

TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-061/24

LIBERTAD DE EXPRESION, DE OPINION Y DE INFORMACION FRENTE A LOS DERECHOS A LA HONRA Y AL BUEN NOMBRE EN REDES SOCIALES-Caso en que se solicita eliminación de video de la plataforma YouTube

(...) las expresiones objeto de tutela realizadas en las redes sociales por (el accionado) son un discurso discriminatorio y de odio contra la población LGBTIQ+ y, en especial, contra la población transgénero y homosexual, que integra un grupo históricamente discriminado y de especial protección constitucional.

PRINCIPIO DE IGUALDAD Y PROHIBICION DE INTERMEDIARIOS DE INTERNET-No son responsables por el contenido que publican sus usuarios

Si bien las plataformas digitales como intermediarias de Internet no son responsables del contenido que publiquen los usuarios masivamente, sí deben garantizar un mecanismo real, serio y oportuno que proteja a sujetos históricamente discriminados. (...) incluso YouTube reconoce contar con un mecanismo para analizar y controlar expresiones prohibidas. Si bien los intermediarios de Internet no realizan censura previa, cuando se les informe mediante una denuncia o queja sobre un discurso discriminatorio deben investigar y controlar ese contenido si concluyen que efectivamente es un discurso de ese tipo, como evidentemente lo era en este caso.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-Imposibilidad de retrotraer los efectos del contenido (discurso de odio) divulgado en la plataforma de entretenimiento audiovisual

(...), el daño a los derechos fundamentales de la población LGBTIQ+ y, en particular, a la población transgénero de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, la orientación sexual, la identidad de género, la vida digna y la no discriminación -discurso de odio-, se prolongó en el tiempo por la inactividad de la plataforma de remover su contenido, a pesar de que: (i) recibió una denuncia sobre el particular; y (ii) la publicación violaba los lineamientos de la comunidad sobre incitaba al odio a la violencia.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-No impide a la Corte Constitucional pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales y futuras violaciones

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE LIBERTAD DE EXPRESION EN REDES SOCIALES-Reglas de procedencia

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD FRENTE AL BUEN NOMBRE Y HONRA EN INTERNET Y REDES SOCIALES-Parámetros para determinar relevancia constitucional

(...) para verificar la relevancia constitucional ... se debe analizar caso a caso quién comunica, respecto de quién se comunica y cómo se comunica (contenido del mensaje, medio o canal de difusión, impacto respecto de ambas partes).

DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESION-Contenido y límites

LIBERTAD DE EXPRESION STRICTO SENSU-Discursos expresamente prohibidos

(i) la propaganda a favor de la guerra; (ii) la incitación al terrorismo; (iii) la apología del odio nacional, racial, religioso o de otro tipo de odio que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad, la violencia contra cualquier persona o grupo de personas por cualquier motivo (modo de expresión que cubija las categorías conocidas comúnmente como discurso del odio, discurso discriminatorio, apología del delito y apología de la violencia); (iv) la pornografía infantil; y (v) la incitación directa y pública a cometer genocidio.

DISCURSOS DE ODIO-Concepto

LIBERTAD DE EXPRESION EN INTERNET Y REDES SOCIALES-Límites a partir de la eventual afectación de derechos de terceros

USUARIOS DE NUEVAS TECNOLOGIA-Identificables o anónimos

INTERMEDIARIOS DE INTERNET-Si una autoridad judicial encuentra que un contenido atenta contra los derechos fundamentales de una persona, puede ordenar su remoción directamente a los intermediarios

PRINCIPIO DE IGUALDAD Y PROHIBICION DE DISCRIMINACION EN RAZON DE IDENTIDAD DE

GENERO Y ORIENTACION SEXUAL-Reiteración de jurisprudencia

La Corte ha sido clara y enfática en proscribir cualquier tipo de conductas que generen una desigualdad por razón de orientación sexual o identidad de género, pues no existe título jurídico que permita discriminar por la orientación sexual diversa. Las decisiones que toman los ciudadanos con respecto a su reconocimiento en la identidad y orientación sexual hacen parte del núcleo esencial de su dignidad, libertad y autonomía.

ACTOS DISCRIMINATORIOS-Concepto/CRITERIOS SOSPECHOSOS-Definición

ORIENTACION SEXUAL E IDENTIDAD DE GENERO COMO CRITERIOS SOSPECHOSOS DE DISCRIMINACION-Jurisprudencia constitucional

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD DE GENERO-Alcance y contenido

(...) el derecho a la identidad de género es aquel que le asiste a toda persona de (i) construir y desarrollar su vivencia de género, de manera autónoma, privada y libre de injerencias y (ii) reivindicar para sí la categoría identitaria que mejor represente su manera de concebir la expresión de tal identidad.

PERSONA TRANSGENERO-Noción/PERSONAS TRANSGENERO-Sujetos de especial protección constitucional

DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO, IGUALDAD Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

Cuando los funcionarios judiciales observen hechos o circunstancias que vulneren o pongan en peligro esos derechos fundamentales de la población transgénero y no binaria, deben advertirlo y ordenar las medidas que correspondan para proteger sus derechos, incluyendo medidas afirmativas que materialicen la igualdad y la dignidad de esa población respecto de la sociedad mayoritaria.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

-Sala Segunda de Revisión-

SENTENCIA T-061 de 2024

Referencia: Expediente T-9.614.824

Procedencia: Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué

Asunto: Carencia actual de objeto por daño consumado. Derechos de la población LGBTIQ+. Discriminación de la población transgénero en redes sociales

Magistrado ponente:

Juan Carlos Cortés González

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Diana Fajardo Rivera y los magistrados Vladimir Fernández Andrade y Juan Carlos Cortés González, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de primera instancia, proferido el 24 de abril de 2023 por el Juzgado Noveno Penal Municipal con Función de Conocimiento de Ibagué, que declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por José Francisco Montufar Rodríguez en contra de Luis Villa “Westcol” y del fallo de segunda instancia, proferido el 8 de junio de 2023 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué, que confirmó la primera decisión.

I. I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones

1. 1. José Francisco Montufar Rodríguez manifestó que tuvo conocimiento de “[...] varios videos ofensivos [...]” publicados por Luis Villa “Westcol” (en adelante Luis Villa o el accionado) en [YouTube]. Según el escrito de tutela, el señor Villa formuló varias expresiones en redes sociales en contra de la población LGBTIQ+ y las personas transgénero, tales como:

“[...] [l]o enciendo a balín y le hago otros 17 huecos, lo fulmino a balazos [...]. Ahora si me hijo me salga trans (sic), ya muy diferente, cual sería mi reacción, obviamente mi reacción va ser apoyarlo, apoyarlo contra una pared, meterle un palo por el culo pa que vea que eso no es bueno [...]”.

2. El señor Montufar Rodríguez manifestó que es integrante y activista de la comunidad LGBTIQ+. Por lo anterior, le preocupa que un “influencer” en redes sociales “normalice el homicidio con dolo, la discriminación, la violencia sexual [contra esa comunidad], sin ningún tipo de restricción [...]”.

3. También expresó que las cuentas del accionado en las plataformas en las que se alojan las publicaciones siguen abiertas y le sorprende que la Fiscalía General de la Nación no esté investigando lo sucedido, pues son hechos de público conocimiento, dado que se trata de videos publicados directamente por Luis Villa en sus redes sociales e incluso divulgados por algunos medios masivos de comunicación.

4. Por otro lado, el accionante argumentó que si bien el señor Luis Villa se disculpó públicamente [en la plataforma digital Instagram], ello no lo exime “de consecuencias legales”. Sostuvo que el derecho a la libertad de expresión no es absoluto, toda vez que no cobija manifestaciones que inciten al odio respecto de una comunidad.

5. Por lo anterior, el accionante solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la vida. Como consecuencia de lo anterior, pidió que se ordene al accionado “cerrar sus redes sociales por comportamiento inapropiado, por vulnerar los derechos constitucionales de la comunidad LGBTIQ+, por incitar al odio y a la discriminación” y que se le impongan “las sanciones necesarias”.

Trámite procesal

6. Admisión de la tutela. El 10 de abril de 2023, José Francisco Montufar Rodríguez radicó el escrito de tutela que fue repartido al Juzgado Noveno Penal Municipal con Función de Conocimiento. El mismo día, el despacho admitió la acción de tutela y ofició a Luis Villa “Westcol” para que, en el término de 2 días hábiles a partir de la notificación de la providencia, remitiera informe sobre los hechos que motivaron la acción de tutela. No obstante, el accionado guardó silencio.

Decisiones judiciales objeto de revisión

7. Fallo de primera instancia. El 24 de abril de 2023, el Juzgado Noveno Penal Municipal con Función de Conocimiento de Ibagué declaró improcedente el amparo por incumplimiento del requisito de subsidiariedad. El despacho consideró que no se superaron los requisitos de procedibilidad establecidos en la Sentencia SU-420 de 2019. En concreto, señaló que el accionante no solicitó el retiro o enmienda de la publicación al accionado, no elevó una reclamación ante la plataforma donde se encuentra alojada y no se argumentó por qué el asunto tiene relevancia constitucional. Finalmente, la juez consideró que el accionante no expuso argumentos que permitieran establecer la eventual ocurrencia de un perjuicio irremediable. De esa manera, señaló la autoridad de primera instancia que el asunto no superó el requisito general de subsidiariedad, por lo que el accionante debía acudir ante la jurisdicción ordinaria, en su especialidad civil, para reclamar una indemnización o presentar una denuncia ante la Fiscalía General de la Nación.

8. Impugnación. El señor Montufar Rodríguez impugnó la decisión de primera instancia. Argumentó que la acción de tutela es procedente y que no es necesario elevar un derecho de petición ante el accionado para proteger los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la vida, pues la conducta del accionado vulnera no solo al accionante sino a la sociedad y al país en general. También manifestó que reclamó ante YouTube por la publicación y anexó prueba de dicha reclamación con el escrito inicial de tutela.

9. Fallo de segunda instancia. El 8 de junio de 2023, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué confirmó la decisión de primera instancia. Consideró que no se cumplió el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, pues el accionante debió agotar los recursos ordinarios dispuestos por la ley. Reiteró, como el juez de primera instancia, que la acción de tutela no cumplió los requisitos de procedibilidad establecidos en la Sentencia SU-420 de 2019.

Actuaciones en sede de revisión

10. Selección del expediente. El 26 de septiembre de 2023, la Sala de Selección de Tutelas Número Nueve seleccionó el expediente T-9.614.824, con fundamento en los criterios objetivos de asunto novedoso, exigencia de aclarar el contenido y alcance de un derecho

fundamental y en el criterio subjetivo de necesidad de materializar un enfoque diferencial. El expediente fue repartido el mismo día a esta sala de revisión. El 10 de octubre siguiente, la Secretaría General de la Corte Constitucional remitió el expediente al despacho del magistrado sustanciador, para lo de su competencia.

