

C-133-18

Sentencia C-133/18

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA NORMA QUE REGULA REFORMA TRIBUTARIA ESTRUCTURAL-Estarse a lo resuelto en Sentencia C-117 de 2018

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Se configuró el fenómeno de la cosa juzgada constitucional

CONFIGURACION DE OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Requisitos

CONTROL CONSTITUCIONAL DE OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Requisitos para su procedencia

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN DEMANDA POR OMISION LEGISLATIVA-Ineptitud sustantiva por incumplimiento de carga argumentativa

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Procedencia

Referencia: Expediente D-12207

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 175 y 185 (parcial) de la Ley 1819 de 2016, “por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones”

Demandantes: Erika Natalia Moreno Salazar y otros

Magistrado sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241, numeral 4º, de la Constitución Política,

cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, los ciudadanos Erika Natalia Moreno Salazar, María Cristina Umbarila, Laura Esperanza Rangel Fonseca, Rosalba Castiblanco Flores, Luz María Correal, Luz América Díaz, Mario Alejandro Valencia y Fredy Antonio Machado López presentaron demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 175 y 185 (parcial) de la Ley 1819 de 2016, -“(p)or 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-, los cuales modificaron los artículos 424 y 468-1 del Estatuto Tributario, considerando que vulneran los artículos 1º, 13, 43, 338 y 363 de la Constitución Política y el Bloque de Constitucionalidad (art.93 Superior; la Convención Sobre Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer “CEDAW”; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Adicionalmente, acusaron la inconstitucionalidad del artículo 175 por omisión legislativa relativa debido a la no inclusión de los productos de higiene menstrual en el listado de los bienes y servicios excluidos del IVA.

Mediante providencia de fecha 17 de julio de 2017, se admitió la demanda al constatar que reunía los requisitos exigidos por el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991.

En la misma providencia, se corrió traslado al Procurador General de la Nación, a fin de que emitiera su concepto de rigor en los términos de los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución; se fijó en lista con el objeto de que cualquier ciudadano impugnara o defendiera la norma y se comunicó la iniciación del proceso al Presidente del Congreso, para los fines previstos en el artículo 244 de la Carta, así como al Ministerio de Justicia y del Derecho, a la Fiscalía General de la Nación y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

Se invitó a participar en este trámite a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), al Ministerio de Salud y Protección Social, al Instituto Colombiano de Derecho Tributario (ICDT), a la Defensoría del Pueblo, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), Confederación Colombiana de Consumidores, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la Academia Colombiana de Abogacía, a la Comisión Colombiana de Juristas, a DeJusticia, a la Corporación Sisma Mujer, a la Organización Women's World Link y al Centro de Estudios de Género de la Universidad Nacional de Colombia. Adicionalmente, se invitó a los Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades de Antioquia, del Rosario, Andes, del Norte, Distrital Francisco José de Caldas, Externado de Colombia, Libre, Militar, Nacional de Colombia, Pontificia Javeriana, UIS, Sergio Arboleda, Autónoma de Bucaramanga e ICESI, para que si lo consideraban conveniente, intervinieran dentro del proceso con el propósito de rendir concepto sobre la constitucionalidad de las normas sometidas a control, con sujeción a lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales que son propios de este tipo de procesos, la Corte decidirá sobre la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación, se transcriben los textos de las disposiciones demandadas, artículos 175 y 185 (parcial) de la Ley 1819 de 2016, conforme a su publicación en el Diario Oficial, No. 50.101 de 29 de diciembre de 2016.

“ARTÍCULO 175. Modifíquese el artículo 424 del Estatuto Tributario el cual quedará así:

Bienes que no causan el impuesto. Los siguientes bienes se hallan excluidos del impuesto y por consiguiente su venta o importación no causa el impuesto sobre las ventas. Para tal efecto se utiliza la nomenclatura arancelaria Andina vigente:

01.03 Animales vivos de la especie porcina.

01.04 Animales vivos de las especies ovina o caprina.

01.05 Gallos, gallinas, patos, gansos, pavos (gallipavos) y pintadas, de las especies domésticas, vivos.

- 01.06 Los demás animales vivos.
- 03.01 Peces vivos, excepto los peces ornamentales de las posiciones 03.01.11.00.00 y 03.01.19.00.00.
- 03.03.41.00.00 Albacoras o atunes blancos.
- 03.03.42.00.00 Atunes de aleta amarilla (rabiles).
- 03.03.45.00.00 Atunes comunes o de aleta azul, del Atlántico y del Pacífico.
- 03.05 Pescado seco, salado o en salmuera, pescado ahumado, incluso cocido antes o durante el ahumado, harina, polvo y “pellets” de pescado, aptos para la alimentación humana.
- 04.04.90.00.00 Productos constituidos por los componentes naturales de la leche.
- 04.09 Miel natural.
- 05.11.10.00.00 Semen de Bovino.
- 06.01 Bulbos, cebollas, tubérculos, raíces y bulbos tuberosos, turiones y rizomas, en reposo vegetativo, en vegetación o en flor, plantas y raíces de achicoria, excepto las raíces de la partida 12.12.
- 06.02.90.90.00 Las demás plantas vivas (incluidas sus raíces), esquejes e injertos; micelios.
- 06.02.20.00.00 Plántulas para la siembra, incluso de especies forestales maderables.
- 07.01 Papas (patatas) frescas o refrigeradas.
- 07.02 Tomates frescos o refrigerados.
- 07.03 Cebollas, chalotes, ajos, puerros y demás hortalizas aliáceas, frescos o refrigerados.
- 07.04 Coles, incluidos los repollos, coliflores, coles rizadas, colinabos y productos

comestibles similares del género Brassica, frescos o refrigerados.

07.05 Lechugas (*Lactuca sativa*) y achicorias, comprendidas la escarola y la endibia (*Cichorium* spp.), frescas o refrigeradas.

07.06 Zanahorias, nabos, remolachas para ensalada, salsifies, apionabos, rábanos y raíces comestibles similares, frescos o refrigerados.

07.07 Pepinos y pepinillos, frescos o refrigerados.

07.08 Hortalizas de vaina, aunque estén desvainadas, frescas o refrigeradas.

07.09 Las demás hortalizas, frescas o refrigeradas.

07.12 Hortalizas secas, incluidas las cortadas en trozos o en rodajas o las trituradas o pulverizadas, pero sin otra preparación.

07.13 Hortalizas de vaina secas desvainadas, aunque estén mondadas o partidas.

07.14 Raíces de yuca (*mandioca*), arrurruz o salep, aguaturmas (patacas), camotes (batatas, boniatos) y raíces y tubérculos similares ricos en fécula o inulina, frescos, refrigerados, congelados o secos, incluso troceados o en "pellets", médula de sagú.

08.01.12.00.00 Cocos con la cáscara interna (endocarpio)

08.01.19.00.00 Los demás cocos frescos

08.03 Bananas, incluidos los plátanos "plantains", frescos o secos.

08.04 Dátiles, higos, piñas (ananás), aguacates (paltas), guayabas, mangos y mangostanes, frescos o secos.

08.05 Agrios (cítricos) frescos o secos.

08.06 Uvas, frescas o secas, incluidas las pasas.

08.07 Melones, sandías y papayas, frescos.

- 08.08 Manzanas, peras y membrillos, frescos.
- 08.09 Damascos (albaricoques, chabacanos), cerezas, duraznos (melocotones) (incluidos los griñones nectarines), ciruelas y endrinas, frescos.
- 08.10 Las demás frutas u otros frutos, frescos.
- 09.09.21.10.00 Semillas de cilantro para la siembra.
- 10.01.11.00.00 Trigo duro para la siembra.
- 10.01.91.00.00 Las demás semillas de trigo para la siembra.
- 10.02.10.00.00 Centeno para la siembra.
- 10.03 Cebada.
- 10.04.10.00.00 Avena para la siembra.
- 10.05.10.00.00 Maíz para la siembra.
- 10.05.90 Maíz para consumo humano.
- 10.06 Arroz para consumo humano.
- 10.06.10.10.00 Arroz para la siembra.
- 10.06.10.90.00 Arroz con cáscara (Arroz Paddy).
- 10.07.10.00.00 Sorgo de grano para la siembra.
- 11.04.23.00.00 Maíz trillado para consumo humano.
- 12.01.10.00.00 Habas de soya para la siembra.
- 12.02.30.00.00 Maníes (cacahuates, cacahuates) para la siembra.
- 12.03 Copra para la siembra.

