamentarse no solo en la acreditación de un tratamiento diverso entre contribuyentes o situaciones jurídicas, sino que el mismo debe resultar injustificado, manifiestamente desproporcionado o contrario al régimen constitucional que informa al sistema tributario.

84. Se manifestó en tal decisión que los beneficios como las exenciones sobre el IVA otorgados a ciertos grupos de beneficiarios por oposición a otros que se encuentran en las mismas condiciones vulneran el derecho a la igualdad, por lo que la validez de estas diferenciaciones debe estar debidamente justificadas y representar instrumentos de estímulo fiscal dirigidos a la consecución de fines constitucionalmente legítimos. De este modo, en atención a los principios de igualdad y equidad tributaria horizontal (art. 363 C. Pol.), *“la asignación de beneficios tributarios en virtud de una condición específica debe extenderse a todos los sujetos que la comparten y las restricciones a las ventajas tributarias que establecen un trato diferenciado entre sus destinatarios deben obedecer a un criterio válido de diferenciación, además que la medida debe guardar correspondencia con tal criterio”*²⁰¹.

85. Además, en la sentencia mencionada se sostuvo que el legislador está legitimado para gravar todo tipo de bienes y servicios, inclusive aquellos de primera necesidad, por lo que no tiene la obligación de excluirlos del IVA o gravarlos con una tarifa del 0%. Sin embargo, la validez de dicha decisión debe verificarse a partir de dos criterios: i) *el contexto en el cual se presenta*, al no permitirse gravar bienes que antes estaban desgravados si se hace de manera indiscriminada, sin el mínimo de deliberación pública y sin atender el impacto de la determinación respecto al sistema tributario y al mínimo vital, con fundamento en la igualdad real y efectiva; y ii) *la existencia de políticas públicas efectivas* que compensen la afectación del mínimo vital de las personas que por su condición económica enfrentarían dificultades o estarían en imposibilidad de acceder a los mismos a causa del mayor valor a pagar por ellos dado el impuesto²⁰².

¹⁹⁸ En la sentencia C-426 de 2005 se refirió que los impuestos indirectos, como el IVA, en los cuales no existe una identificación concreta y previa del sujeto contribuyente, *“la capacidad de pago solamente se puede determinar por la propensión al consumo de los distintos sujetos pasivos del tributo. En tal virtud, los contribuyentes que con mayor frecuencia incurran en el hecho gravado pagarán proporcionalmente más que los demás, y es evidente que quienes tienen mayores recursos normalmente efectuarán erogaciones por mayor cuantía de las que tienen menos medios. En este tipo de impuestos existe la posibilidad de acentuar las cargas tributarias sobre los que tengan una mayor capacidad económica, mediante el establecimiento de tarifas diferenciales, respecto de los consumos de lujo”*. Cfr. sentencia C-209 de 2016.

¹⁹⁹ Entre los límites constitucionales en materia tributaria, la Corte ha referido al Estado social de derecho; la dignidad humana; la solidaridad; la igualdad; el trabajo; el mínimo vital; la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, y la prohibición de regresividad; los principios del sistema tributario (equidad, eficiencia y progresividad, así como justicia e igualdad).

²⁰⁰ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, aprobada Ley 51 de 1981) y Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención De Belém Do Para, aprobada Ley 248 de 1995), entre otros.

²⁰¹ Cfr. sentencia C-209 de 2016.

²⁰² Sentencia C-117 de 2018. Cfr. sentencia C-100 de 2014.

86. De esta manera, halla la Corte que tales criterios resultan aplicables a la verificación de validez de la imposición de un gravamen indirecto sobre bienes de primera necesidad, ya que la caracterización de los demás productos menstruales como las copas en esta decisión como bienes insustituibles, conforme se ha explicado, se fundamenta en que se trata de productos de consumo diferencial (exclusivo de las mujeres o personas menstruantes) y relacionados con el ejercicio de algunos principios o derechos en condiciones de accesibilidad y disponibilidad. Se ha establecido que las otras alternativas menstruales *pertenecen a la misma categoría y sirven a igual propósito* que las toallas sanitarias y tampones. Además, si bien el legislador puede incidir en el principio de equidad tributaria, la medida adoptada debe ser razonable y proporcionada, debiendo justificarse en la consecución de otros objetivos tributarios o económicos constitucionalmente relevantes.