11. Vinculación procesal y decreto oficioso de pruebas. El 26 de octubre de 2023, el magistrado sustanciador consideró necesario vincular a Google LLC (YouTube), Amazon INC. (Twitch), Meta Platforms, Inc. (Instagram), pues se trata de plataformas en las que se albergaron y difundieron las publicaciones objeto de la acción de tutela. Por ello, el despacho estimó indispensable garantizar los derechos al debido proceso y a la defensa como terceros con interés. En consecuencia, se procedió oficiar a esas sociedades, a las partes de la acción de tutela y a distintas organizaciones civiles para conocer (i) las condiciones y el contexto en el que el accionado hizo las afirmaciones; (ii) las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos que dieron lugar a la interposición de la acción; (iii) los lineamientos y reglas propias de las plataformas en casos en los que los usuarios alegan actos de discriminación o discursos de odio e incitación a la violencia; y (iv) la postura de la población LGBTIQ+ sobre los hechos que presuntamente afectan los derechos invocados como violados en la acción de tutela.

12. Respuesta del accionante. El 7 de noviembre de 2023, José Francisco Montufar Rodríguez remitió respuesta a la Secretaría General. El accionante señaló que: (i) sí comunicó directamente al accionado su inconformidad respecto del video publicado en YouTube, por los mismos medios virtuales que este utiliza para divulgar su contenido; (ii) el 28 de marzo de 2023 tuvo conocimiento de las expresiones realizadas por Luis Villa; (iii) radicó, en la misma fecha, una queja en la plataforma digital Instagram, en la que se encuentra divulgada la disculpa pública por el accionado; y el 2 de abril siguiente radicó una denuncia ante YouTube y señaló que ambas plataformas recibieron la queja y la denuncia; (iv) hasta la fecha, “Westcol” y las plataformas de redes sociales no han respondido a esas denuncias. Por último, (v) informó que no ha presentado demandas civiles ni denuncias penales en contra de Luis Villa.

14. Respuesta de la Fundación Sergio Urrego. La Fundación Sergio Urrego informó que: (i) el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto y existen 5 discursos prohibidos que lesionan intensamente los derechos humanos: la incitación a cometer genocidio,

discursos de odio (particularmente discriminatorios), la propaganda a favor de la guerra, la apología al delito y la pornografía infantil, de conformidad con la Sentencia T-203 de 2022; (ii) las expresiones de “Westcol” constituyen un patrón de odio que incrementa los prejuicios para todas las personas LGBTIQ+, referencias que no fueron examinadas por los jueces de instancia; (iii) “Westcol” tiene gran cantidad de seguidores, incluidos niños, niñas y adolescentes (NNA), lo que genera la perpetuación de prejuicios homofóbicos en generaciones venideras y estigmatiza a NNA LGBTIQ+. En ese sentido, manifestó que es necesario ejercer un control sobre el material audiovisual que se difundió en redes sociales, pues esa cuenta puede tener un alto impacto en la cultura social, teniendo en consideración la supremacía constitucional del interés de los derechos de los NNA. Adicionalmente, manifestó que (iv) en el ámbito de las redes sociales los siguientes son actos discriminatorios, de odio y/o violencia contra la población LGBTIQ+: el acoso laboral o “mobbing”, la incitación a la discriminación, la suplantación de identidad, el outing y/o fingir interés afectivo. Este tipo de actos contra la población transgénero produce mayor vulnerabilidad en estas personas. (v) Finalmente, argumentó que de conformidad con la Sentencia T-478 de 2015, se sugiere que el accionado realice un acto público de disculpas a la población LGBTIQ+, en el que se retracte de sus declaraciones y reconozca que tuvieron un carácter violento contra dicha población. Además, sugirió que los “influencers” requieren apoyo psicosocial y jornadas de formación con el propósito de fomentar la no discriminación en el contenido que difunden.

15. Respuesta de Colombia Diversa. La organización no gubernamental Colombia Diversa remitió documento en el que (i) hizo referencia a los patrones generales de discriminación en contra de las personas LGBTIQ+ en Colombia. Resaltó que los discursos discriminatorios o de odio fomentan la criminalidad contra las personas LGBTIQ+, que experimentan un contexto de violencia por prejuicios y discriminación estructural. (ii) También manifestó que existen patrones específicos de discriminación contra las personas transgénero en Colombia, pues esta población es la mayormente vulnerada, por ejemplo, como víctimas de “violencia policial”. Por otro lado, afirmó que (iii) la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha optado por la protección de víctimas indeterminadas y ha ordenado la reparación de aquellas con medidas de reparación simbólica, de reparación social y con garantías de no repetición. Por lo anterior, sostuvo que las declaraciones de “Westcol” no afectaron únicamente al accionante, sino a la población LGBTIQ+ en general, motivo por el cual se trata de víctimas indeterminadas que requieren protección y reparación. (iv) Las expresiones objeto de la

acción de tutela son una clara manifestación de odio y discriminación que se enmarca en un contexto de conflicto interno, dentro de un “continuum” de violencias contra la población LGBTIQ+. Por último, sostuvo que (v) el Estado colombiano tiene el deber de reparar adecuadamente todo daño producido por violación de un derecho, como lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 63.1. de la Convención Americana. Bajo ese argumento, sugiere que la Corte ordene medidas de satisfacción utilizando las mismas redes sociales como herramienta. Algunas de las medidas propuestas son las siguientes: (a) ordenar la publicación y difusión de la sentencia a través de las redes sociales del influencer y creador de contenido Westcol; (b) ordenar la realización de una publicación en cada una de sus redes sociales en la que informe a su audiencia el impacto negativo que tiene la publicación de discursos discriminatorios en la vida de las personas contra las que se dirigen; y (c) la petición de disculpas públicas a través de sus redes sociales, bajo el firme compromiso de no proferir discursos de odio contra la población LGBTIQ+. También sugirió algunas medidas de reparación y de transformación.

16. El 21 de noviembre de 2023, la secretaría informó que no se recibió respuesta de las sociedades extranjeras Meta Platforms, Inc. (Instagram), Amazon Inc. (Twitch), ni de las ONG Corporación Caribe Afirmativo, Dejusticia, Liga de Salud Trans y Red Comunitaria Trans. Igualmente, informó que Luis Villa, en su calidad de accionado, guardó silencio y no remitió respuesta alguna.

17. Fundación Karisma. Al día siguiente, la Fundación Karisma solicitó copias del expediente ante esta corporación. Igualmente solicitó participar en el trámite de tutela como ONG dedicada a la investigación y promoción de los derechos humanos, en particular en el ámbito de redes sociales y medios tecnológicos.

18. El 1º de diciembre de 2023, el magistrado sustanciador aprobó el acceso parcial al expediente solicitado por la fundación Karisma. A la fecha, la fundación no ha remitido documento adicional al respecto.

19. Respuesta de Meta Platforms, Inc. El 5 de diciembre de 2023, Meta Platforms, Inc. remitió respuesta al auto de pruebas mediante apoderado judicial. Esa sociedad manifestó que (i) el 28 de noviembre del año en curso fue notificada del auto de pruebas; (ii) carece de legitimidad en la causa, pues la tutela hace referencia a un video cargado en la plataforma

digital YouTube y no de Meta Platforms Inc., es decir, el accionante no presenta objeción respecto de ningún contenido publicado en alguna plataforma de esta última sociedad. (iii) La acción de tutela es improcedente porque no supera el requisito de subsidiariedad y porque se configuró el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado. Respecto a la subsidiariedad, la sociedad argumentó que el accionante no demostró la falta de eficacia de las acciones civiles y penales en el caso o la configuración de un perjuicio irremediable, así como tampoco prueba de que el accionante haya reportado a esa plataforma el contenido digital atacado. Sobre el fenómeno de carencia actual de objeto por hecho superado, explicó que el video que el accionado subió en YouTube no se encuentra disponible en esa plataforma digital, por lo tanto el hecho que dio lugar la acción de tutela desapareció. (iv) Por otro lado, sostuvo que las pretensiones del amparo son una forma de censura previa porque se busca suspender todas las redes sociales del accionado y ello resulta desproporcionado. (v) Respecto a si recibió alguna queja o denuncia por parte del accionante respecto del video objeto de la acción de tutela, la plataforma respondió que “el contenido que dio lugar a esta acción de tutela fue publicado en YouTube y no en una plataforma operada por Meta. Como tal, Meta no tiene registros que sean relevantes a los hechos en disputa en este caso”. Por ende, Meta Platforms, Inc. solicitó declarar la carencia actual de objeto por hecho superado, que la acción de tutela se rechace por improcedente; subsidiariamente, solicitó negar todas las pretensiones del accionante y que se desvincule esa sociedad del trámite de tutela.

20. Respuesta de Corporación Caribe Afirmativo. El 7 de diciembre de 2023, el representante legal de la Corporación Caribe Afirmativo remitió respuesta al auto de pruebas y sostuvo que: (i) según la Corte Constitucional, la orientación sexual constituye una categoría sospechosa de discriminación, razón por la cual todo tratamiento diferencial fundado en ese criterio se presume discriminatorio a menos que pueda justificarse con la aplicación de un test estricto de proporcionalidad; (ii) la población LGBTIQ+ constituye un grupo históricamente marginado por el Estado, la sociedad y la familia, es por ello que esta población permanece segregada e invisibilizada; (iii) la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la orientación sexual de las personas es una categoría protegida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que ninguna actuación del Estado o de particulares puede disminuir o restringir ese derecho; (iv) los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en las sociedades; (v) en Colombia, para el año 2022, se reportaron 1.314 víctimas de actos de discriminación y

411 víctimas de hostigamientos. Sobre los discursos y expresiones en redes sociales sostuvo que (vi) la difusión y proliferación de mensajes de odio y de violencias con altas cargas de prejuicios producen una reducción de la empatía respecto de los colectivos “deshumanizados, históricamente excluidos y segregados”.

21. Sobre el caso concreto indicó que Luis Villa es un “influenciador” en redes sociales, quien cuenta en Instagram con 1.8 millones de seguidores; en X con 482.200; en Kick con 319.918, en TikTok con 114.000 y en Twitch con 1.4 millones, en esta última plataforma se identifica como el “streamer” No. 1. La publicación de las expresiones objeto de tutela se visualizó por miles de espectadores, lo que revictimizó a las personas LGBTIQ+. Por otro lado, citó jurisprudencia constitucional sobre los discursos de odio en redes sociales y resaltó que la Corte ha reconocido a las personas transgénero como sujetos de especial protección constitucional, de conformidad con la Sentencia SU-067 de 2023. Igualmente, mencionó los Principios de Yogyakarta, los cuales abordan parámetros para establecer el ámbito de protección de las personas trans en los escenarios de cotidianidad. Por último, sugirió la generación de un contexto ejemplarizante que simbólicamente reproche las expresiones violentas dirigidas hacia las personas LGBTIQ+.