12.04.00.10.00 Semillas de lino para la siembra.

12.05 Semillas de nabo (nabina) o de colza para siembra.

12.06.00.10.00 Semillas de girasol para la siembra.

12.07.10.10.00 Semillas de nueces y almendras de palma para la siembra.

12.07.21.00.00 Semillas de algodón para la siembra.

12.07.30.10.00 Semillas de ricino para la siembra. I

12.07.40.10.00 Semillas de sésamo (ajonjolí) para la siembra.

12.07.50.10.00 Semillas de mostaza para la siembra.

12.07.60.10.00 Semillas de cártamo para la siembra.

12.07.70.10.00 Semillas de melón para la siembra.

12.07.99.10.00 Las demás semillas y frutos oleaginosos para la siembra.

12.09 Semillas, frutos y esporas, para siembra.

12.12.93.00.00 Caña de azúcar.

17.01.13.00.00 Chancaca (panela, raspadura) Obtenida de la extracción y evaporación en forma artesanal de los jugos de caña de azúcar en trapiches paneleros.

18.01.00.11.00 Cacao en grano para la siembra.

18.01.00.19.00 Cacao en grano crudo.

19.01.10.91.00 Únicamente la Bienestarina.

19.01.90.20.00 Productos alimenticios elaborados de manera artesanal a base de leche.

19.05 Pan horneado o cocido y producido a base principalmente de harinas de cereales, con o sin levadura, sal o dulce, sea integral o no, sin que para el efecto importe

la forma dada al pan, ni la proporción de las harinas de cereales utilizadas en su preparación, ni el grado de cocción, incluida la arepa de maíz.

20.07 Productos alimenticios elaborados de manera artesanal a base de guayaba.

25.01 Sal (incluidas la de mesa y la desnaturalizada) y cloruro de sodio puro, incluso en disolución acuosa o con adición de antiaglomerantes o de agentes que garanticen una buena fluidez, agua de mar.

25.03 Azufre de cualquier clase, excepto el sublimado, el precipitado y el coloidal.

25.10 Fosfatos de calcio naturales, fosfatos aluminocálcicos naturales y cretas fosfatadas.

25.18.10.00.00 Dolomita sin calcinar ni sintetizar, llamada “cruda”. Cal dolomita inorgánica para uso agrícola como fertilizante.

27.01 Hullas, briquetas, ovoides y combustibles sólidos similares, obtenidos de la hulla.

27.04.00.10.00 Coques y semicoques de hulla.

27.04.00.20.00 Coques y semicoques de lignito o turba.

27.11.11.00.00 Gas natural licuado.

27.11.12.00.00 Gas propano, incluido el autogás.

27.11.13.00.00 Butanos licuados.

27.11.21.00.00 Gas natural en estado gaseoso, incluido el biogás.

27.11.29 Gas propano en estado gaseoso y gas butano en estado gaseoso, incluido el autogás.

27.16 Energía eléctrica.

28.44.40 Material radiactivo para uso médico.

29.36 Provitaminas y vitaminas, naturales o reproducidas por síntesis (incluidos los concentrados naturales).y sus derivados utilizados principalmente como vitaminas, mezclados o no entre sí o en disoluciones de cualquier clase.

29.41 Antibióticos.

30.01 Glándulas y demás órganos para usos opoterápicos, desecados, incluso pulverizados, extracto de glándulas o de otros órganos o de sus secreciones, para usos opoterápicos, heparina y sus sales, las demás sustancias humanas o animales preparadas para usos terapéuticos o profilácticos, no expresadas ni comprendidos en otra parte.

30.02 Sangre humana, sangre animal preparada para usos terapéuticos, profilácticos o de diagnóstico, antisueros (sueros con anticuerpos), demás fracciones de la sangre y productos inmunológicos modificados, incluso obtenidos por proceso biotecnológico, vacunas, toxinas, cultivos de microorganismos (excepto las levaduras) y productos similares.

30.03 Medicamentos (excepto los productos de las partidas 30.02, 30.05 o 30.06) constituidos por productos mezclados entre sí, preparados para usos terapéuticos o profilácticos, sin dosificar ni acondicionar para la venta al por menor.

30.04 Medicamentos (excepto los productos de las partidas 30.02, 30.05 o 30.06) constituidos por productos mezclados o sin mezclar preparados para usos terapéuticos o profilácticos, dosificados o acondicionados para la venta al por menor.

30.05 Guatas, gasas, vendas y artículos análogos (por ejemplo: apósitos, esparadrapos, sinapismos), impregnados o recubiertos de sustancias farmacéuticas o acondicionados para la venta al por menor con fines médicos, quirúrgicos, odontológicos o veterinarios.

30.06 Preparaciones y artículos farmacéuticos a que se refiere la nota 4 de este capítulo.

31.01 Abonos de origen animal o vegetal, incluso mezclados entre sí o tratados

químicamente, abonos procedentes de la mezcla o del tratamiento químico de productos de origen animal o vegetal.

31.02 Abonos minerales o químicos nitrogenados.

31.03 Abonos minerales o químicos fosfatados.

31.04 Abonos minerales o químicos potásicos.

31.05 Abonos minerales o químicos, con dos o tres de los elementos fertilizantes: nitrógeno, fósforo y potasio, los demás abonos, productos de este capítulo en tabletas o formas similares o en envases de un peso bruto inferior o igual a 10 kg.

38.08 Insecticidas, raticidas y demás antirroedores, fungicidas, herbicidas, inhibidores de germinación y reguladores del crecimiento de las plantas, desinfectantes y productos similares, presentados en formas o en envases para la venta al por menor, o como preparaciones o artículos, tales como cintas, mechas y velas azufradas y papeles matamoscas.

38.22.00.90.00 Reactivos de diagnóstico sobre cualquier soporte y reactivos de diagnóstico preparados, incluso sobre soporte.

40.01 Caucho natural.

40.11.70.00.00 Neumáticos de los tipos utilizados en vehículos y máquinas agrícolas o forestales.

40.14.10.00.00 Preservativos.

48.01.00.00.00 Papel prensa en bobinas (rollos) o en hojas.

48.02.61.90.00 Los demás papeles prensa en bobinas (rollos)

53.05.00.90.00 Pita (Cabuya, fique).

53.11.00.00.00 Tejidos de las demás fibras textiles vegetales.

56.08.11.00.00 Redes confeccionadas para la pesca.

59.11.90.90.00 Empaques de yute, cáñamo y fique.

63.05.10.10.00 Sacos (bolsas) y talegas, para envasar de yute.

63.05.90.10.00 Sacos (bolsas) y talegas, para envasar de pita (cabuya, fique).

63.05.90.90.00 Sacos (bolsas) y talegas, para envasar de cáñamo.

69.04.10.00.00 Ladrillos de construcción y bloques de calicanto, de arcilla, y con base en cemento, bloques de arcilla silvocalcareá.