87. Ingresando al análisis del *primer criterio*²⁰³, encuentra la Corte que la disposición acusada impone un gravamen indirecto (IVA) a la tarifa general del 19%. La evolución normativa advertida en esta decisión expone que tratándose de los *productos similares* (p. ej. copas menstruales) a las toallas sanitarias y tampones, estuvieron gravados inicialmente todos a la tarifa diferencial más baja y seguidamente a la tarifa general, luego excluidos expresamente del IVA, después sin causar el impuesto solo respecto a las toallas sanitarias, posteriormente gravados todos los productos a la tarifa general, más adelante disminuida la tarifa (5%) solamente para las toallas y tampones, y finalmente exentos del gravamen indirecto respecto a las toallas y tampones en virtud de la sentencia C-117 de 2018.

88. Además de la variación en el tiempo de las cargas tributarias que *hoy se expone más gravosa si se compara con las toallas sanitarias y tampones* (antes del 5% y actualmente exentas por la C-117/18), por la tarifa general establecida para las copas menstruales y demás tecnologías (19%), la Corte encuentra incumplido el principio de *tributación con representación* y, particularmente, los mínimos de deliberación democrática exigidos en la materia. Al mantenerse el gravamen indirecto sobre los dispositivos menstruales diferentes a las toallas y tampones, incluso a una tarifa más alta a la existente sobre estas con antelación a la decisión, cuando se ha podido verificar que *sirven a la misma categoría y propósito* de atender las necesidades básicas y primarias (productos insustituibles para las mujeres de escasos recursos), exigía del legislador en el trámite congresual un mínimo de deliberación democrática (discusión al menos sobre el gravamen a la tarifa general, a una tarifa diferencial menor o a una exención).

89. No se observa de los antecedentes legislativos ninguna justificación del por qué mantener en la tarifa general (más alta) el IVA a las *tecnologías menstruales equivalentes* (a las toallas sanitarias y tampones)²⁰⁴ o de los motivos que llevaron al legislador a abstenerse de desgravarlas (exención). Así toma importancia los cambios jurídicos y sociales operados respecto a la exigencia de fundamentar la decisión política de gravar el consumo de bienes insustituibles para una parte de la población como son las mujeres en edad fértil, quienes no pueden decidir libremente su consumo (dada la función biológica), con lo cual expone de suyo

²⁰³ Contexto en el cual se presenta.

²⁰⁴ Sobre estos dos productos el establecimiento de una tarifa diferencial menor (antes de la inexequibilidad) obedeció según la historia legislativa a la calidad de bienes indispensables.

la garantía de principios fundamentales como *la igualdad y la equidad tributaria*, así como la *dignidad humana*.

90. Como se ha podido advertir, los significados y creencias de la menstruación involucran un conjunto de factores (sociales, económicos, políticos, culturales, entre otros) y estrategias (familia, sociedad y Estado), alrededor de lo que implica su manejo seguro y adecuado en las diferentes etapas de la vida (niñez, adolescencia y adultez), en los niveles biológico, físico, fisiológico y emocional, que compromete la garantía y efectividad de principios y derechos constitucionales, los cuales parten del reconocimiento de la dignidad, la libertad y la igualdad de las mujeres o personas menstruantes.

91. Frente a la garantía del principio de igualdad dada la imposición del IVA sobre los productos para la gestión menstrual a partir de 1963 (Decreto 3288) respecto a la población femenina que atiende una condición biológica, se mantiene tal situación por el estigma y tabú alrededor de la menstruación, sumado a una combinación de factores como la información inexacta, inexistencia de escenarios de participación, reducción de oportunidades, instalaciones deficientes, elección restringida de productos menstruales, carencia o deficiencia de políticas públicas, entre otros, que parten de entornos discriminatorios por sexo o género (hogar, establecimientos educativos, espacios laborales, zonas de esparcimiento, etc.), agravada por contextos de subdesarrollo, pobreza y vulnerabilidad, todo lo cual se constituye en obstáculos y bloqueos para poder alcanzar una igualdad real y efectiva²⁰⁵.