22. El 5 de diciembre de 2023, como consecuencia de la manifestación del apoderado de Meta Platforms, Inc. (§-19), la Sala verificó que el video que motivó la acción de tutela fue eliminado por esa plataforma. Lo anterior “debido a que infringe la política de YouTube sobre incitación al odio o a la violencia”. De igual forma, la Sala verificó que el video tampoco se encuentra cargado en Facebook, Instagram o Twitch.

23. No obstante, la Sala debe precisar que, el 15 de octubre de 2023, antes de que se eliminara el video se pudo constatar que el mismo estaba cargado en la cuenta secundaria de Luis Villa en YouTube. En el video publicado inicialmente en esa plataforma, que correspondía a la grabación de una transmisión en vivo en Twitch, se observó que el accionado se refirió a la posibilidad de que en el futuro, su hijo llevara a la casa a un hombre y lo presentara como su pareja y expresó lo siguiente: “[...] [l]o enciendo a balín y le hago otros 17 huecos, lo fulmino a balazos [...]”. Luego, se pronunció sobre la posibilidad de que ese hijo fuera transgénero y manifestó que: “[...] ahora si me hijo me salga trans (sic), ya muy diferente, cual sería mi reacción, obviamente mi reacción, va ser apoyarlo, apoyarlo contra una pared, meterle un palo por el culo pa que vea que eso no es bueno[...]” (§-1).

También la Sala constató que el video fue publicado el 17 de septiembre de 2022 y que, hasta el 15 de octubre de 2023, tuvo 42.941 visualizaciones y 89 comentarios.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

24. La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias de primera y segunda instancia proferidas en el proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cuestión previa: carencia actual de objeto en el presente caso. Reiteración de jurisprudencia

25. En primer lugar, la Sala debe analizar como cuestión previa la configuración de la carencia actual de objeto, tal y como lo propuso el apoderado de Meta Platforms, Inc. (§-19) y como consecuencia de que está probado que el video no se encuentra en la plataforma digital YouTube (§-22). Por lo tanto, se reiterará la jurisprudencia sobre los supuestos en los cuales se configura la carencia actual de objeto y, luego, se determinará si se configura en el presente caso.

26. Carencia actual de objeto. Este tribunal ha sostenido que, en ocasiones, las circunstancias que motivaron la solicitud de amparo cambian. Esa situación hace que la tutela pierda su razón de ser como mecanismo inmediato de protección, por cuanto el juez no puede proferir una orden tendiente a salvaguardar los derechos fundamentales invocados. Para referirse a estos casos, la doctrina constitucional ha empleado el concepto de carencia actual de objeto.

27. Los tipos de carencia actual de objeto. En la Sentencia SU-522 de 2019, la Sala hizo un balance sobre la jurisprudencia en la materia y recordó que, inicialmente, la Corte contemplaba dos categorías de carencia actual de objeto: el hecho superado y el daño consumado. La primera tiene lugar cuando la entidad accionada satisface voluntariamente y por completo lo pedido en la acción de tutela. Por su parte, la segunda ocurre cuando “la afectación que con la tutela se pretendía evitar” termina perfeccionada. Sin embargo, la Corte resaltó que existe una tercera categoría de carencia actual de objeto empleada por la

Sala Plena y por distintas Salas de Revisión. Se trata del hecho o circunstancia sobreviniente. Esa modalidad comprende aquellos eventos que no corresponden a los conceptos tradicionales de hecho superado y daño consumado, como por ejemplo cuando: “(i) el actor mismo es quien asume la carga que no le correspondía para superar la situación vulneradora; (ii) un tercero –distinto al accionante y a la entidad demandada- ha logrado que la pretensión de la tutela se satisfaga en lo fundamental; (iii) es imposible proferir alguna orden por razones que no son atribuibles a la entidad demandada; o (iv) el actor simplemente pierde interés en el objeto original de la litis”.

28. Sobre el daño consumado. La carencia actual de objeto por daño consumado ocurre cuando se ha perfeccionado la afectación que con la tutela se pretendía evitar, de forma que, ante la imposibilidad de hacer cesar la vulneración o impedir que se concrete el peligro, no es factible que el juez de tutela emita una orden para retrotraer la situación. El daño consumado tiene un entonces un efecto simbólico, dado que “lleva la situación a un límite extremo en que el restablecimiento del derecho es imposible”. El daño causado debe ser irreversible, pues respecto a los daños que son susceptibles de ser interrumpidos, retrotraídos o mitigados por una orden judicial, no es dable declarar la carencia de objeto.

29. Por otro lado, la Corte ha señalado que, pese a la declaratoria de la carencia actual de objeto, el juez puede emitir un pronunciamiento de fondo o tomar medidas adicionales. Este tipo de decisiones son perentorias cuando existe un daño consumado y son optativas cuando acontece un hecho superado o la configuración de un hecho sobreviniente, pues mediante la declaratoria de daño consumado se impone la necesidad de pronunciarse de fondo “por la proyección que puede presentarse a futuro y la posibilidad de establecer correctivos”.

30. En estos casos, la Corte ha justificado el pronunciamiento de fondo a pesar de la carencia actual de objeto en la necesidad de tomar medidas adicionales tales como: (i) advertir a la autoridad o particular responsable para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la presentación de la tutela; (ii) informar al accionante o a sus familiares sobre las acciones jurídicas a las que puede acudir para la reparación del daño; (iii) compulsar copias del expediente a las autoridades competentes; o (iv) proteger la dimensión objetiva de los derechos fundamentales trasgredidos y tomar medidas para que los hechos vulneradores no se repitan en el futuro.

31. Carencia actual de objeto por daño consumado en el presente caso. La Sala considera que en el presente asunto se configuró la carencia actual de objeto por daño consumado. En efecto, en el marco de las actuaciones en sede de revisión, la Sala vinculó a Google LLC para asegurar su derecho al debido proceso y porque se trata de un tercero con interés (§-42).

32. La Sala constató que YouTube eliminó de la plataforma el video de Luis Villa que contenía las expresiones que motivaron la presentación de la acción de tutela, “debido a que infringe la política de YouTube sobre incitación al odio o a la violencia” (§-22). Es decir, el hecho que se alegaba como vulnerador dejó de existir a causa de la intervención de una de las plataformas digitales vinculadas en el trámite de revisión (Google LLC). Si bien el accionante pretende que se cierren todas las redes sociales de Luis Villa, también se extrae del escrito de tutela que esa pretensión busca eliminar el video del “influencer” de sus redes sociales. De ahí que, la posible orden de eliminar el video de las redes sociales sería inane y no tendría efecto alguno, como consecuencia de la actuación de YouTube.

33. Ahora bien, en el trámite del proceso quedó probado que el video estuvo publicado entre el 17 de septiembre de 2022 y el 15 de octubre de 2023, aproximadamente (§-23). Así las cosas, la publicación duró más de un año cargada en YouTube. El daño causado a los derechos fundamentales tiene como causa eficiente -origen- un discurso de odio pronunciado por el accionado en dicha plataforma. Asimismo, el daño a los derechos fundamentales de la población LGBTIQ+ y, en particular, a la población transgénero de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, la orientación sexual, la identidad de género, la vida digna y la no discriminación -discurso de odio-, se prolongó en el tiempo por la inactividad de la plataforma de remover su contenido, a pesar de que: (i) recibió una denuncia sobre el particular (§-12); y (ii) la publicación violaba los lineamientos de la comunidad sobre incitaba al odio a la violencia (§-22). Además, la prolongación del daño a los derechos fundamentales tuvo como causa que el accionado no eliminó el video que previamente cargó.

34. De lo anterior se concluye que, el paso del tiempo y lo violento del discurso consumaron un daño a los derechos que no es posible de revertir, no solo porque actualmente el video ya no está disponible -pues como se advirtió YouTube eliminó la pieza visual tras ser vinculada por la Corte al proceso- sino porque no existe un remedio constitucional que pueda retrotraer los efectos causados por el discurso y su divulgación. En consecuencia, la Sala no puede proferir ordenes encaminadas a retrotraer los efectos causados por el discurso y su

divulgación. Así las cosas, operó el fenómeno de la carencia actual de objeto por daño consumado, razón por la cual así lo declarará la parte resolutive de esta providencia.

35. No obstante, y como se advirtió, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que cuando ocurre el fenómeno de carencia actual de objeto por daño consumado el pronunciamiento es imperativo (§-28). En este caso está justificado en tres razones. En primer lugar, resulta imperativo realizar un pronunciamiento sobre la violación de los derechos de esta población por conductas como la censurada y evaluar las medidas necesarias para proteger la dimensión objetiva de los derechos invocados como violados. En segundo lugar, el caso es relevante porque se refiere al análisis de los límites al del derecho fundamental a la libertad de expresión en el contexto de redes sociales y, en concreto, se refiere a la configuración de un discurso de odio emitido por personas, como los denominados “influencers”, que tienen una importante cantidad de seguidores. En segundo lugar, el asunto tiene relación con los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la identidad de género en tanto derechos de la población LGBTIQ+ y, en particular, de la población transgénero, históricamente discriminada y vulnerable.

36. Igualmente, esta corporación ha reconocido que los derechos fundamentales tienen una dimensión tanto subjetiva como objetiva. La primera se refiere a “la protección de estos derechos en casos particulares”. Por otro lado, la dimensión objetiva hace referencia a “las normas jurídicas que consagran derechos en abstracto, las cuales sirven como criterios reguladores de la actividad del Estado y como fines últimos que explican y dan sentido a toda la organización del poder público”. En el presente caso, la Sala considera necesario un pronunciamiento para proteger la dimensión objetiva de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la orientación sexual, a la identidad de género, la vida digna y la no discriminación, en particular cuando estos se encuentran amenazados por la configuración de un posible discurso de odio, no amparado por la libertad de expresión y, en consecuencia, discriminatorio. Lo anterior porque, la publicación atacada vulneró dichos derechos, pues estuvo publicada por más de un año en redes sociales.

Análisis de procedencia de la acción de tutela

37. Para emitir dicho pronunciamiento, la Sala encuentra necesario verificar si, en el presente caso, se cumplen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela. Solo en el

evento de que ello sea así, corresponderá plantear el problema jurídico y exponer el esquema para resolverlo.