71.18.90.00.00 Monedas de curso legal.

84.07.21.00.00 Motores fuera de borda, hasta 115HP.

84.08.10.00.00 Motores Diésel hasta 150H P.

84.24.82.21.00 Sistemas de riego por goteo o aspersión.

84.24.90.10.00 Aspersores y goteros, para sistemas de riego.

84.33.20.00.00 Guadañadoras, incluidas las barras de corte para montar sobre un tractor.

84.33.30.00.00 Las demás máquinas y aparatos de henificar.

84.33.40.00.00 Prensas para paja o forraje, incluidas las prensas recogedoras.

84.33.51.00.00 Cosechadoras-trilladoras.

84.33.52.00.00 Las demás máquinas y aparatos de trillar.

84.33.53.00.00 Máquinas de cosechar raíces o tubérculos.

84.33.59 Las demás máquinas y aparatos de cosechar, máquinas y aparatos de trillar.

84.33.60 Máquinas para limpieza o clasificación de huevos, frutos o demás productos

agrícolas.

84.33.90 Partes de máquinas, aparatos y artefactos de cosechar o trillar, incluidas las prensas para paja o forraje, cortadoras de césped y guadañadoras, máquinas para limpieza o clasificación de huevos, frutos o demás productos agrícolas, excepto las de la partida 84.37.

84.36.10.00.00 Máquinas y aparatos para preparar alimentos o piensos para animales.

84.36.80 Las demás máquinas y aparatos para uso agropecuario.

84.36.99.00.00 Partes de las demás máquinas y aparatos para uso agropecuario.

84.37.10 Máquinas para limpieza, clasificación o cribado de semillas, granos u hortalizas de vaina secas.

87.01 Tractores para uso agropecuario de las partidas 87.01.91.00.00, 87.01.92.00.00, 87.01.93.00.00, 87.01.94.00.00, 87.01.95.00.00.

87.13 Sillones de ruedas y demás vehículos para inválidos, incluso con motor u otro mecanismo de propulsión.

87.14.20.00.00 Partes y accesorios de sillones de ruedas y demás vehículos para inválidos de la partida 87.13.

87.16.20.00.00 Remolques y semirremolques, autocargadores o autodescargadores, para uso agrícola.

90.01.30.00.00 Lentes de contacto.

90.01.40.00.00 Lentes de vidrio para gafas.

90.01.50.00.00 Lentes de otras materias para gafas.

90.18.39.00.00 Catéteres y catéteres peritoneales y equipos para la infusión de líquidos y filtros para diálisis renal de esta subpartida.

90.18.90.90.00 Equipos para la infusión de sangre.

90.21 Artículos y aparatos de ortopedia, incluidas las fajas y vendajes médicoquirúrgicos y las muletas tablillas, férulas u otros artículos y aparatos para fracturas, artículos y aparatos de prótesis, audífonos y demás aparatos que lleve la propia persona o se le implanten para compensar un defecto o incapacidad. Las impresoras braille, máquinas inteligentes de lectura para ciegos, software lector de pantalla para ciegos, estereotipadoras braille, líneas braille, regletas braille, cajas aritméticas y de dibujo braille, elementos manuales o mecánicos de escritura del sistema braille, así como los bastones para ciegos aunque estén dotados de tecnología, contenidos en esta partida arancelaria.

96.09.10.00.00 Lápices de escribir y colorear.

Adicionalmente:

1. Las materias primas químicas con destino a la producción de plaguicidas e insecticidas de la partida 38.08 y de los fertilizantes de las partidas 31.01 a 31.05 y con destino a la producción de medicamentos de las posiciones 29.36, 29.41, 30.01, 30.03, 30.04 y 30.06.
2. Las materias primas destinadas a la producción de vacunas para lo cual deberá acreditarse tal condición en la forma como lo señale el reglamento.
3. Todos los productos de soporte nutricional (incluidos los suplementos dietarios y los complementos nutricionales en presentaciones líquidas, sólidas, granuladas, gaseosas, en polvo) del régimen especial destinados a ser administrados por vía enteral, para pacientes con patologías específicas o con condiciones especiales; y los alimentos para propósitos médicos especiales para pacientes que requieren nutrición enteral por sonda a corto o largo plazo. Clasificados por las subpartidas 21.06.90.79.00, 21.06.90.90.00 y 22.02.90.99.00.
4. Los dispositivos anticonceptivos para uso femenino.
5. Los computadores personales de escritorio o portátiles, cuyo valor no exceda de cincuenta (50) UVT.
6. Los dispositivos móviles inteligentes (tabletas y celulares) cuyo valor no exceda de veintidós (22) UVT.
7. Los equipos y elementos nacionales o importados que se destinen a la construcción,

instalación, montaje y operación de sistemas de control y monitoreo, necesarios para el cumplimiento de las disposiciones, regulaciones y estándares ambientales vigentes, para lo cual deberá acreditarse tal condición ante el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

8. Los alimentos de consumo humano y animal que se importen de los países colindantes a los departamentos de Vichada, Guajira, Guainía y Vaupés, siempre y cuando se destinen exclusivamente al consumo local en esos departamentos.

9. Los alimentos de consumo humano donados a favor de los bancos de alimentos legalmente constituidos, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno nacional.

10. Los vehículos, automotores, destinados al transporte público de pasajeros, destinados solo a reposición. Tendrán derecho a este beneficio los pequeños transportadores propietarios de menos de 3 vehículos y solo para efectos de la reposición de uno solo, y por una única vez. Este beneficio tendrá una vigencia hasta el año 2019.

11. Los objetos con interés artístico, cultural e histórico comprados por parte de los museos que integren la Red Nacional de Museos y las entidades públicas que posean o administren estos bienes, estarán exentos del cobro del IVA.

12. La venta de bienes inmuebles, con excepción de los mencionados en el numeral 1 del artículo 468-1.

13. Los alimentos de consumo humano y animal, vestuario, elementos de aseo y medicamentos para uso humano o veterinario, materiales de construcción; bicicletas y sus partes; motocicletas y sus partes; y motocarros y sus partes que se introduzcan y comercialicen a los departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés, siempre y cuando se destinen exclusivamente al consumo dentro del mismo departamento y las motocicletas y motocarros sean registrados en el departamento. El Gobierno nacional reglamentará la materia para garantizar que la exclusión del IVA se aplique en las ventas al consumidor final.

14. El combustible para aviación que se suministre para el servicio de transporte aéreo

nacional de pasajeros y de carga con origen y destino a los departamentos de Guainía, Amazonas, Vaupés, San Andrés Islas y Providencia, Arauca y Vichada.

15. Los productos que se compren o introduzcan al departamento del Amazonas en el marco del convenio Colombo-Peruano y el convenio con la República Federativa del Brasil.

16. La compraventa de maquinaria y equipos destinados al desarrollo de proyectos o actividades que se encuentren registrados en el Registro Nacional de Reducción de Emisiones de Gases Efecto Invernadero definido en el artículo 155 de la Ley 1753 de 2015, que generen y certifiquen reducciones de Gases Efecto Invernadero – GEI, según reglamentación que expida el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

La aplicación de este numeral se hará operativa en el momento en que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible emita las reglamentaciones correspondientes al Registro Nacional de Reducción de Emisiones de Gases Efecto Invernadero. Esto, sin perjuicio del régimen de transición que dicho registro determine para los casos que tengan lugar en el período comprendido entre la entrada en vigor de la presente ley y la operación del registro.

PARÁGRAFO. El petróleo crudo recibido por parte de la Agencia Nacional de Hidrocarburos por concepto de pago de regalías para su respectiva monetización.” (Se demanda todo el artículo)

ARTÍCULO 185. Modifíquese el artículo 468-1 del Estatuto Tributario el cual quedará así:

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%):

(...)