92. En este sentido, la *Organización Internacional para las Migraciones* ha reconocido que la gestión menstrual implica asegurarse de que las personas que menstrúan “*tengan información y conocimiento del proceso de menstruación y de las opciones disponibles para el manejo (...)*”²⁰⁶. Así mismo, que puedan “*acceder y decidir sobre el manejo de su menstruación durante la vida diaria, sin vergüenza o esfuerzo extraordinario*”²⁰⁷. Además, implica identificar “*estigmas, normas y prácticas desfavorables y apoyar los esfuerzos para generar las transformaciones culturales, sociales y políticas necesarias. Atender formas interseccionales de discriminación contra niñas y mujeres con discapacidades y personas LGBTI; garantizar acceso a instalaciones, saneamiento e infraestructura adecuados (...)*”²⁰⁸.

93. Tales factores toman importancia en cuanto al impacto de la medida legislativa, pues debido a sus implicaciones era necesario un grado mínimo de deliberación, primordialmente porque el impuesto establecido tiene un impacto directo sobre las mujeres de escasos recursos económicos o en situación de vulnerabilidad. De esta forma, sobre este tipo de artículos de gestión menstrual diferentes a las toallas sanitarias y tampones (métodos tradicionales), entiende esta Corporación que no solo era exigible fundamentar el gravamen establecido a la tarifa general del 19%, sino que también debía explicarse los motivos por los cuales no se debían desgravar, dado el impacto que pudiera tener la imposición del IVA para las mujeres de menores recursos económicos o vulnerables, así

²⁰⁵ La sentencia C-117 de 2018 reitera que el impacto de los impuestos indirectos sobre ciertos bienes y servicios es diferencial para las mujeres, al presentarse distinciones de género que operan como barreras a su capacidad adquisitiva y pleno desarrollo económico, en materia de (i) accesibilidad en el empleo, (ii) brecha salarial respecto a los hombres, (iii) gastos de consumo y (iv) titularidad de la propiedad.

²⁰⁶ Organización Internacional de las Migraciones (OIM), Educación en higiene menstrual: dudas, mitos y tabús en torno al cuerpo de las mujeres, 2018. Artículo disponible en <https://colombia.iom.int/educaci%C3%B3n-en-higiene-menstrual-dudas-mitos-y-tab%C3%BAs-en-torno-al-cuerpo-de-las-mujeres>

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ *Ibidem*.

como sus repercusiones en los principios de igualdad y equidad tributaria, y de dignidad humana.

94. En cuanto al análisis del *segundo criterio*, siguiendo el derrotero de la sentencia C-117 de 2018, la Sala Plena no tiene evidencia de que actualmente existan *políticas públicas definidas y estables* de carácter nacional y regional o local (con algunas salvedades). Es imperativo para la Corte que el país cuente con una política pública incluyente y diferenciada tratándose de productos para la salud y gestión menstrual.

95. Además de los factores (biológicos, socioeconómicos, psicosociales, de confidencialidad, de igualdad, de salud, de información y educación) a tener en cuenta en el diseño de las políticas públicas conforme al artículo 12 de la Recomendación General 24 del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer; la sentencia T-398 de 2019, según se explicó, puso de presente la importancia de que el Congreso de la República adopte las medidas indispensables de reconocimiento a los productos de gestión menstrual como bienes insustituibles, bajo condiciones de acceso y disponibilidad. También llamó la atención de los gobiernos nacional y territorial para que diseñen políticas públicas en esta materia, guiados por los principios de igualdad, dignidad, participación, pluralismo, trabajo, autonomía, situación de vulnerabilidad, entre otros.

96. Encuentra así esta Corporación que la imposición del IVA sobre productos similares, entre otros, las copas menstruales (toallas sanitarias y tampones, exentos del impuesto) tiene un impacto desproporcionado para las mujeres que atiende a sus condiciones fisiológicas y, en particular, al imponerse sobre aquellas de escasos recursos económicos o en situación de vulnerabilidad. Se expone una *discriminación por sexo o género* al no otorgarse igual valoración y goce real de derechos y oportunidades. Esto por cuanto en ellas las barreras que esta Corporación ha identificado se pueden agravar y, además, pueden encontrarse bajo situaciones de *discriminación interseccional*²⁰⁹. Ello adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que establecer impuestos sobre productos de gestión menstrual atiende a una política de considerarlos artículos de lujo, por lo que su gravación significa que el hecho generador del impuesto es la condición biológica de menstruar.