38. Legitimación por activa. El artículo 86 de la Constitución establece que cualquier persona que considere que la actuación u omisión de una autoridad o, en ciertos casos, de un particular, amenaza o vulnera sus derechos fundamentales puede interponer acción de tutela “por sí misma o por quien actúe en su nombre”. En desarrollo de lo anterior, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 define los titulares de la acción. En concreto, consagra que podrá ser interpuesta: (i) directamente por el interesado; (ii) por intermedio de un representante legal, por ejemplo, cuando se trata de menores de edad y de personas jurídicas; (iii) mediante apoderado judicial; (iv) por medio de un agente oficioso; o (v) a través de la Defensoría del Pueblo o del personero municipal. De ese modo, los titulares de los derechos comprometidos son quienes tienen legitimación por activa para reclamar la protección del juez de tutela directa o indirectamente.

39. En el caso sub examine se cumple el requisito de legitimación en la causa por activa porque José Francisco Montufar Rodríguez es el titular de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la vida, presuntamente trasgredidos por las expresiones realizadas por Luis Villa en sus redes sociales. Igualmente, las expresiones objeto de la acción de tutela se refieren a la población LGBTIQ+, de la cual el actor hace parte y es activista, de acuerdo con la manifestación que hizo en la acción de tutela y la cual no fue controvertida en el proceso.

40. Legitimación por pasiva. La legitimación por pasiva se refiere a la aptitud legal que tiene una persona para responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental invocado como violado. Según el artículo 86 de la Constitución y los artículos 1° y 5° del Decreto 2591 de 1991, por regla general, dicha aptitud se predica de las autoridades públicas. Solo en ciertos eventos la acción de tutela puede dirigirse contra los particulares, de conformidad con el artículo 42 del mismo decreto. La acción de tutela es entonces procedente excepcionalmente en contra de particulares si: “(i) estos están encargados de la prestación de un servicio público; (ii) su conducta afecta grave y directamente el interés colectivo; o (iii) el accionante se encuentra en una situación o estado de indefensión respecto de este”.

41. La Corte ha reconocido que la indefensión se puede configurar en casos de publicaciones

en redes sociales que vulneren derechos fundamentales. La jurisprudencia ha identificado dos escenarios de indefensión: el primero, “desde la perspectiva de la plataforma por medio de la cual se publica el mensaje y [el segundo] desde la perspectiva del emisor de la publicación que utiliza las redes sociales para divulgar su mensaje”. Para determinar la legitimidad por pasiva de los intermediarios de internet se debe analizar: “(i) las posibilidades que tiene el accionante para reclamar frente a las plataformas, (ii) si las plataformas intervinieron directamente en el contenido compartido o (iii) si se están negando al cumplimiento de una orden judicial”.

42. Por otro lado, para analizar la legitimidad por pasiva del emisor de la publicación en redes sociales se debe tener en cuenta que “la divulgación de información por redes sociales produce un amplio impacto social y esto también configura un estado de indefensión”. Ese estado de indefensión se relaciona, a su vez, con las repercusiones en el ámbito privado que puede ocasionar la difusión masiva de contenidos y su potencial influencia en las creencias y opiniones de las personas. El emisor controla la forma y el tiempo de la publicación, por ese motivo la persona que se considere afectada no tiene forma de evitar que la publicación deje de ser divulgada y, en consecuencia, está en estado de indefensión.

43. Sobre la legitimación en la causa por pasiva, Luis Villa “Westcol” es la persona que publicó en sus redes sociales las expresiones que presuntamente vulneran los derechos fundamentales señalados por el accionante y que se califican como un discurso de odio que materializa una discriminación. De esa forma, el accionado fue el emisor de la publicación atacada, lo que lo ubica en una posición de superioridad respecto del accionante, pues controla el contenido publicado en sus redes sociales como YouTube (§-4 y 12). De esta forma, el actor se encuentra en estado de indefensión, en la medida en que le es imposible detener la divulgación masiva de la información contenida en el video porque no controla las redes sociales del accionado. Por lo anterior, Luis Villa está legitimado en la causa por pasiva.

44. Google LLC y Meta Platforms, Inc. y Amazon Inc. El despacho vinculó a Google LLC (YouTube), Amazon INC. (Twitch) y Meta Platforms, Inc. (Instagram) para garantizar su derecho al debido proceso (§-11), pues la publicación objeto de la acción se alojó y se compartió en estas plataformas, por ese motivo se trata de terceros con interés. Ahora bien, el accionante en su escrito de tutela hace referencia directa a un video publicado en la plataforma YouTube. Este video es el resultado de una grabación de una transmisión en vivo

realizada por el accionado en la plataforma Twitch, tal y como lo constató la Sala antes de que el video fuera eliminado (§-23). Igualmente, el accionante mencionó una publicación en Instagram de Luis Villa, en la cual manifiesta unas disculpas por las expresiones realizadas en el video objeto de la acción de tutela (§-4).

45. Google LLC está legitimada en la causa por pasiva, pues: (i) YouTube es la plataforma digital de Google LLC en la que estaba alojada la publicación objeto de la acción; (ii) está probado que el accionante radicó una denuncia ante YouTube (§-12). Por otro lado, como se indicó, durante el trámite de revisión de este expediente, YouTube eliminó el video (§-22) denunciado por el accionante, razón por la cual realizó una intervención directa respecto de su contenido. Ahora bien, no existe prueba de que la eliminación del material objeto de la acción de tutela fuese consecuencia de la reclamación que el accionante elevó. Se evidencia que el accionante se encuentra en una situación de indefensión respecto de la plataforma digital, pues, al menos prima facie, esta no garantizó el estudio y control oportuno del contenido del video objeto de la acción de tutela y que fue puesto en su conocimiento.

46. Amazon Inc. (Twitch) y Meta Platforms, Inc. no están legitimadas en la causa por pasiva. Si bien estas sociedades fueron vinculadas para garantizar su derecho a la defensa y debido proceso, la Sala observa que no están legitimadas en la causa por pasiva. Por un lado, el accionante no elevó solicitud de retiro de la publicación a la plataforma Twitch. Tampoco se observa que esa plataforma haya intervenido en el contenido publicado en dicha red por el accionado. Aunque, como se afirmó, el video objeto de la acción de tutela se transmitió por esta plataforma, la Sala observa que el video no se encuentra cargado en la misma (§-23). Por otro lado, si bien el accionante elevó una queja ante la plataforma Instagram y en esta se encuentra publicado el video de disculpas de Luis Villa (§- 1 y 12), la Sala concluye que en la plataforma Instagram no se encuentra alojado el video objeto de reproche ni en otra red social del dominio de la citada compañía, por lo que no se acredita un vínculo directo o indirecto entre el video atacado y Meta Platforms, Inc.

47. Inmediatez. La jurisprudencia constitucional ha resaltado que, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela no tiene término de caducidad. Sin embargo, la Corte también ha sido consistente al señalar que la misma debe presentarse en un término razonable y proporcionado, a partir de los hechos que generaron la presunta vulneración de los derechos fundamentales.

48. La Sentencia SU-108 de 2018 unificó las reglas para determinar el cumplimiento del requisito de inmediatez, para lo cual se debe analizar si la acción de tutela se adecúa a las siguientes situaciones: (i) “[que] existan razones válidas para la inactividad, entre éstas la ocurrencia de un hecho completamente nuevo y sorpresivo que hubiere cambiado drásticamente las circunstancias previas, y que la interposición de la acción se haya realizado dentro de un tiempo razonable contado a partir de la ocurrencia del hecho nuevo; (ii) la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del accionante continúa y es actual, o (iii) la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable resulta desproporcionada, por la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante”.

49. La presente acción de tutela satisface el requisito de inmediatez por dos razones. Primero, porque, aunque el video se publicó en YouTube el 17 de septiembre de 2022 (§-23), el accionante tuvo conocimiento del mismo hasta el 28 de marzo de 2023 (§-12). Esta afirmación del accionante no fue controvertida por ninguna de las partes o por los terceros vinculados, por ende se tiene como un hecho probado. Luego de ello, el actor se comunicó directamente con el accionado (§-12). El 28 de marzo interpuso la respectiva queja ante YouTube y el 2 de abril siguiente presentó una denuncia ante Instagram (§-12). Por su parte, interpuso la acción de tutela el 10 de abril de 2023, esto es, aproximadamente 15 días después desde que tuvo conocimiento del video. Por lo anterior, la Sala constata que la acción se interpuso en un tiempo razonable y proporcional, pues la jurisprudencia reconoce que el término oportuno se puede contabilizar desde el momento en que el accionante o afectado tiene conocimiento del hecho vulnerador y no desde el momento en el que ocurre. Segundo, porque para el momento en el que el accionante interpuso la tutela el hecho vulnerador existía, pues según el escrito de tutela y como lo pudo verificar la Sala en su momento (§-23), el video censurado estaba publicado en la plataforma YouTube.

50. Subsidiariedad. El Decreto 2591 de 1991 establece expresamente que solo procede la tutela cuando “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”. Entonces, la procedencia de la acción está condicionada por el denominado requisito de subsidiariedad. Bajo esa perspectiva, la tutela no puede desplazar los recursos judiciales ordinarios o extraordinarios de defensa, a menos que exista un perjuicio irremediable. De allí que, en términos generales, “la tutela no es un medio adicional o complementario [de protección]”. La inobservancia de este presupuesto es causal de improcedencia del amparo. Por tanto,

ante la existencia de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz, la consecuencia directa es que el juez constitucional no puede entrar al fondo del asunto planteado.

51. Requisitos especiales para evaluar la subsidiariedad de casos como el presente. Cuando la acción de tutela va dirigida contra un particular a causa de una publicación en redes sociales se deben observar ciertos requisitos especiales, de acuerdo con la Sentencia SU-420 de 2019. Tales requisitos son los siguientes: (i) el accionante debió previamente presentar una solicitud de retiro o enmienda ante el particular que hizo la publicación; (ii) realizar una reclamación ante la plataforma donde se encuentra alojada la publicación, siempre y cuando en las reglas de la comunidad se habilite la posibilidad de reclamo; y (iii) que el asunto tenga relevancia constitucional.

52. De acuerdo a lo anterior, se concluye que el caso concreto cumple el requisito de subsidiariedad por las siguientes razones: (i) el accionante manifestó que comunicó directamente al accionado su inconformidad respecto de las expresiones del video atacado (§-12). Como el accionado guardó silencio (§-16) y no contradijo esta afirmación se tiene por cierta, de conformidad con el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991. (ii) El accionante radicó una queja y una denuncia en Instagram y YouTube, respectivamente, y está probado que dichas plataformas las recibieron (§-12).