96.19 Compresas y tampones higiénicos.

III. DEMANDA

A juicio de los accionantes, las normas acusadas vulneran los artículos 1º, 13, 43, 338 y 363

de la Constitución Política y desconocen el Bloque de Constitucionalidad (art.93 Superior; la Convención Sobre Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer “CEDAW”; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

En adición, acusan la inconstitucionalidad del artículo 175 CP por omisión legislativa relativa debido a la no inclusión de los productos de higiene menstrual en el listado de los bienes y servicios excluidos del IVA.

Argumentan las siguientes razones:

(i) Se desconoce el Preámbulo de la Constitución Política al establecer el impuesto al consumo del 5% a los artículos de higiene menstrual sin justificación e imponer una carga tributaria adicional a las mujeres por su condición de género. A su vez, se vulnera el mínimo vital de esta población pues deben soportar una carga desproporcionada y sacrificar otras necesidades básicas para adquirir dicho producto.

(ii) El impuesto a los productos de higiene menstrual resulta discriminatorio y violatorio del artículo 13 Superior toda vez que grava un producto de uso esencial y no sustituible, de obligatorio uso para las mujeres.

(iii) El impuesto desconoce el artículo 43 Superior y discrimina a las niñas y mujeres colombianas por su sexo y su condición económica, toda vez que al establecer el IVA a los productos de higiene menstrual les impone una carga económica por una necesidad biológica y solo por el hecho de ser mujeres.

(iv) Se violan los principios de participación política (artículo 338 CP) y progresividad de la ley (artículo 363 CP) en tanto que: (a) el gravamen del 5% de IVA a compresas y tampones higiénicos careció de una debida representación o debate democrático; (b) hay un retroceso en la protección de los derechos de las mujeres toda vez que en la Ley 488 de 1998 los productos de higiene menstrual estaban exentos de IVA. No obstante, a través de la Ley 788 de 2002 y la Ley 1819 de 2016, esta situación cambió y ahora dichos productos se encuentran gravados con un impuesto del 5%; (c) no hubo debate ni fundamentación durante el trámite legislativo de la Ley 788 de 2002, así como tampoco se dio una

argumentación consistente que justificara la aplicación del 5% a estos productos en el debate de la Ley 1819 de 2016; y (d) el IVA a la menstruación no cumple con los criterios establecidos por la Corte Constitucional en el entendido de valorar el grado de afectación que produce el IVA en los sujetos pasivos del impuesto.

(v) Se desconoce el Bloque Constitucionalidad (art. 93 Superior), por cuanto: (a) se violan los artículos 2º, 3º, 13 y 14 de la Convención Sobre Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer “CEDAW” al imponer un impuesto que tiene como fundamento el hecho generador del propio sexo femenino. Situación que constituye una discriminación y desigualdad económica directa de las mujeres; (b) se desconocen los artículos 3º, 4º, 6º, y 7º de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, al imponer un impuesto sobre productos esenciales y no sustituibles para las mujeres, lo cual, supone un acto estatal de violencia. A su vez se desconocen las disposiciones del artículo 7 de la Convención, que ordenan a los Estados Parte abstenerse de cualquier acción o práctica excluyente contra la mujer. El IVA impuesto sobre estos productos constituye un retroceso en la protección de los derechos a la igualdad y a la no discriminación de la mujer y en esa medida a una vida libre de violencia; y (c) se vulneran los artículos 2º numerales 1º, 2º, 3º, 11 y 12 del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, toda vez que se impone una carga tributaria hacia las mujeres que contribuye a la desigualdad económica de las mismas.

(vi) El legislador incurrió en una omisión legislativa relativa al no incluir los productos de higiene menstrual en el listado de bienes y servicios excluidos del IVA (artículo 175 de la Ley 1819 de 2016).

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio de Salud y Protección Social

Marcela Ramírez Sepúlveda, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social, como Directora Técnica de la Dirección Jurídica del Ministerio de Salud y Protección Social, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7, numeral 9 del Decreto –Ley 4107 de 2011- y, en ejercicio de la delegación de representación judicial conferida mediante Resolución 3412 de 2012, expuso las razones de defensa de la norma

acusada. Solicitó declarar exequible el texto “96.19 Compresas y tampones higiénicos” del artículo 185 de la Ley 1819 de 2016. Así mismo, solicitó reconocer la omisión legislativa relativa del artículo 175 de la ley en comento y “por lo tanto, extienda la interpretación de los bienes y servicios allí incluidos a los siguientes: 96.19 Compresas y tampones higiénicos”, por cuanto considera que las pretensiones expuestas por los demandantes no están llamadas a prosperar toda vez que las disposiciones normativas acusadas no quebrantan la Constitución Política.

2. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Juan Carlos Puerto Acosta, actuando como apoderado del Ministerio y Crédito Público, en calidad de delegado del Señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, representación judicial conferida mediante Resolución 0659 del 9 de marzo de 2018, solicitó a la Corte Constitucional declararse inhibida para pronunciarse respecto de los cargos de la demanda. De forma subsidiaria y en caso de no declarar la ineptitud de la demanda, solicita declarar la exequibilidad de los artículos 175 y 185 de la Ley 1819 de 2016.

Argumenta que no existe en el ordenamiento jurídico una norma de rango constitucional que obligue al legislador a hacer exención del gravamen del IVA a los bienes de aseo personal, ni se puede predicar falta de justificación y objetividad de las normas acusadas. Por tanto, el aparte demandado del artículo 185 de la Ley 1819 de 2016 es respetuoso de los principios de progresividad y de equidad del sistema tributario establecidos en el artículo 363 de la Constitución.

3. Departamento de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-

Miryam Rojas Corredor, actuando como apoderada de la U.AE. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales- DIAN, expuso las razones de defensa de las normas acusadas.

Afirma que la normativa demandada cumple con los principios constitucionales, responde a la libertad de configuración del legislador y no viola el bloque de constitucionalidad por cuanto: (i) El legislador tiene el deber constitucional de configurar los tributos de tal suerte que garantice a los contribuyentes “la conservación de recursos suficientes para tener una existencia humana verdaderamente digna”. En ese sentido, la tarifa diferencial del 5% sobre tampones y toallas higiénicas es producto de la libertad de configuración legislativa

del legislador y a través de ella se protege el mínimo vital de las mujeres; por ello, este gravamen no puede considerarse como un tipo de violencia contra las mujeres “y menos aún a que ello conlleve inferioridad o subordinación a la mujer”. (ii) El IVA, como impuesto indirecto, se grava sin atender a la capacidad contributiva “o a la distinción de género (hombre o mujer) sino que afecta a todos los ciudadanos por igual”. Y (iii) si bien se reconoce que las mujeres han sido víctimas de violencia en diferentes contextos, la fijación de tarifas en los impuestos por parte del legislador a productos de primera necesidad “excluye cualquier tipo de violación o de discriminación de este tipo, pues claramente la Ley 1819 es una reforma tributaria estructural ajena a una regulación que reconoce derechos humanos”.

Finalmente, el legislador no incurrió en una omisión legislativa relativa en el artículo 175 de la Ley 1819 de 2016 toda vez que éste, en su libertad de configuración normativa, fijó una tarifa preferencial en IVA del 5% a las compresas y tampones higiénicos “y no un grupo de destinatarios de estos”.

4. Defensoría del Pueblo

Paula Robledo Silva, delegada para Asuntos Constitucionales y Legales de la Defensoría la Defensoría del Pueblo, actuando dentro del marco de competencias de la Defensoría del Pueblo, defiende la inconstitucionalidad de la normativa demandada alegada por los demandantes, por cuanto es una medida discriminatoria, violatoria del derecho fundamental al mínimo vital de las mujeres y niñas. Considera que es una medida regresiva en relación con la materialización de los derechos económicos, sociales y culturales de esta población “y (...) no se corresponde con las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado colombiano en la protección de los derechos de la misma”.