97. También se ha determinado el lento avance con el que se reducen las dificultades asociadas con la menstruación, que aleja de su manejo de forma segura y digna (acceso adecuado y disponible) en todos los entornos. Factores como adquisiciones sostenibles de tecnologías para obtener una mejor relación calidad-precio, ampliación del acceso a una gama de materiales, libertad de elección, entre otros, permiten a las mujeres vivir la menstruación de forma segura y digna en desarrollo de su proyecto de vida y el contexto en que se desenvuelven.

98. Establecer un impuesto que limite el acceso a los productos menstruales termina por generar una barrera y la consecuente restricción a la mujer de optar

²⁰⁹ Al respecto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha destacado que: “La interseccionalidad es un concepto básico para comprender el alcance de las obligaciones generales de los Estados partes en virtud del artículo 2. La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer [...]. La discriminación por motivos de sexo o género puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida o forma que a los hombres. Los Estados partes deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas, [así como] aprobar y poner en práctica políticas y programas para eliminar estas situaciones”. Recomendación General No. 28 relativa al artículo 2° de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 16 de diciembre de 2010, Doc. ONU CEDAW/C/GC/28, párr. 18.

por el producto que mejor se adapte a sus condiciones físicas -relacionamiento con su cuerpo- y alternativas de vida²¹⁰, sin que el Estado imponga cargas adicionales. El manejo seguro y adecuado de la gestión menstrual comprende elegir el insumo que considere más apropiado para absorber o contener la sangre menstrual, de acuerdo, por ejemplo, a su situación de discapacidad, identidad étnica y cultural, entre otras.

99. Ello implica que la imposición del gravamen indirecto, con independencia de la tarifa general establecida por el legislador, constituye una carga irrazonable y desproporcionada para las mujeres particularmente de escasos recursos o más pobres, lo cual repercute en el *principio de equidad tributaria en la faceta horizontal*. Atendiendo que el consumo de otros productos menstruales resulta ineludible para las mujeres en edad fértil (además del carácter de insustituibles, función biológica), no pudiendo disponer aquellas de menores recursos, el gravamen tiene incidencia determinante en el ejercicio de sus derechos fundamentales como la dignidad y la igualdad, al imponer una barrera de acceso en un contexto en el que no existen políticas públicas compensatorias para aquellas personas en situación de precariedad económica -equidad tributaria-.

100. De esta manera, la disposición acusada al gravar al 19% a los demás productos similares a las toallas sanitarias y tampones (exentos del IVA), vulnera el principio de equidad tributaria con incidencia en el derecho a la igualdad material, al desalentar y dificultar la compra y acceso de las copas menstruales como alternativa para manejar el ciclo menstrual.

101. Ahora bien, siguiendo las precisiones realizadas a la jurisprudencia constitucional sobre el *juicio de proporcionalidad* en la sentencia C-345 de 2019²¹¹, en correspondencia con decisiones que se han ocupado de examinar concretamente normas tributarias bajo los principios de igualdad y equidad (art. 363 C. Pol.)²¹², por regla general se ha utilizado una intensidad leve, sin embargo, también ha acudido a un test intermedio cuando existe indicios de inequidad o arbitrariedad en el reparto de la carga tributaria²¹³.

102. En esta ocasión la disposición acusada brinda un tratamiento fiscal diferente a las mujeres frente a productos asimilables, por lo que en opinión de la Sala Plena debe aplicarse el *test intermedio*, que involucra el análisis de los siguientes presupuestos: i) si el fin buscado con el tratamiento diferencial no solo es legítimo sino importante al promover intereses públicos constitucionales valiosos, ii) si el medio empleado (tratamiento diferenciado) es adecuado y efectivamente conducente para alcanzar dichos fines superiores y iii) que la medida no puede ser evidentemente desproporcionada.

103. En cuanto al *propósito de la norma* debe indicarse que la exclusión de un bien de primera necesidad encuentra fundamento constitucional en la potestad de configuración legislativa tributaria²¹⁴, que persigue proporcionar ingresos al Estado para el cumplimiento de sus fines esenciales y sociales²¹⁵. De este modo,

²¹⁰ La dignidad humana ha tenido a lo largo de la jurisprudencia de la Corte tres lineamientos claros y diferenciables como: (i) autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera); (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien); e (iii) intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). Además, la dignidad humana ha sido entendida como valor, principio y derecho fundamental autónomo. Cfr. sentencia T-881 de 2002, acogida en la C-397 de 2006.