53. Por otro lado, (iii) para verificar la relevancia constitucional del asunto, la misma sentencia establece los siguientes criterios: se debe analizar caso a caso quién comunica, respecto de quién se comunica y cómo se comunica (contenido del mensaje, medio o canal de difusión, impacto respecto de ambas partes).

54. Esto supone analizar “quién comunica,” es decir, si se trata de un perfil anónimo o un perfil identificable. En el presente caso, la página es perfectamente identificable, pues se trata del portal personal del accionado en la plataforma YouTube. Por otra parte, se debe analizar el rol que la persona cumple en la sociedad, esto es, si se trata de un particular, una persona jurídica o un periodista. En el presente caso se trata de una persona que ejerce la actividad de “influencer”, esto es, persona que produce contenido en redes sociales con una cantidad considerable de seguidores.

55. Asimismo, la relevancia constitucional está relacionada con determinar “respecto de quién se comunica.” Sobre este aspecto, la jurisprudencia ha sostenido que los particulares,

tanto personas naturales como jurídicas, tienen una esfera de protección más amplia respecto de los derechos a la intimidad, buen nombre, honra e imagen, que los servidores públicos. En este caso, la presunta vulneración de los derechos fundamentales se alegó por un particular, esto es, José Francisco Montufar Rodríguez, razón por la cual la esfera de protección es amplia. El mensaje contenido en el video presuntamente ataca a la población LGBTIQ+ y, en especial, a la población transgénero. Según el accionante, es un video violento contra esa población a la cual pertenece. Esas expresiones fueron divulgadas en la plataforma YouTube.

56. Por último, la Corte ha señalado que la relevancia del asunto también se mide en función del mensaje, esto es, “cómo se comunica,” por lo tanto se debe evaluar el impacto y el grado de difusión de la publicación. Está acreditado que Luis Villa es un “influencer” o creador de contenido digital con una cuenta en Twitch con 1.4 millones de seguidores; dos cuentas de YouTube, una principal con 530.000 suscriptores y una segunda con 164.000 suscriptores. También tiene una cuenta en Instagram con 1.7 millones de seguidores. Para el 15 de octubre de 2023, cuando el video seguía cargado y publicado en la cuenta secundaria de YouTube del accionado, el video tuvo 42.941 visualizaciones y 89 comentarios y estuvo publicado por más de un año en esa plataforma (§-23).

57. Así pues, el asunto es relevante constitucionalmente por la magnitud del mensaje, el medio masivo y el impacto que tuvo la publicación contra la comunidad.

58. Falta de idoneidad y eficacia de los recursos ordinarios. Finalmente, en lo que tiene que ver con la idoneidad y la eficacia de las acciones penales y civiles, la jurisprudencia tiene reglas constantes y reiteradas. Respecto de la acción penal, la Corte ha determinado que, “la competencia penal se limita, como debe ser, a la valoración de las actuaciones individuales de los posibles infractores del tipo penal, su antijuridicidad y su culpabilidad, mientras que la tutela, según el caso, puede pronunciarse de manera genérica sobre problemas de discriminación estructural e institucional, de los que no puede dar cuenta el proceso penal en mención”. En ese sentido, el tipo penal al cual podría adecuarse la conducta desplegada por Luis Villa es el de hostigamiento, contemplado en el artículo 134B del Código Penal, adicionado por el artículo 4° de la Ley 1482 de 2011 modificado por el artículo 3° de la Ley 1752 de 2015.

59. La Sala considera que la persecución penal y una eventual condena del accionante no son medios idóneos y eficaces para resolver las pretensiones planteadas por el actor, en específico, para eliminar las publicaciones o redes sociales del accionado. Lo anterior, por tres razones. Primero, porque la eliminación del contenido de redes sociales no es competencia del juez penal. Segundo, porque el proceso penal no tiene como propósito determinar si un contenido digital vulneró los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, a la vida y a la no discriminación y si constituye un discurso de odio. Así, el proceso penal no tiene la entidad para resolver la dimensión constitucional del problema, pues se limita a determinar los elementos objetivos y subjetivos de la configuración de un tipo penal. Tercero, porque la Corte ha sostenido que el ejercicio de la acción de tutela no excluye la acción penal, pues “(i) aunque la afectación exista y sea antijurídica, se puede configurar algún presupuesto objetivo o subjetivo que excluya la responsabilidad penal, lo cual conduciría a la imposibilidad de brindar cabal protección a los derechos del perjudicado; (ii) la víctima no pretenda un castigo penal[...] y (iii) la pronta respuesta de la acción de tutela impediría que los efectos de [un eventual hostigamiento] sigan expandiéndose y prologándose en el tiempo como acontecimientos reales y fidedignos”.

60. En relación con lo anterior, la Sala observa que si bien la conducta analizada, prima facie, podría adecuarse al delito de hostigamiento, un delito no querellable, se considera que no es obligatorio ni pertinente en este caso compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación para el conocimiento de los hechos endilgados en la acción de tutela. Lo anterior porque como se expuso anteriormente, la acción penal resulta inidónea e ineficaz para la protección de los derechos fundamentales vulnerados y para la satisfacción de las pretensiones concretas planteadas por el accionante.

61. En ese sentido se reitera que el derecho penal y en este caso, el sistema penal acusatorio debe ser activado como última ratio, en especial cuando se debaten límites a la libertad de expresión; así lo ha reconocido la jurisprudencia de la corporación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “[...]sobre la protección debida de la libertad de expresión, la razonable conciliación de las exigencias de tutela de aquel derecho, por una parte, y de la honra por la otra, y el principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática, el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido. [...] [No se] estima

contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales”. En definitiva, se concluye que la presente acción de tutela es idónea y eficaz para la valoración de los hechos expuestos respetando el principio de la intervención del derecho penal como última ratio, y por ende no resulta necesario la compulsa de copias ante el ente de investigación penal.

62. Por otro lado, la acción civil se ejerce por medio de una demanda de responsabilidad extracontractual y tiene como presupuesto la existencia de un daño cierto y objetivo del cual se derivan los perjuicios. Si bien la Sala de Casación Civil, Agraria y Rural de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el daño a los derechos fundamentales es autónomo, el régimen de responsabilidad aplicable por la configuración de un discurso de odio discriminatorio, como límite a la libertad de expresión, no está suficientemente decantado. En efecto, en la jurisprudencia reciente, dicha Sala de Casación ha sostenido que “[u]n punto de partida sobre el que podría edificarse un régimen de responsabilidad civil por culpa probada, en razón al principio general que gobierna la obligación de reparar toda conducta que infiera daño a otro (art. 2341 C.C.), tendría lugar en plataformas como redes sociales y blogs, en tanto que la veracidad de las informaciones allí publicadas, hoy en día, es justiciable en sede constitucional”.

63. En el presente caso, la pretensión de la acción de tutela es que se amparen los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, a la vida y a la no discriminación y, en consecuencia, que el juez ordene el cierre de las redes sociales del accionado, así como imponer las sanciones necesarias (§-5). En este marco, la Sala considera que los medios ordinarios de defensa no son idóneos y tampoco eficaces, porque la pretensión principal de la acción de tutela, aunque puede ser compatible con la acción penal, no es la de imponer una sanción de esta naturaleza al accionado, así como tampoco tiene como propósito la reparación de los perjuicios derivados del daño derivado de un discurso de odio. Para la Sala, la pretensión, esto es, el cierre de las redes sociales del accionante, con las precisiones del caso (§-86-88), es compatible con la función que la jurisprudencia constitucional ha reconocido a la acción de tutela en estos casos, puesto que “(...) la

procedencia de esta acción se justifica en el propósito de evitar que los efectos de una eventual difamación sigan expandiéndose y prologándose en el tiempo como acontecimientos reales y fidedignos”.

64. Por las mismas razones, los medios ordinarios en el presente asunto tampoco resultan eficaces, pues el tiempo que toma el trámite de las acciones civiles y penales es evidentemente mayor al que se requiere para la decisión en el marco de la acción de tutela. En todo caso, la Sala reitera que la acción de tutela es el mecanismo más amplio y comprehensivo para la protección del libre desarrollo de la personalidad, la igualdad y la vida, en tanto derechos fundamentales.

65. En estos términos, la Sala constata que en el presente caso se cumple el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela.

Problema jurídico

66. De manera preliminar, la Sala estima pertinente precisar que en el caso concreto, el accionante invocó como violados los derechos a la vida, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad (§-5). El accionante también sostuvo que los discursos de odio no están amparados por la libertad de expresión (§-4). La controversia entonces se originó por una manifestación del accionado que el actor considera discriminatoria y que, en consecuencia, desconoce los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, la igualdad y la vida. Se trata entonces de una controversia que tiene como base unas expresiones manifestadas por Luis Villa, de ese modo es importante abordar el derecho a la libertad de expresión y sus límites como núcleo de la controversia. De otra parte, y aunque no existe prueba de vulneración al derecho a la vida, la Sala entiende que se trata de una amenaza derivada de un discurso que para el accionante es discriminatorio y que incita a la violencia.

67. Conforme al escrito de tutela y sus anexos, y considerando las respuestas al auto de pruebas del accionante, Google LLC, Meta Platforms, Inc. y de las organizaciones no gubernamentales participantes en el trámite de revisión de la tutela, la Sala considera que el problema jurídico que se debe resolver para pronunciamiento en el presente caso es el siguiente:

¿Las expresiones publicadas el 17 de septiembre de 2022 por Luis Villa “Westcol” en el video

“¿Y SI MI HIJO SALE TRANS?” en la plataforma YouTube vulneraron los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y no discriminación de Francisco Montufar Rodríguez y de la población LGBTIQ+, en particular, de la población transgénero y amenazaron su derecho fundamental a la vida?

68. Para dar respuesta a este problema jurídico la Sala: (i) reiterará las reglas jurisprudenciales en materia de libertad expresión y sus límites; (ii) reiterará los derechos de la población LGBTIQ+ y el derecho a la no discriminación; (iii) reiterará su jurisprudencia sobre la población transgénero como sujeto de especial protección constitucional; y (iv) analizará el caso concreto.

La libertad de expresión y sus límites. Reiteración de jurisprudencia

69. El artículo 20 superior define el derecho a libertad de expresión en los siguientes términos: “[s]e garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura”.

70. Respecto de este derecho, la jurisprudencia constitucional ha identificado dos dimensiones de la libertad de expresión, en sentido genérico y en sentido estricto. La primera consiste en el derecho general a comunicar cualquier tipo de contenido a otras personas, que incluye también las libertades de opinión, información y prensa. La segunda dimensión es el derecho individual de cada persona, a expresarse y difundir el pensamiento, información e ideas sin limitación, por el medio que considere apropiado. Si bien este derecho es fundamental y amplio, no es ilimitado, pues tanto el derecho internacional de derechos humanos como la jurisprudencia constitucional han identificado cuáles son los límites para su ejercicio, pues su uso indiscriminado puede vulnerar los derechos fundamentales de otras personas, especialmente frente a los derechos a la honra, el buen nombre, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la no discriminación, entre otros.