Sustenta esta postura con base en (i) el principio del Estado social de Derecho; (ii) la exigibilidad de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC); (iii) el derecho al mínimo vital; (iv) los principios de equidad, eficiencia y progresividad en materia tributaria.

5. Instituto Colombiano de Derecho Tributario (ICDT)

Mauricio A. Plazas Vega, quien aparece como firmante y Carolina Rozo Gutiérrez, quien

actúa como ponente del escrito, allegaron a esta Corporación el concepto emitido por el Instituto Colombiano de Derecho Tributario (en adelante ICDT) mediante el cual esa entidad, en primer lugar, respalda la constitucionalidad del artículo 175 de la Ley 1819 de 2016; y, en segundo lugar, apoya la pretensión de declarar inconstitucionales los apartes demandados del artículo 185 de la Ley 1819 de 2016, por violar el derecho fundamental al mínimo vital.

El ICDT emitió concepto reiterando los argumentos expuestos dentro de la demanda de inconstitucionalidad del artículo 185 de la Ley 1819 de 2016 en el marco de proceso radicado en el expediente D-12128.

En conclusión, para el ICDT “el artículo 175 de la Ley 1819 de 2016 es CONSTITUCIONAL. Por su parte, los apartes demandados del artículo 185 de la Ley 1819 de 2016, son INCONSTITUCIONALES, por violar el derecho fundamental al mínimo vital”.

6. Universidad Externado

Natalia Moreno y otros, en calidad de delegados de la rectoría de la Universidad Externado de Colombia, a través del Centro de Estudios de Fiscales (CEEF) del Departamento de Derecho Fiscal de la Universidad Externado de Colombia de la misma universidad, emitieron concepto en defensa de algunos de los argumentos presentados por los demandantes contra los artículos 175 y 185 de la Ley 1819 de 2016.

Considera que la partida arancelaria 96.19 compresas y tampones higiénicos, contenida en el artículo 185 de la Ley 1819, la cual fijó la tarifa del 5% del IVA sobre estos productos, es violatoria del artículo 1° de la Constitución Política, imposición que desconoce los derechos constitucionales de dignidad humana y mínimo vital de las mujeres pues no les permite vivir como quieran, sin “humillaciones en caso de no poder adquirir las compresas y tampones higiénicos”.

Aduce que el aparte normativo del artículo 185 demandado, desconoce el derecho a la igualdad (art.13 Superior) y la prohibición constitucional de discriminar a las mujeres (art. 43 Superior), toda vez que son las mujeres las llamadas a adquirir en el mercado compresas y tampones.

Finalmente, concuerdan con los demandantes del presente asunto en lo relacionado con el cargo por omisión legislativa relativa, la cual se presenta al excluir expresamente la partida arancelaria 96.19 compresas y tampones higiénicos del artículo 175 de la Ley 1819 de 2016, cuando debió incluirse. Así mismo, la demanda cumple con los presupuestos exigidos por la Corte en relación con dicho cargo, por lo que éste está llamado a prosperar.

7. Universidad de Santander (UIS)

Javier Alejandro Acevedo Guerrero y Clara Inés Tapias, obrando en calidad de integrantes de Litigio Estratégico de la Universidad Industrial de Santander y en uso de sus derechos ciudadanos consagrados en el artículo 95 numeral 7º de la Constitución Política de Colombia, presentaron escrito, exponiendo que al hacer un análisis de la aptitud de la demanda, encuentran que los cargos presentados por los libelistas son procedentes, en tanto que cumplen con los criterios de claridad, certeza, pertinencia, especificidad, y suficiencia.

Por tanto, encuentran que la Corte es competente para conocer del asunto, en tanto que el objeto de análisis reviste carácter constitucional.

8. Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre de Bogotá.

Jorge Kenneth Burbano Villamarin, actuando como ciudadano y Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre de Bogotá; Jorge Ricardo Palomares García, profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre; Maura Constanza Hernández Santiesteban y Kimberly Guzmán Gómez abogadas egresadas de la Universidad Libre, actuando como ciudadan@s, presentaron intervención con respecto a la demanda de la referencia y en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución Política de 1991.

Consideran que la medida no supera el juicio integrado de igualdad y la aplicación de la medida analizada “excede de manera desproporcional las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales”, toda vez que, vulnera el derecho al mínimo vital afectando condiciones básicas e indispensables para la subsistencia digna de las mujeres.

Así mismo, dicha medida contraviene la prohibición de regresividad en relación con el artículo 43 de la Ley 488 de 1998 donde se incluyeron a las compresas y toallas higiénicas dentro de los bienes que no causarían impuesto a la venta.

Igualmente afirma que “(L)a omisión del legislador de incluir un producto de primera necesidad dentro de las exenciones dispuestas por la ley va en contravía de la realización de la igualdad real y efectiva”. Por lo que concluyen que la medida acusada excede desproporcionadamente límites constitucionales.

9. Confederación Colombiana de Consumidores (CCC)

María Nelly Huertas Ramírez, en calidad de representante legal de la Confederación, allega respuesta en relación con la demanda objeto de estudio, en la cual afirma que dicha institución se abstiene de formular concepto “toda vez que [consideran] que la entidad llamada a responder es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien por las facultades legales de la entidad debe formular las consideraciones correspondientes, a fin de que impugne o defiendan las disposiciones acusadas de la norma”.

10. Comisión Colombiana De Juristas

Gustavo Gallón Giraldo, Juan Carlos Ospina Rendón, María Cielo Linares y Jorge Abril Maldonado, director, coordinador de incidencia nacional, abogada y abogado de la Comisión Colombiana de Juristas, respectivamente, rindieron concepto dentro del examen de constitucionalidad de la referencia, coadyuvando la inconstitucionalidad del aparte demandado, contenido en el artículo 185 de la Ley 1819 de 2016.

Finalmente consideran que no se cumple el test de proporcionalidad en sentido estricto porque, si bien, al analizar el fin perseguido por la reforma tributaria éste se ajusta a la Constitución Política, no sucede lo mismo con el medio elegido por el legislador para la consecución de dicho fin. Por tanto, aducen que el artículo 185 de la Ley 1819 de 2016 debe ser declarado inexecutable parcialmente, en lo referente a la inclusión de las “compresas y tampones higiénicos”.

11. Organización Women’s Link Worldwide

Carmen Martínez López, Cristina Rosero Arteaga e Isabel Martins Barbosa, en calidad de

abogadas y practicante, respectivamente, de la organización internacional de derechos humanos WOMEN'S LINK WORLDWIDE presentaron escrito de intervención dentro del proceso de la referencia en defensa de las pretensiones de la demanda, mediante el cual solicitan a la Corte Constitucional se declare la inexecutable de las disposiciones normativas acusadas, con fundamento en que el impuesto es discriminatorio y afecta el derecho a la salud de las mujeres y niñas. Señalan que las compresas y tampones higiénicos son productos de primera necesidad e insustituibles, por lo que al gravarlos con el IVA se genera un obstáculo de tipo económico para su adquisición, que afecta de manera directa a las niñas y mujeres, de manera que se viola el principio de igualdad y el de equidad tributaria.

12. Consejo Consultivo De Mujeres De Bogotá

Rosalba Castiblanco Plazas, María Luisa Obando y Luz Myriam Palacios Rico, en representación del Consejo Consultivo de Mujeres de Bogotá y en ejercicio del derecho ciudadano a intervenir en la Acción Pública de Inconstitucionalidad de la referencia; presentaron escrito de intervención con el objeto de coadyuvar las pretensiones de la demanda.