²¹¹ Examinó la constitucionalidad del artículo 32 de la Ley 1915 de 2018, por la cual se modifica la Ley 23 de 1982 y se establecen otras disposiciones en materia de derecho de autor y derechos conexos.

²¹² Cfr. sentencias C-129 de 2018 y C-600 de 2015.

²¹³ Cfr. sentencias C-191 de 2018 y C-551 de 2015.

²¹⁴ Art. 150 C. Pol.

²¹⁵ Arts. 1º y 2º C. Pol.

a la luz de la Carta Política las finalidades resultan legítimas e importantes al promover intereses relevantes constitucionalmente.

104. No obstante, el tratamiento tributario diferenciado que brinda la norma acusada a los productos similares de gestión menstrual *no es adecuado ni efectivamente conducente* para alcanzar los fines constitucionales. Como se ha explicado, no es factible combatir la discriminación contra la mujer -función biológica-, corregir la inequidad de género y proteger sus derechos afines, si el legislador grava, a diferencia de las toallas sanitarias y tampones (exentos del IVA), los demás dispositivos equivalentes para el manejo de la menstruación, cuando *sirven a la misma categoría y propósito* de atender las necesidades básicas y primarias especialmente de las mujeres de escasos recursos económicos o en situación de vulnerabilidad.

105. En otras palabras, las pruebas técnicas allegadas al expediente y los estudios realizados por especialistas permiten establecer que se trata de tecnologías que tienen *la misma naturaleza, funcionalidad y población*, por lo que se consideran *dispositivos asimilables* al pertenecer a la misma categoría y servir a igual propósito. Se ha impuesto una carga diferencial injustificada a productos exclusivamente usados por las mujeres o personas menstruantes, quienes no tienen opción de decidir sobre el consumo por resultar necesarias para ellas -necesidad biológica-.

106. Por último, la medida legislativa se expone *evidentemente desproporcionada* si se tiene en cuenta que la mujer ha sido objeto de una discriminación histórica que ha repercutido en todos los ámbitos de la vida, al afrontar brechas salariales, falta de remuneración por las labores domésticas y su aporte económico al hogar, trato discriminatorio en el trabajo por el ejercicio de la función reproductiva, dificultades en el acceso a la educación y al trabajo en igualdad de condiciones que los hombres, entre otras²¹⁶. En este sentido, limitar el acceso de la mujer a otras tecnologías análogas para el manejo de la menstruación resulta desproporcionado respecto a quienes tienen menor capacidad contributiva.

107. El tratamiento diferenciado que se les otorga a los dispositivos equivalentes genera un escenario de desigualdad negativa para las personas menstruantes. La efectividad de la igualdad material de las mujeres es un imperativo constitucional, correlativo a la eliminación de todas las formas de discriminación, que impone para el Estado la proscripción de incentivos que perpetúen roles inequitativos de género. El trato distinto otorgado tributariamente a otros productos de gestión menstrual impide condiciones de accesibilidad y disponibilidad para un grupo poblacional, con inequidad de ingresos y tasa de desempleo mayores.

108. Adicionalmente, la imposición del IVA en el consumo de las copas menstruales y productos similares puede aportar una dosis de regresividad en el sistema tributario, en la medida en que concierne a productos que son insustituibles, pudiendo catalogarse como de primera necesidad y consumo diferencial, cuya adquisición puede no ser opcional para las mujeres en edad fértil, aunque existan en el mercado distintas alternativas de gestión para tal fin²¹⁷.

²¹⁶ Cfr. sentencia C-117 de 2018.

²¹⁷ Cfr. concepto del Procurador General de la Nación.

109. Finalmente, de la disposición parcialmente acusada a la cual se integra la sentencia C-117 de 2018 no es factible derivar la existencia de una omisión relativa del legislador, al poderse establecer una norma positiva implícita que es producto de la lectura conjunta de los artículos 420²¹⁸ del Estatuto Tributario y 188²¹⁹ de la Ley 1819 de 2016, consistente en que las copas menstruales y tecnologías similares resultan gravadas con IVA a la tarifa general del 19%. En esa medida, las consideraciones vertidas en esta determinación resultan por sí mismas suficientes sin necesidad de mayores lucubraciones al respecto.