71. En relación con lo anterior, la Sentencia SU-420 de 2019 reconoció que, de conformidad con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, existen unos límites infranqueables en el ejercicio de la libertad de expresión. Está prohibido: (i) la propaganda a favor de la guerra;

(ii) la incitación al terrorismo; (iii) la apología del odio nacional, racial, religioso o de otro tipo de odio que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad, la violencia contra cualquier persona o grupo de personas por cualquier motivo (modo de expresión que cobija las categorías conocidas comúnmente como discurso del odio, discurso discriminatorio, apología del delito y apología de la violencia); (iv) la pornografía infantil; y (v) la incitación directa y pública a cometer genocidio. Estos discursos tienen desvirtuada la presunción de cobertura constitucional.

72. Por otro lado, y sobre uno de los discursos prohibidos, la Sentencia SU-355 de 2019 definió el discurso de odio de la siguiente manera: “se trata de un mensaje oral, escrito o simbólico que excede la simple emisión de una palabra u opinión, el cual es dirigido contra personas o grupos que han sido sistemáticamente discriminados y que es capaz de producir un daño. Por tal razón, la acusación o señalamiento de propiciar discursos de odio no es una cuestión baladí, en realidad, en el momento en que se califica un mensaje como discurso de odio, se entiende que tal contenido discursivo tiene la potencialidad de causar daño a una persona o grupo poblacional específico; al tiempo que cuenta con la capacidad de propiciar resultados violentos que, a su vez, atentan contra la dignidad e integridad de tales individuos o colectividades”.

73. Ahora bien, respecto del contexto digital actual, la libertad de expresión en redes sociales o en el Internet tiene los mismos límites que en otros medios de comunicación, por lo tanto, las publicaciones que desborden esos límites, establecidos por las normas de derechos humanos integradas al bloque de constitucionalidad y reconocidos por la jurisprudencia constitucional, son formas que exceden ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión. Por consiguiente, “[c]uando se identifica una comunicación con intención dañina, desproporcionada o insultante, no va a depender de la valoración subjetiva que de la manifestación realice el afectado, sino de un análisis objetivo y neutral que de la misma se haga y que arroje como resultado la vulneración del núcleo esencial de los derechos al buen nombre y a la honra. En consecuencia, lo publicado en redes sociales está amparado por la libertad de expresión, pero también está sujeto a los límites precitados, por ese motivo algunas publicaciones no se encuentran bajo la protección señalada en el artículo 20 de la Carta, ni por los instrumentos internacionales que la consagran”. Es decir, el ejercicio de la libertad de expresión no puede afectar otros derechos fundamentales como el buen nombre, la honra, el libre desarrollo de la personalidad, la orientación sexual, la identidad de género o

la vida digna; así como tampoco ampara discursos que promuevan el odio o la discriminación.

74. A modo de precisión se señala que en el ámbito de las redes sociales interactúan los llamados intermediarios en Internet y los usuarios de las plataformas digitales. Por una parte, los usuarios pueden ser anónimos o identificables mediante el uso de perfiles. “Los perfiles identificables son usados por personas que tienen un amplio reconocimiento social (políticos, actores, cantantes, deportistas, entre otros), normalmente certificados por las propias plataformas, y aquellos propios de las personas que no cuentan con estas especiales características. Por su parte, el anonimato es un elemento esencial del derecho a la libertad de expresión. Es así como la posibilidad de difundir contenidos de manera anónima implica que la protección debe hacerse extensiva a las tecnologías que posibilitan esa acción, como la encriptación. La garantía de escoger la forma en la que un individuo se expresa incluye el uso de las herramientas que implementan ese derecho”.

75. Por otra parte, los intermediarios en Internet son en la mayoría privados que de una u otra forma determinan y posibilitan las interacciones en línea. Existen distintos tipos de clasificaciones pero, en términos generales, se dividen en aquellos que suministran la conexión o un servicio técnico relacionado y aquellos que alojan contenidos o prestan un servicio. La Corte ha reconocido que los intermediarios no son responsables por el contenido que publican los usuarios. No obstante, se reconoce que el juez constitucional puede ordenarle al intermediario, como tercero en el trámite de tutela, la remoción del contenido si el infractor no quisiera o pudiere cumplir con la orden de aquel.

La población LGBTIQ+ y el derecho a la no discriminación

76. El artículo 16 superior establece que “todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico”. Por otro lado, el artículo 13 ibidem establece que “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica [...]”. De otro lado, los artículos 1º y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagran la cláusula de igualdad y de prohibición de discriminación,

específicamente por motivo de la orientación sexual, entre otros.

77. La Corte ha sido clara y enfática en proscribir cualquier tipo de conductas que generen una desigualdad por razón de orientación sexual o identidad de género, pues no existe título jurídico que permita discriminar por la orientación sexual diversa. Las decisiones que toman los ciudadanos con respecto a su reconocimiento en la identidad y orientación sexual hacen parte del núcleo esencial de su dignidad, libertad y autonomía.

78. Igualmente, esta corporación sistematizó las subreglas jurisprudenciales que deben verificarse cuando se analiza la posible ocurrencia de una discriminación con efectos negativos o que desmejora los derechos fundamentales de las personas involucradas. Los actos discriminatorios: “(i) están fundad[o]s en criterios considerados sospechosos como el sexo, género, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, orientación sexual, entre otros. La forma de establecer el carácter sospechoso de una actuación dentro del contexto de la discriminación, atiende a los siguientes presupuestos: (a) se refiere a las categorías prohibidas contenidas en el numeral 1° del artículo 13 de la Constitución; (b) se funda en rasgos permanentes de las personas, los cuales son irrenunciables, pues afectan directamente la identidad personal; (c) se dirigen contra personas que han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que generan posiciones jurídicas inferiores y configuran condiciones de debilidad manifiesta por integrar grupos marginados o sujetos que gozan de especial protección constitucional; (d) desconocen prima facie un derecho fundamental; y, (e) incorporan, sin causa aparente, un privilegio exclusivo para un sector de la población, con el correlativo desmedro en el ejercicio de los derechos de las personas y grupos que fueron excluidos. (ii) Los actos discriminatorios también carecen de justificación como herramientas que busquen alcanzar un fin imperioso que imponga la diferenciación; (iii) producen un trato desigual en contra de una persona o colectividad, con efectos nocivos que debilitan las posiciones jurídicas ius fundamentales de los mismos; y (iv) configuran un perjuicio”.

79. Por último debe considerarse que a la población LGBTIQ+, como históricamente discriminada, aplica un instrumento obligatorio de protección constitucional en los procesos en los que se analice un trato discriminatorio. Se trata de la presunción de discriminación, en virtud de la cual la persona acusada de realizar actos de discriminación tiene la carga procesal y probatoria de desvirtuarla. En dado caso que no se desvirtué tal presunción y no

se aporte prueba alguna que establezca lo contrario, se concluirá que el acto es discriminatorio. En particular, en las sentencias T-909 de 2011 y T-030 de 2017, esta corporación aplicó la presunción de discriminación en relación a tratos discriminatorios contra personas LGBTIQ+.

La población transgénero como sujeto de especial protección constitucional

81. Esta misma sentencia de unificación también reconoció que existen identidades de género diversas, entre las principales, clasificó a la identidad cisgénero, transgénero y ancestral. En particular, sobre la población transgénero hizo mención a que el término trans es utilizado para describir las distintas identidades de género de las personas cuya expresión no coincide con las identidades socialmente establecidas para el género o sexo que es asignado al nacer. Dentro de esta categoría se encuentran, de un lado, (i) las femineidades trans que abarcan las vivencias de género de aquellas personas comúnmente conocidas como mujeres trans, cuyo sexo asignado al nacer fue masculino/hombre, pero su identidad se inscribe en el ámbito de lo social y culturalmente construido, concebido y leído como femenino. De otro lado, (ii) las masculinidades trans con las que se identifican aquellas personas conocidas como hombres trans, cuyo sexo asignado al nacer es femenino/mujer, pero su identidad de género corresponde al ámbito de lo social y culturalmente construido, concebido y leído como masculino; y (iii) las personas de identidades no binarias, esto es, aquellas que se identifican con vivencias que no se encuadran en lo social y culturalmente definido como femenino o masculino.

82. Ahora bien, las personas transgénero han sido reconocidas jurisprudencialmente como sujetos de especial protección constitucional, esto derivado de la histórica discriminación sistemática e interinstitucional que han soportado. Por esa misma razón cuentan con una protección constitucional reforzada que implica (i) el derecho al reconocimiento jurídico de su identidad diversa y (ii) la protección cualificada contra la discriminación. Respecto a lo primero, el Estado tiene la obligación de contar con procedimientos expeditos que les permita modificar o corregir su nombre y el marcador de género o sexo en documentos de identificación y registros públicos de manera accesible, expedita, autónoma y transparente.

83. Sobre lo segundo, la protección cualificada contra la discriminación supone que: (a) las diferencias de trato fundadas en su identidad de género o su expresión están prima facie

prohibidas por la Constitución y deben ser sometidas a un juicio estricto de igualdad. (b) Existe una presunción de discriminación, en virtud de la cual se presume que las diferencias de trato y las acciones u omisiones que impliquen una afectación a los derechos de las personas trans tienen como causa su identidad de género. (c) El Estado tiene un deber cualificado de conducta que le impone la obligación de adoptar medidas afirmativas encaminadas a proteger a esta población y garantizar que la igualdad sea real y efectiva.

84. Las medidas afirmativas tienen como objetivo “a) erradicar las leyes y prácticas discriminatorias que afecten “de jure o de facto” el desarrollo autónomo de la identidad de género de esta población; (b) fomentar la libre expresión de las identidades trans en los ámbitos académicos, laborales, gubernamentales y culturales; (c) transformar los patrones de menosprecio y violencia física y simbólica que han operado en contra de esta población y (d) asegurar que las personas trans sean titulares de los mismos derechos y puedan ejercerlos en igualdad de condiciones con independencia de su identidad de género diversa”.

85. De acuerdo con lo anterior, el Estado, incluida la Rama Judicial, debe propender por garantizar la materialización de medidas afirmativas para la protección y reivindicación de los derechos fundamentales de las personas transgénero y no binarias, en particular, sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la identidad de género que se integra en forma inescindible con el derecho y principio constitucional de la dignidad humana. Cuando los funcionarios judiciales observen hechos o circunstancias que vulneren o pongan en peligro esos derechos fundamentales de la población transgénero y no binaria, deben advertirlo y ordenar las medidas que correspondan para proteger sus derechos, incluyendo medidas afirmativas que materialicen la igualdad y la dignidad de esa población respecto de la sociedad mayoritaria.