13. Mesa Por la Vida y La Salud y Las Mujeres y Fundación Oriéntame

Juliana Martínez Londoño, como firmante del escrito de intervención en nombre de la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres y la Fundación Oriéntame; apoyó los argumentos de la demanda.

14. Intervenciones ciudadanas

Las intervenciones de Angela María Robledo, Alirio Uribe Muñoz y Jorge Enrique Robledo, María E. Botero Sánchez, y un grupo de ciudadanos[1] y ciudadanas[2], en ejercicio del derecho a intervenir en la acción pública de inconstitucionalidad de la referencia, presentaron conceptos mediante los cuales coadyuvaron los argumentos de la demanda y respaldaron la solicitud formulada por las y los accionantes en el sentido de declarar inconstitucional el IVA del 5% con que están gravados toallas y tampones higiénicos y declarar la omisión legislativa relativa respecto del artículo 175 objetado.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

En criterio del Procurador General de la Nación la Corte Constitucional debe estarse a lo resuelto en la sentencia que decida la demanda que cursa bajo el expediente D-12128 y, reitera lo solicitado por el Ministerio Público en la Vista Fiscal dentro de dicho proceso, respecto de declarar exequible el aparte demandado del artículo 185 de la Ley 1819 de 2016 en relación con los cargos de igualdad, equidad, progresividad y representación popular en materia tributaria. En cuanto al artículo 175 de la ley referida, solicita declarar su exequibilidad frente al cargo por omisión legislativa relativa. Finalmente, pide a la Corte que exhorte al Congreso “con el fin de que en próxima oportunidad se plantee la problemática a la que se refiere el presente proceso, y que se estima de especial impacto social”. En esta ocasión reitera los argumentos expuestos en el concepto rendido dentro del proceso con radicado D-12128, en el cual fundamentó sus peticiones.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

1. Competencia de la Corte

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 5o. de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad que se presenta en contra de los artículos 175 y 185 (parcial) de la Ley 1819 de 2016, “por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones”, pues las disposiciones acusadas hacen parte de una Ley de la República.

2. Problemas jurídicos y esquema de resolución

2.1 Los problemas jurídicos que debe resolver la Sala en esta oportunidad, son:

¿Si la partida arancelaria “96.19 compresas y tampones higiénicos” contenida en el artículo 185 (parcial) de la Ley 1819 de 2016, vulnera los artículos 1º, 13, 43, 338 y 363 de la Constitución Política y el Bloque de Constitucionalidad (art.93 superior) respecto de la Convención Sobre Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer “CEDAW”; la

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención de Belém do Pará” ; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales?

Y ¿si respecto del artículo 175 de la misma normativa se configura el fenómeno jurídico de omisión legislativa relativa, debido a la no inclusión de los productos de higiene menstrual de compresas y tampones higiénicos en el listado de los bienes y servicios excluidos del IVA?

2.2 Antes de entrar a pronunciarse de fondo sobre los problemas jurídicos planteados, la Corte debe abordar preliminarmente la cuestión previa de si respecto de la expresión demandada contenida en el artículo 185, se configura el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, en razón a que esta Corporación se pronunció en reciente fallo acerca de la constitucionalidad de este mismo aparte contenido en dicha norma mediante la Sentencia C-117 del catorce (14) de noviembre de 2018.

Para estos efectos la Corte procederá (i) en primer lugar, a referirse brevemente al fenómeno jurídico de la cosa juzgada constitucional. Reiteración de jurisprudencia; (ii) para posteriormente, analizar si en este caso se cumplen los requisitos para la configuración de cosa juzgada constitucional respecto de la partida demandada del artículo 185 de la Ley 1819 de 2016.

Enseguida la Corte deberá abordar el estudio de la aptitud sustantiva del cargo por omisión legislativa relativa, para lo cual (iii) expondrá los requisitos para la existencia de un cargo por omisión legislativa relativa; y (iv) en consecuencia determinar si la demanda cumple con esta especial carga argumentativa.

3. Cosa Juzgada Constitucional. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 241 Superior confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución a la Corte Constitucional, y el artículo 243 Superior determina que “[L]os fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”. De esta manera, la cosa juzgada constitucional es una institución jurídica procesal que tiene su fundamento expreso en estos mandatos constitucionales, mediante los cuales se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia de constitucionalidad carácter de inmutables,

vinculantes y definitivas[3]. En coherencia con lo anterior, los artículos 48 de la Ley 270 de 1996 y 21 del Decreto 2067 de 1991, reconocen expresamente dichos efectos con el fin de brindar seguridad jurídica y garantizar la efectiva aplicación del principio de igualdad, lo cual brinda consistencia a las decisiones de esta Corporación.

La cosa juzgada constitucional tiene como efecto, de un lado, la prohibición de que las autoridades puedan reproducir o aplicar el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo; y de otro lado, implica una restricción frente a la propia actividad de la Corte, ya que si este Tribunal se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de una disposición jurídica, pierde prima facie la competencia para pronunciarse nuevamente sobre el mismo tópico, en armonía con lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 2067 de 1991.

De este modo, la cosa juzgada tiene un efecto importante –como una autolimitación dirigida a los jueces constitucionales–, que impide que los falladores se pronuncien nuevamente sobre lo ya decidido o resuelto en providencias constitucionales anteriores[4], o que se inicie un nuevo debate constitucional respecto de normas que ya han sido sometidas a decisiones constitucionales definitivas[5], con el objeto de promover la estabilidad de las sentencias judiciales y la seguridad jurídica[6].

Por tanto, este Tribunal ha establecido que en relación con las sentencias de constitucionalidad rige el principio general de la cosa juzgada constitucional absoluta, el cual impide que el juez se pronuncie de nuevo sobre lo que ya ha sido juzgado por esta Corporación en providencias constitucionales anteriores. Este principio cobra mayor relevancia cuando se trata de decisiones de inexecutableidad, por cuanto en estos casos las normas analizadas y encontradas contrarias a la Carta Política son expulsadas del ordenamiento jurídico. De esta manera, la figura de la cosa juzgada constitucional se orienta a garantizar la estabilidad de las sentencias judiciales, la certeza[7] respecto de sus efectos, y la seguridad jurídica[8].

No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha aceptado que en el caso de las declaraciones de inexecutableidad parcial o declaratorias de executableidad, puede presentarse el fenómeno de la cosa juzgada relativa, cuando el pronunciamiento se limita a uno o más cargos de inconstitucionalidad determinados, y por consiguiente, permite la presentación de

nuevas demandas contra la misma disposición, por otros cargos fundados en nuevos motivos o razones.

En este marco, la Corte Constitucional puede fijar los efectos de sus propios fallos[9], cuenta con la atribución de delimitar el alcance de la cosa juzgada constitucional en sus providencias, con el propósito de promover no solo el acceso efectivo de los ciudadanos a la administración de justicia (art. 229 C.P.) y la interposición de las acciones públicas en defensa de la Constitución (art. 40-6 C.P.), sino con el fin de asegurar la certeza jurídica[10] y lograr decisiones concretas y definitivas sobre aspectos que ofrecen dudas en materia constitucional[11].

En este orden de ideas, esta Corporación ha diferenciado ampliamente entre las modalidades de cosa juzgada absoluta[12], relativa[13], formal y material[14] y, aparente. Por consiguiente, le concierne al juez constitucional efectuar un análisis minucioso respecto de la norma acusada con el fin de poder establecer si sobre ella recae el fenómeno jurídico de la cosa juzgada constitucional, y si tal efecto es absoluto o relativo.

En cuanto a las excepciones al alcance de la cosa juzgada constitucional esta Corporación ha concluido que dichas excepciones se presentan cuando se trata de cosa juzgada relativa implícita[15], cosa juzgada aparente[16] y la doctrina de la Constitución viviente[17].