110. En conclusión, la Corte declarará la exequibilidad de la disposición acusada en el entendido que la exención tributaria comprende también a las copas menstruales y demás productos similares.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar la *exequibilidad* del artículo 188 de la Ley 1819 de 2016 (partida 96.19), *en el entendido* que la exención tributaria incluye también a las copas menstruales y productos similares.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase y archívese el expediente.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Presidente

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado
Con aclaración de voto

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

²¹⁸ Hechos sobre los que recae el impuesto.

²¹⁹ Bienes que se encuentran exentos del impuesto.

Magistrada
Con aclaración de voto

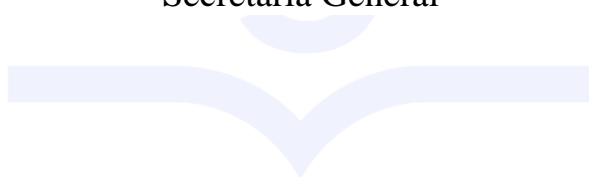
GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO
Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada
Con impedimento aceptado

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General



ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Referencia: Sentencia C-102 de 2021

Magistrado ponente: J
José Fernando Reyes Cuartas

1. Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena, suscribo la presente aclaración de voto en relación con la sentencia de la referencia. En mi criterio, la disposición acusada vulnera el principio de equidad tributaria, porque impone una carga tributaria diferencial e injustificada al gravar con IVA productos de primera necesidad y consumo diferencial, cuya adquisición puede no ser opcional para mujeres en edad fértil. Además, en los términos expuestos por la sentencia, considero que no es factible eliminar la discriminación contra la mujer, corregir la inequidad de género y proteger sus derechos afines, si el legislador grava productos similares a las “*toallas higiénicas y tampones*”. Entre otras, por cuanto prever impuestos sobre productos menstruales implica una restricción *prima facie* a la libertad de optar por el producto que mejor se adapte a las necesidades físicas de las mujeres.

2. Ahora bien, aunque comparto la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena, considero que, en el asunto *sub judice*, (i) el legislador no desconoció el principio de “*tributación con representación*”, (ii) las consideraciones de la sentencia C-117 de 2018 no son aplicables a este caso y, a pesar de la declaratoria de inexecutable, (iii) la Corte debió precisar que la imposición de tributos respecto de bienes esenciales o de primera necesidad no es contraria al régimen constitucional, siempre que dichos bienes sean sustituibles.

3. *El legislador no desconoció el principio de “tributación con representación”*. La Corte sostiene que el legislador desconoció el principio de “*tributación con representación*”, porque en el trámite legislativo no hizo explícitas las razones por las que mantuvo el IVA sobre los dispositivos menstruales equivalentes a las “*toallas higiénicas y tampones*”. Según la Corte, dado que la sentencia C-117 de 2018 exceptuó de IVA estos productos, el legislador debía justificar por qué mantenía el gravamen sobre dispositivos menstruales equivalentes. En mi criterio, el legislador no estaba obligado a exponer las razones por las que decidió mantener dicho gravamen. Entre otras, porque el aparte normativo demandado fue incluido por la Corte Constitucional, que no por el legislador positivo en ejercicio de sus competencias. En otras palabras, dado que el “*cambio legislativo*” no fue decisión del legislador, no es exigible que justifique los motivos de su decisión. Además, es impreciso afirmar que, mediante la sentencia C-117 de 2018, la Corte impuso un deber positivo al legislador de incluir las copas menstruales y demás productos similares dentro de los bienes exentos de IVA, toda vez que en dicha sentencia la Corte expuso las razones por las cuales las copas menstruales y demás productos similares no quedaban incluidas dentro de la categoría de bienes exentos²²⁰.