III. III. CASO CONCRETO

86. Sea lo primero señalar que la Sala considera que la pretensión de cerrar todas las redes sociales del accionado no es procedente, porque ello resultaría en una medida desproporcionada y de censura previa, contraria a la libertad de expresión y de opinión de Luis Villa. En este caso se aborda un contenido digital puntual que no es, al menos prima facie, representativo de todas las expresiones que realiza el accionado en sus redes sociales.

87. La Constitución Política y la jurisprudencia constitucional e interamericana de derechos humanos han sido claras y enfáticas en reiterar la prohibición que tiene el Estado de censurar previamente las expresiones de los ciudadanos. Para esta corporación cualquier mecanismo directo o indirecto dirigido a realizar un control previo sobre (i) los medios de comunicación y su funcionamiento; (ii) el acceso a la información; (iii) los periodistas; o (iv) el contenido de determinada información, se encuentra proscrito en nuestro ordenamiento jurídico. En ese sentido, toda limitación de la libertad de expresión se presume sospechosa, pues no resulta admisible la revisión previa de la información para modificar, recortar, prohibir la divulgación, o suspender la transmisión de contenidos informativos a través de los medios masivos de comunicación, por parte de las entidades estatales o de particulares facultados para prestar un servicio público.

88. Estas reglas son aplicables, *mutatis mutandi*, al presente caso, pues la pretensión de cerrar todas las redes sociales de un “influencer” supone un escrutinio a priori sobre la totalidad del contenido emitido y por emitirse, lo que está proscrito por el artículo 20 de la Constitución, el cual es aplicable también a personas que se dedican habitualmente a crear contenido en plataformas de Internet. De conformidad con lo anterior, acoger la pretensión de cerrar todas las redes sociales del accionado desbordaría las facultades del Estado y constituiría una vulneración directa a la libertad de expresión del accionado. Lo anterior no significa que esta Sala no encuentre reprochable ni aceptable los discursos de odio en redes sociales. Al contrario lo que se pretende con la revisión de esta acción de tutela es determinar la existencia de un discurso de odio y cuál fue su impacto para el accionante, la población LGBTIQ+, la población transgénero y en la sociedad en general, sin que ello implique censurar a priori todos los actos comunicativos y de expresión del accionado. Por lo tanto, en razón a que el accionante solo se refiere a un contenido puntual, se analizará si dicha publicación excedió los límites de la libertad de expresión o no y en consecuencia vulneró los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, igualdad y no discriminación.

89. Ahora bien, a partir de los hechos probados, la Sala encuentra que la publicación realizada por Luis Villa en la plataforma YouTube vulneró los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad de José Francisco Montufar Rodríguez, por tratarse de un mensaje abiertamente discriminatorio y de odio contra la población LGBTIQ+ y, en particular, contra las personas transgénero.

90. Según lo expresado por el accionante en el escrito de tutela y la información recolectada el 15 de octubre de 2023, en sede de revisión (§-23), se constató que, el 17 de septiembre de 2022, Luis Villa publicó un video titulado “¿Y SI MI HIJO SALE TRANS” en la plataforma YouTube. En primer lugar, el accionante se refirió a la posibilidad de que en el futuro, su hijo llevara a la casa a un hombre y lo presentara como su pareja y expresó lo siguiente: “[...] [l]o enciendo a balín y le hago otros 17 huecos, lo fulmino a balazos [...]”. Luego, se pronunció sobre la posibilidad de que ese hijo fuera transgénero y manifestó que: “[...] ahora si me hijo me salga trans (sic), ya muy diferente, cual sería mi reacción, obviamente mi reacción, va ser apoyarlo, apoyarlo contra una pared, meterle un palo por el culo pa que vea que eso no es bueno[...]” (§-1 y 23).

91. Esta Sala considera acreditado que el accionado guardó silencio tanto en el trámite de instancia (primera y segunda instancia) como en sede de revisión, por ese motivo se aplicará lo dispuesto por el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, es decir, se tendrán por ciertos los hechos señalados por el accionante en el desarrollo del trámite de tutela, incluida su revisión. Como se dijo, se tiene por cierto que el accionante dirigió un reclamo al accionado en relación con el video y este se abstuvo de responderlo. Además, la Sala encuentra acreditadas las afirmaciones del accionado en la plataforma YouTube porque pudo adicionalmente constatarlas antes de que el video se eliminara.

92. Como quedó probado (§-56), Luis Villa es un “influencer” o creador de contenido digital con una cuenta en Twitch con 1.4 millones de seguidores, dos cuentas de YouTube, una principal con 530.000 suscriptores y una segunda cuenta con 164.000 suscriptores. También es titular de una cuenta en Instagram con 1.7 millones de seguidores.

93. El mencionado video estuvo publicado en la segunda cuenta de Luis Villa en YouTube bajo el nombre “¿Y SI MI HIJO SALE TRANS?” (§-22). Para el 15 de octubre de 2023, cuando el video seguía cargado y publicado en la cuenta secundaria de YouTube del accionado, tuvo 42.941 visualizaciones y 89 comentarios (§-56). Desde su publicación hasta aquella fecha, el video estuvo publicado más de 1 año aproximadamente en esa plataforma, hasta que YouTube (Google LLC) lo eliminó “debido a que infring[ió] la política de [esa plataforma] sobre incitación al odio o a la violencia” (§ 22). Así lo informa YouTube cuando se busca el video con la dirección URL, <https://www.youtube.com/watch?v=3aS8p6i3DPs&t=243s>.

94. En lo que tiene que ver con las expresiones contenidas en el video, la Sala aplicará la metodología dispuesta en la jurisprudencia para efectos de analizar si corresponde a un trato discriminatorio (§-78 y 79), con las particularidades propias de la acción de tutela.

95. Primero. Existen situaciones hipotéticas contenidas en el video que generan un acto discriminatorio. Las expresiones se refieren a la población LGBTIQ+ y, en específico, a la población transgénero. En efecto, desde el título del video se observa que se trata de un contenido que se relaciona con dicha población y que plantea un cuestionamiento respecto de dos situaciones hipotéticas. La primera es sobre la reacción que tendría el accionado al conocer que su hijo tiene una orientación diversa (“¿Y si mi hijo sale trans?”). La otra situación hipotética es cuál reacción tendría el accionado si en el futuro un hijo acude a su casa con una pareja del mismo sexo.

96. Segundo. El video se fundamenta en categorías sospechosas de discriminación. Las expresiones del accionado están fundadas en categorías sospechosas, pues se refieren a la orientación sexual y la identidad de género -si mi hijo sale trans o si acudiera con otro hombre a la casa -. El inciso 1º del artículo 13 de la Constitución prohíbe expresamente tratamientos discriminatorios por razones de “sexo”. Sin embargo, la jurisprudencia constante de esta corporación ha sostenido que estas categorías no son taxativas y que la identidad de género es una hipótesis sospechosa de discriminación. Sobre el particular, la Corte ha precisado que “(...) categorías como el sexo, la orientación sexual y la identidad de género constituyen categorías sospechosas de discriminación. Esto implica que todo tratamiento diferencial fundado en ellos se presupone como discriminatorio a menos que pueda justificarse”.

97. Tercero. La publicación atacada se fundamenta en rasgos permanentes del accionante y de la comunidad LGBTIQ+. Las expresiones objeto de la acción de tutela se fundan en rasgos permanentes del accionante y de la comunidad LGBTIQ+ respecto de las cuales no pueden prescindir sin renunciar a su identidad personal. En efecto, la condición de una persona homosexual y de una transgénero es un asunto determinante en su identidad personal, pues se trata de reivindicaciones vitales “que no encuadran en el sistema binario de género “cisnormativo” y no concuerdan con los conceptos que se imponen como norma de género en un contexto social determinado”.

98. Cuarto. La publicación se dirige contra grupos históricamente discriminados y sujetos de especial protección constitucional. Las expresiones de Luis Villa se dirigen contra grupos históricamente marginados por el Estado y la sociedad. No puede perderse de vista que la noción de “normalidad” para definir los roles de lo masculino y lo femenino a partir de características de género puramente biológicas, trajo como consecuencia la exclusión de la sociedad de las personas homosexuales y transgénero, a las que se ha sometido a múltiples abusos, en contra de sus derechos, por parte de las autoridades y los particulares, como lo resaltan las intervenciones recibidas en este proceso. Como consecuencia de esta marginalidad, la Corte ha reconocido la necesidad de aplicarles una protección reforzada desde el punto de vista constitucional.

99. Quinto. El video desconoce derechos fundamentales. Para la Sala es claro que las expresiones del accionado vulneran abiertamente los derechos fundamentales a la identidad de género como manifestación del libre desarrollo de la personalidad, y su dignidad humana. Las manifestaciones de violencia por parte del accionante -“lo enciendo a balín y le hago otros 17 huecos, lo fulmino a balazos”- vulneran el derecho del accionante como activista de la comunidad excluida “que le asiste a toda persona de construir, desarrollar y expresar su vivencia de género de manera libre y autónoma”, como una forma de reivindicación de su dignidad. La alusión al ejercicio de la violencia en razón de una decisión libre y autónoma de la persona, así sea hipotética, constituye el desconocimiento de una de las posiciones jurídicas de este derecho y pone en riesgo el derecho a la integridad personal de esta población, por el alcance e influencia que tiene el accionado en redes sociales, e inclusive el derecho a la vida, por la amenaza que entraña.

100. Sexto, la publicación genera un privilegio exclusivo para un sector de la población. La cuestión de usar la violencia física contra las personas por el hecho de una decisión sobre identidad sexual tiene como efecto perpetuar los estereotipos de “anormalidad” de las personas trans y homosexuales, lo que incluso puede generar incentivos para el ejercicio de la violencia y mayor marginación, encuadrando dentro de la categoría de discursos de odio. De hecho, la consecuencia de verificar la hipótesis planteada por el accionante -hijo trans- y posible ejercicio de la violencia -“apoyarlo contra una pared, meterle un palo por el culo pa que vea que eso no es bueno”- representa una visión excluyente y de lo “correcto”, que muestra con claridad la discriminación contra esta población, además de aludir a hipótesis de violencia, incluso contra miembros de la propia familia, con desprecio de condiciones

mínimas de respeto y convivencia. La idea de lo “correcto” o “natural” tiene como efecto crear un privilegio para las personas heterosexuales y binarias, consistente en que son las únicas que pueden ejercer su libre desarrollo de la personalidad, excluyendo el ejercicio de la autodeterminación de opciones sexuales diversas.