Para efectos de adelantar el análisis abstracto de constitucionalidad y determinar la configuración de la cosa juzgada constitucional, se debe tener en consideración (i) si se trata del mismo texto normativo demandado; (ii) si se trata de los mismos cargos de inconstitucionalidad; y (iii) si el contexto o marco constitucional, a partir del cual se adelanta el análisis, no ha variado.

En síntesis, las reglas que ha fijado esta Corte en relación con la configuración de la cosa juzgada constitucional son que: (i) el principio general es que las sentencias de la Corte hacen tránsito a cosa juzgada constitucional absoluta; (ii) las declaraciones de inexequibilidad siempre hacen tránsito a cosa juzgada constitucional absoluta, por cuanto en estos casos las normas acusadas, analizadas y encontradas inexequibles por este Tribunal son expulsadas del ordenamiento jurídico, y por tanto, respecto de ellas no puede volver a entablarse ningún tipo de discusión o debate sobre su constitucionalidad; (iii) que no obstante lo anterior, en casos de inexequibilidad parcial o de exequibilidad, puede

configurarse el fenómeno de la cosa juzgada constitucional relativa, en cuanto el pronunciamiento de la Corte respecto de un precepto normativo se haya restringido al análisis de ciertos cargos, dejando abierta la posibilidad a nuevas demandas del mismo enunciado normativo pero por cargos disímiles a los ya analizados; y (iv) que en este último escenario, el juez constitucional debe determinar si se trata de la misma norma acusada, de los mismos cargos enervados y del mismo referente normativo superior, para establecer la existencia de cosa juzgada constitucional.

4. Configuración de cosa juzgada constitucional respecto de la partida demandada contenida en el artículo 185 de la Ley 1819 de 2016

La Corte mediante la reciente Sentencia C-117 del catorce (14) de noviembre de 2018, se pronunció sobre una demanda de inconstitucionalidad en contra de la partida arancelaria “Declarar INEXEQUIBLE 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”.

La Sala advierte que se cumplen los requisitos para la configuración de cosa juzgada constitucional respecto del artículo 185 acusado, puesto que (i) en dicha demanda se objetó la misma norma de la partida arancelaria “96.19 compresas y tampones higiénicos” contenida en esa disposición de la Ley 1819 de 2016; (ii) se presentaron los mismos cargos de inconstitucionalidad por vulneración de la Constitución Política, en razón de la violación de la igualdad, equidad y progresividad en materia tributaria; (iii) se declaró la inexequibilidad de la disposición demandada, cuyo efecto es la expulsión de dicha disposición del ordenamiento jurídico, y (iv) el contexto o marco constitucional, a partir del cual se debe adelantar el análisis, no ha variado.

En la Sentencia C-117 de 2018 en contra de la expresión demandada del artículo 185 de la Ley 1819 de 2016 los cargos enervados prosperaron, en razón a que esta Corporación advirtió (i) la discriminación histórica de la mujer; (ii) que las compresas y tampones higiénicos de uso femenino constituyen bienes de primera necesidad insustituibles y exclusivamente utilizados por las mujeres y niñas, razón por la cual el impuesto indirecto aplicado implica una vulneración de la igualdad y equidad en materia tributaria; (iii) la

mínima deliberación pública sobre el impacto de esta medida respecto del sistema y el mínimo vital de las mujeres y niñas, especialmente de aquellas de escasos recursos económicos o vulnerables, en respeto de la igualdad real y efectiva; (iv) la inexistencia de políticas públicas que compensen la afectación al mínimo vital de las mujeres y niñas de escasos recursos; (v) el impacto de la medida para la vida digna, la higiene menstrual, la salud, y los derechos fundamentales de las mujeres en todos los ámbitos de su vida privada y pública; (vi) el que en las actuales circunstancias de avance tecnológico no existen otros productos menos costosos por los cuales se puedan sustituir estos bienes, de manera que resultan la única opción para las mujeres y niñas; (vii) la afectación desproporcionada de este impuesto indirecto sobre las mujeres, debido a las barreras históricas para su desarrollo económico y capacidad adquisitiva, especialmente para aquellas de escasos recursos; y adicionalmente (viii) que debía necesariamente realizarse una integración normativa de la disposición demandada con el artículo 188 de la misma Ley 1819 de 2006 que fija las exenciones del impuesto al valor agregado, por tratarse de una norma intrínseca y deontológicamente vinculada al precepto demandado, y con el fin de que la decisión de la Corte no fuera inocua o no produjera un efecto contrario o indeseado al declarar la inconstitucionalidad del artículo 185 acusado y, no se entendiera entonces que se le debía aplicar a estos bienes la tarifa plena, de manera que debía incluirse las compresas y tampones higiénicos en las exenciones al impuesto al valor agregado, contemplados en el artículo 188 de la Ley 1819 de 2016.

Con base en lo anterior, la Sala Plena concluyó que la imposición del impuesto indirecto del IVA a las toallas higiénicas y tampones no tiene justificación constitucional razonable y por el contrario constituye una afectación desproporcionada a la igualdad y equidad tributaria frente a las mujeres, de manera que la partida demandada del artículo 185 efectivamente resulta inconstitucional.

En consecuencia, es evidente para la Sala que en el presente caso se configura plenamente el fenómeno de cosa juzgada constitucional, en relación con el aparte demandado del artículo 185 de la Ley 1819 de 2016, ya que mediante la Sentencia C-117 de 2018 esta Corporación decidió declarar INEXEQUIBLE la partida “96.19 compresas y tampones higiénicos” del artículo 185 de la Ley 1819 de 2016, que es la misma norma que ahora se demanda nuevamente, por los mismos cargos, e igualmente se conserva el referente normativo superior para adelantar el análisis constitucional. De esta manera, no cabe otra

opción para la Corte que declarar estarse a lo resuelto en dicho pronunciamiento.

5. La omisión legislativa relativa

La jurisprudencia constitucional ha identificado que la omisión legislativa relativa se configura en aquellos casos en que el Legislador “al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella (...) y puede ocurrir de varias maneras: (i) cuando expide una ley que si bien desarrolla un deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos sectores y perjudica a otros; (ii) cuando adopta un precepto que corresponde a una obligación constitucional, pero excluye expresa o tácitamente a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás; y (iii) cuando al regular una institución omite una condición o un elemento esencial exigido por la Constitución”[18].

Igualmente, ha establecido los siguientes requisitos para establecer si es procedente el control constitucional de una norma por omisión legislativa relativa: “(a) la existencia de una norma respecto de la cual se pueda predicar necesariamente el cargo por inconstitucionalidad; (b) la exclusión de las consecuencias jurídicas de la norma de aquellos casos o situaciones análogas a las reguladas por la norma, que por ser asimilables, debían de estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o la omisión en el precepto demandado de un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (c) la inexistencia de un principio de razón suficiente que justifica la exclusión de los casos, situaciones, condiciones o ingredientes que debían estar regulados por el precepto en cuestión; (d) la generación de una desigualdad negativa para los casos o situaciones excluidas de la regulación legal acusada, frente a los casos y situaciones que se encuentran regulados por la norma y amparados por las consecuencias de la misma, y en consecuencia la vulneración del principio de igualdad, en razón a la falta de justificación y objetividad del trato desigual; y (e) la existencia de un deber específico y concreto de orden constitucional impuesto al legislador para regular una materia frente a sujetos y situaciones determinadas, y por consiguiente la configuración de un incumplimiento, de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador”[19]. Adicionalmente ha señalado que también se deben tener en cuenta (2) dos exigencias más: “vi) si la supuesta omisión emerge a primera vista de la norma propuesta, o (vii) si se está más bien, ante normas completas, coherentes y

suficientes, que regulan situaciones distintas”[20].