²²⁰ Mediante la sentencia C-117 de 2018, la Corte precisó: “*Es cierto que actualmente existen otras opciones para el manejo de la higiene menstrual como las copas menstruales, las esponjas marinas o la ropa interior absorbente (...), esas alternativas, al ser más costosas a corto plazo requieren de una alta capacidad adquisitiva y su accesibilidad es limitada en el país, al igual que su comercialización. Por ello, el acceso a los mismos no resulta equivalente para las mujeres en edad fértil con alta capacidad adquisitiva, en ciudades con fácil acceso a internet, tarjetas de crédito para su compra y distribución de correo internacional por contraposición a aquellas*

4. *Las consideraciones de la sentencia C-117 de 2018 no son aplicables al caso sub judice.* Esto, por cuanto, a diferencia de los bienes analizados en dicha sentencia, las copas menstruales y demás productos similares sí podrían ser bienes sustituibles. En la sentencia C-117 de 2018, la Corte precisó que es “válido gravar bienes de primera necesidad cuando los mismos son sustituibles”. Sin embargo, concluyó que “las toallas higiénicas y tampones son bienes insustituibles para las mujeres en edad fértil”, porque “son los principales productos ofrecidos en el mercado para el manejo sanitario de la menstruación”. Si bien el mercado actual cuenta con algunos bienes equivalentes, su uso depende de la “importación de otros países a un alto costo inicial, en relación con el salario mínimo mensual vigente, y no son adecuadas, por ejemplo, para el manejo del sangrado después del parto”. Asimismo, la Corte advirtió que dichos bienes no constituyen “opciones reales que cuenten con accesibilidad en todo el país ni que estén excluidas o exentas del impuesto general”. Por el contrario, en el asunto *sub judice*, las copas menstruales y demás productos similares sí podrían ser bienes sustituibles. En particular, por los productos examinados en la citada sentencia, es decir, “las toallas higiénicas y tampones”, que, a partir de dicha decisión, se encuentran exentos de IVA. No obstante, la sentencia omite dicho análisis.

5. *La imposición de tributos respecto de bienes esenciales o de primera necesidad no es contraria al régimen constitucional.* Conforme a la jurisprudencia constitucional, el legislador dispone de un amplio margen de configuración legislativa en materia tributaria²²¹. Por tanto, el legislador “tiene la potestad de decidir qué bienes y servicios grava con IVA o excluye de dicho tributo (art. 338 de la C.P.)”²²². Esto es así, entre otras, por cuanto la Constitución no contiene disposición alguna que “prohíba, de manera general y absoluta, la imposición de cargas tributarias sobre bienes y servicios de primera necesidad”²²³. Así las cosas, “el consumo de bienes y servicios de primera necesidad puede ser objeto de cargas impositivas siempre y cuando existan políticas efectivas que compensen la afectación al mínimo vital de las personas”²²⁴. Habida cuenta de lo anterior, en el asunto *sub judice*, la Corte ha debido valorar si, en el caso concreto, no existen políticas fiscales que compensen la carga impositiva que implica el gravamen sobre las copas menstruales y demás productos similares, por cuanto, en la actualidad, existen bienes equivalentes, adecuados y exentos de IVA, para el manejo de la higiene menstrual (i.e. toallas higiénicas y tampones). En mi opinión, la sentencia omite dicho análisis.

6. Por último, es importante aclarar que, en el asunto *sub judice*, no existe suficiente evidencia empírica que permita afirmar que el IVA sobre las copas menstruales y demás productos similares imprime una manifiesta dosis de regresividad al sistema tributario. Entre otras, porque en el mercado existen productos que sirven al mismo propósito y no están gravados con IVA. Solo es

sin esas ventajas. Cabe resaltar que, además, estos productos se encuentran gravados con la tarifa general del impuesto a las ventas, con lo cual no es viable concluir que sea una opción para mujeres de escasos recursos. (...) En suma, las toallas higiénicas y tampones son actualmente bienes insustituibles para las mujeres en edad fértil sobre todo para aquellas con baja capacidad adquisitiva, toda vez que en este momento histórico son los principales productos ofrecidos en el mercado para el manejo sanitario de la menstruación. Aun cuando, como se explicó, el mercado actual cuenta con algunas opciones diferentes (...), no se trata de opciones reales que cuenten con accesibilidad en todo el país ni que estén excluidas o exentas del impuesto general”.

²²¹ Sentencias C-203 de 2021, C-333 de 2017, C-776 de 2003 y C- 717 de 2003, entre otras.

²²² Sentencia C-776 de 2003.

²²³ Id.

²²⁴ Id.

posible afirmar que se configura manifiesta regresividad en el “*sistema tributario*” cuando los impuestos regresivos son sustancialmente mayores a los impuestos progresivos que instituye el sistema, por ejemplo, porque no se prevé algún mecanismo de compensación.

Fecha ut supra,

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA
Magistrada