6. Ineptitud sustantiva de la demanda por el cargo de omisión legislativa relativa.

El libelo presentado acusa la inconstitucionalidad del artículo 175 de la Ley 1819 de 2016 por omisión legislativa relativa mencionando solamente como argumento la no inclusión de los productos de higiene menstrual en el listado de los bienes y servicios excluidos del IVA.

La Sala constata que respecto de este cargo las demandantes no cumplieron con los requisitos para la configuración de un verdadero cargo por omisión legislativa relativa, el cual tiene una carga argumentativa especial, como se expuso en el acápite anterior, ya que (i) si bien identificaron la existencia de una norma respecto de la cual se puede predicar la omisión del legislador; no hicieron mención alguna respecto de los demás requisitos para fundamentar el cargo. De esta manera, (ii) no mostraron la exclusión de las consecuencias jurídicas de la norma de aquellos casos o situaciones análogas a las reguladas por la norma, que por ser asimilables, debían de estar contenidos en el texto normativo cuestionado; (iii) no argumentaron la inexistencia de un principio de razón suficiente que justifique la exclusión de los casos, situaciones, condiciones o ingredientes que debían estar regulados por el precepto en cuestión; (iv) no demostraron la vulneración del principio de igualdad, debido a la generación de una desigualdad negativa para los casos o situaciones excluidas de la regulación legal acusada, frente a los casos y situaciones que se encuentran regulados por la norma y amparados por las consecuencias de la misma, en razón a la falta de justificación y objetividad del trato desigual; (v) no constataron la existencia de un deber específico y concreto de orden constitucional impuesto al legislador para regular una materia frente a sujetos y situaciones determinadas, y por consiguiente la configuración de un incumplimiento, de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador[21].

Por consiguiente, la Corte concluye que respecto del cargo por omisión legislativa relativa contra el artículo 175 de la Ley 1819 de 2006, no existe aptitud sustantiva de la demanda, en razón a que analizada la especial carga argumentativa que exige la fundamentación de esta objeción constitucional, el libelo presentado no cumplió con los requisitos que le permitieran a este Tribunal adelantar el juicio constitucional por omisión legislativa relativa,

razón por la cual la Sala encuentra necesario declararse inhibida para pronunciarse de fondo por este cargo.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-117 del 14 de noviembre de 2018, mediante la cual se decidió “Declarar INEXEQUIBLE 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”.

SEGUNDO. Declararse INHIBIDA para pronunciarse de fondo respecto del cargo por omisión legislativa relativa en contra del artículo 175 de la Ley 1819 de 2016.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Presidente

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Si bien la presentación de los escritos se realizó de manera individual, cada escrito contenía una copia del mismo comunicado, por lo que aquí se presenta de manera unificada el contenido de la intervención de las y los ciudadanos: Ana Carolina Bucheli Olmos, Angie Carolina Sánchez Narváez, Liliana Castañeda Morales, Laura Sofía Cubillos Camacho, Natal Alejandra Garzón, Ruth Amanda Cruz, Miguel Ángel Barriga Talero, Lizeth Johanna Molina Bohórquez, Evelin Jurany Riaño Sierra, Néstor José Otálora, Diego Mauricio Pérez Bejarano, Margarita Rosa Ferro Rodríguez, Rocío Navarro Prada y Adriana Rocío Cadena Cancino.

[2] Natalia Moreno Salamanca, Rosalba Castiblanco, Luz María Correal, Clara Viviana Plazas, Luz América Díaz y Ana Julieta Barbosa.

[3] Corte Constitucional, Sentencia C-028 de 2006.

[4] Corte Constitucional, Sentencia C-073 de 2014.

[5] Corte Constitucional, Sentencias C-337 de 2007 y C-287 de 2014.

[6] Corte Constitucional, Sentencia C-478 de 1998.

[7] Ver Sentencia C-153 de 2002.

[8] Consultar las Sentencias C-774 de 2001 y C-337 de 2007, entre otras.

[9] Corte Constitucional, Sentencia C-113 de 1993.

[10] Corte Constitucional, Sentencia C-153 de 2002.

[11] Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992.

[12] La Corte ha explicado que existe cosa juzgada absoluta, “cuando el pronunciamiento de constitucionalidad de una disposición, a través del control abstracto, no se encuentra limitado por la propia sentencia, es decir, se entiende que la norma es exequible o inexecutable en su totalidad y frente a todo el texto Constitucional”.

[13] Por su parte, la cosa juzgada relativa se presenta “cuando el juez constitucional limita en forma expresa los efectos de la decisión, dejando abierta la posibilidad para que en un futuro se formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad contra la norma que ha sido objeto de examen, distintos a los que la Corte ya ha analizado”.

[14] La cosa juzgada formal opera cuando existe una decisión previa de este Tribunal, que ha analizado la constitucionalidad de la misma disposición que se somete nuevamente a estudio; mientras que la cosa juzgada material, por el contrario, opera cuando a pesar de que existen dos disposiciones diferentes en su sentido formal y una de ellas ya ha sido objeto de control de constitucionalidad, ambas poseen el mismo contenido normativo (Sentencia C-166 de 2014). Al respecto consultar también la Sentencia C-774 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[15] Para esta Corporación la cosa juzgada relativa implícita sucede cuando la Corte haya declarado la exequibilidad de una disposición legal solamente desde el punto de vista formal, caso en el cual la cosa juzgada operará en relación con este aspecto quedando abierta la posibilidad para presentar y considerar nuevas demandas de inconstitucionalidad

por su contenido material; o bien puede acaecer que la Corte al declarar la exequibilidad de una norma haya limitado su decisión a un aspecto constitucional en particular o a su confrontación con determinados preceptos de la Carta Política, situación en la cual la cosa juzgada opera solamente en relación con lo analizado y decidido en la respectiva sentencia.

Corte Constitucional, Sentencias C-153 de 2002, C-237A de 2004 y C-798 de 2003.

[16] En relación con la cosa juzgada aparente, esta Corporación ha dicho que se presenta “si pese al silencio que se observa en la parte resolutive de la sentencia, existen en su parte motiva referencias suficientes para concluir que, en realidad, la Corte limitó su análisis únicamente a los cargos que le fueron planteados en la demanda, o a la confrontación de la norma acusada con el contenido de unos determinados preceptos constitucionales. Sentencias C-260 de 2011 y C-931 de 2008. En el mismo sentido pueden verse las Sentencias C-397 de 1995, C-700 de 1999, C-1062 de 2000 y C-415 de 2002, entre otras.

[17] Por su parte, la doctrina de la Constitución viviente consiste en “una posibilidad, en todo caso excepcionalísima, de someter nuevamente a análisis de constitucionalidad disposiciones sobre las cuales existe un pronunciamiento de exequibilidad, en la que dicha opción concurre cuando en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible, a la luz de la Constitución, –que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades–, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma”. Sentencia C-774 de 2001 (citada en la sentencia C-029 de 2009).

[18] Corte Constitucional, Sentencia C-351 de 2013 y Sentencia C-005 de 2017.

[19] Corte Constitucional, Sentencia C-259 de 2011. Sobre este tema pueden consultarse entre numerosas sentencias, las siguientes: C-192 de 2006, C-045 de 2006, C-833 de 2006, C-061 de 2005, C-800 del 2005, C-809 de 2002, C-185 de 2002, entre otras.

[20] Corte Constitucional, Sentencia C- 833 de 2013. Ver además las Sentencias: C-371 de 2004, C-800 de 2005, C-100 de 2011, C-584 de 2015, Sentencia C-005 de 2017.

[21] Corte Constitucional, Sentencia C-005 de 2017.