101. Séptimo. No hay justificación de imponer una diferenciación para conseguir un fin imperioso. Para la Sala resulta evidente que las afirmaciones del accionante no constituyen una herramienta que busque alcanzar un fin imperioso previsto en la Constitución. Por el contrario, las expresiones basadas en prejuicios y con alusiones al ejercicio de la violencia física, están proscritas explícitamente por la Carta Política. Como se explicó, la Constitución brinda una especial protección a las personas trans frente, justamente, a manifestaciones como las que dieron lugar a la interposición de la presente acción de tutela y que tienen como efecto prolongar prejuicios discriminatorios y estereotipos, a partir de lo que se considera “normal”. Además, se trata de discursos de odio que, como se dijo, generan incentivos para efectos de atentar contra la vida o la integridad personal de quienes pertenecen a la comunidad LGBTIQ+.

102. Octavo. El video generó un trato desigual. Efectivamente, la publicación del accionado generó un trato desigual, pues permitió que los usuarios de la plataforma YouTube se alimentaran de un contenido que normaliza el trato violento y discriminatorio en razón de la identidad de género y la orientación sexual de una población minoritaria e históricamente marginada de la sociedad.

103. Noveno. El video generó un perjuicio. El video generó un perjuicio al accionante, a la población LGBTIQ+ y transgénero, porque se difundió un mensaje de odio contra estas, lo cual implica reproducir una estigmatización continuada que perpetúa prejuicios estructurales y comúnmente difundidos. La estigmatización no puede ser subestimada porque además de vulnerar los derechos fundamentales a la identidad de género como manifestación del libre desarrollo de la personalidad, y su dignidad humana pone en riesgo la vida e integridad física de las personas LGBTIQ+ y la población transgénero. Como lo enfatizó uno de los intervinientes (§-20), en Colombia, para el año 2022, se reportaron 1.314 víctimas de actos de discriminación y 411 víctimas de hostigamientos. Sobre los discursos y expresiones en redes sociales, sostuvo que la difusión y proliferación de mensajes de odio y de violencias con altas cargas de prejuicios producen una reducción de la empatía respecto de los

colectivos “deshumanizados, históricamente excluidos y segregados”.

104. En suma, las expresiones del accionado en sus redes sociales no solo son discriminatorias, sino que materializan un discurso de odio, pues tienen la potencialidad de incitar y promover la violencia contra la población LGBTIQ+ y, puntualmente, a la población transgénero y homosexual, dado que el accionante se refirió a la posibilidad de cometer actos violentos contra la vida e integridad de estas personas, incluso de la propia familia, por el solo hecho de identificarse como personas transgénero y homosexuales. Como se trata de un discurso de odio directo, este no está amparado por la presunción de cobertura constitucional derivada del derecho a la libertad de expresión.

105. Ahora bien, como se dijo, el video fue publicado por un “influencer”, creador de contenido digital, con miles de seguidores en plataformas, en las que se permite una gran difusión del mensaje a todo tipo de espectador, tanto adultos como menores de edad, como lo resaltó uno de los intervinientes (§-14). La magnitud negativa y el impacto del mensaje expresado por el influencer “Westcol” fue grave, pues durante más de un año se compartió ese discurso discriminatorio, lo que violó los derechos a la identidad de género y a la dignidad humana y puso en riesgo el derecho a la vida y la integridad personal del accionante y de la comunidad respecto de la cual se desempeña como activista.

106. Ahora bien en cuanto a las disculpas presentadas por el accionado, la Sala observa que estas fueron publicadas por medio de un video en la cuenta @WestcCOL en Instagram. Luis Villa expresó unas disculpas en las que aceptó que cometió un error y pidió perdón. También, reflexionó que aquellas expresiones podrían afectar a algún joven que quisiera “salir del closet” y que puede ser frustrante no poder expresarse tal y como se considere. Reconoció que sus expresiones afectan o impactan una gran cantidad de seguidores y que en ese momento no “midió sus palabras y muchas personas se sintieron ofendidas”.

107. No obstante, la Sala considera que estas disculpas resultan insuficientes porque (i) el accionado alude a que sus expresiones fueron chistes y humor negro, lo cual es incorrecto y justamente da cuenta de que se trata de una reproducción de estereotipos discriminatorios basados en prejuicios, que incentivan el odio y la violencia contra la población LGBTIQ+ y tienen eco en burlas calificadas como “negras”; y (ii) “Westcol” publicó las disculpas en una plataforma distinta a la que alojaba la publicación inicial, lo cual no abarca la totalidad de

seguidores que visualizaron su contenido, pues en YouTube cuenta con aproximadamente 694.000 seguidores, entre sus dos cuentas en esa plataforma, en tanto en Instagram cuenta con 1.7 millones (§-56). Además, (iii) a pesar de que el accionado divulgó sus disculpas en Instagram, el video, como se constató en sede de revisión (§-23), estuvo publicado en su cuenta secundaria de YouTube durante más de un año y no fue eliminado por voluntad de este “influencer”, sino solamente hasta que YouTube, como tercero, lo eliminó de la plataforma.

108. En conclusión, las expresiones objeto de tutela realizadas en las redes sociales por “Westcol” son un discurso discriminatorio y de odio contra la población LGBTIQ+ y, en especial, contra la población transgénero y homosexual, que integra un grupo históricamente discriminado y de especial protección constitucional. De otro lado, las disculpas expresadas por el accionado a través de un video que publicó en Instagram resultan insuficientes. Se resalta que el accionante guardó silencio durante el trámite de la acción de tutela en ambas instancias y en sede de revisión, como se indicó. Por ello, la Sala dictará una serie de órdenes y medidas de protección y reparación encaminadas a proteger y garantizar la igualdad de la población transgénero, tal y como lo determinó la SU 440 de 2021.

109. Medidas de protección y reparación. Por lo expresado, la Sala ordenará a Luis Villa “Westcol” lo siguiente: (a) realizar la publicación y difusión de la presente sentencia a través de sus redes sociales, a efectos de garantizar la equivalencia en la difusión de la misma para el conocimiento de sus seguidores y demás usuarios de las plataformas digitales y, en particular, en la plataforma YouTube; (b) realizar una publicación en cada una de sus redes sociales en la que informe a su audiencia los impactos negativos que tienen las publicaciones de discursos discriminatorios en la vida de las personas contra las que se dirigen, de acuerdo con la parte motiva de esta Sentencia; (c) que participe en un curso o jornada de capacitación y formación en derechos humanos de las personas LGBTIQ+, a través de los programas ofertados por el Ministerio de Justicia y del Derecho en materia de derechos humanos de la población LGBTIQ+ y transgénero. Esta última orden tiene en cuenta que el mismo accionado reconoció en su video de disculpas que no midió sus palabras y que no era consciente del impacto de sus expresiones en ese momento, pues pensaba que eran solo chistes o humor negro. Por ello, resulta pertinente y necesario que el accionado se capacite respecto a los temas que dieron lugar a la presente acción de tutela.

110. Decisión sobre la plataforma YouTube. En relación con el actuar de la plataforma digital YouTube, como intermediario de Internet, la Sala considera que no garantizó un mecanismo oportuno de análisis, evaluación y control de los contenidos discriminatorios que el accionado subió. Si bien las plataformas digitales como intermediarias de Internet no son responsables del contenido que publiquen los usuarios masivamente, sí deben garantizar un mecanismo real, serio y oportuno que proteja a sujetos históricamente discriminados. Lo anterior en concordancia con la precitada normativa internacional (§-70-71) que prohíbe esta clase de discurso; incluso YouTube reconoce contar con un mecanismo para analizar y controlar esa clase de expresiones prohibidas. Si bien los intermediarios de Internet no realizan censura previa, cuando se les informe mediante una denuncia o queja sobre un discurso discriminatorio deben investigar y controlar ese contenido si concluyen que efectivamente es un discurso de ese tipo, como evidentemente lo era en este caso.

111. Sobre el particular, YouTube negó haber recibido una denuncia del accionante respecto del contenido atacado u otro perteneciente a Luis Villa (§-13 y 19). Sin embargo, quedó probado que el accionante radicó una denuncia en esa plataforma digital y fue recibida por la misma (§-12). En las capturas de pantalla suministradas por el accionante, se observa que la cuenta @iamjosemontufar radicó la denuncia y YouTube informó lo siguiente: “[h]ola José Montufar [g]racias por denunciar un video el 2 de abril de 2023. Analizaremos cuidadosamente este contenido”, lo cual coincide con lo expresado por el accionante en el escrito de tutela.

112. De conformidad con lo anterior, la Sala constata que la denuncia presentada por el accionante ante YouTube se refiere a los hechos contenidos en la acción de tutela. También, se observa que esta plataforma no se pronunció respecto de las capturas de pantalla que anexó el accionante tanto en el escrito de tutela como en la respuesta al auto de pruebas (§-12), las cuales soportan que el accionante efectivamente radicó la denuncia ante YouTube y que esta plataforma notificó que la denuncia había sido radicada adecuadamente.

113. 113. Ahora bien, esta Sala considera que el video infringía las políticas de la plataforma sobre contenido con incitación al odio y la violencia: “En YouTube, se prohíbe la incitación al odio o a la violencia. No permitimos contenido que promueva la violencia o el odio contra personas o grupos con base en alguno de los siguientes atributos que indican la pertenencia a un grupo protegido en virtud de la política de YouTube: edad, casta, discapacidad, etnia,

identidad y expresión de género, nacionalidad, raza, estado de inmigración, religión, sexo/género, orientación sexual, víctimas de un evento violento importante y sus familiares y/ o condición de excombatiente de guerra”. La misma plataforma informa a sus usuarios que en caso de que un contenido infrinja la política: “quitaremos y te enviaremos un correo electrónico para informarte sobre ello”. Por otro lado, sobre el procedimiento en caso de presentar una denuncia, YouTube informa que, “[el contenido] no se elimina automáticamente de la plataforma. El contenido denunciado se revisa de acuerdo con estos lineamientos: [s]e quita de YouTube el contenido que infringe los Lineamientos de la Comunidad”.

114. Por ende, la falta de trámite efectivo trajo como consecuencia que el video en YouTube fuera divulgado desde su fecha de publicación hasta cuando fue eliminado en sede de revisión por esa plataforma. Si se hubiera garantizado al accionante un mecanismo oportuno y eficaz respecto del contenido denunciado, la plataforma YouTube hubiese podido eliminar el video antes de la interposición de la acción de tutela y no en sede de revisión. En consecuencia, el discurso discriminatorio y sus efectos de vulneración contra los derechos del accionante y de la población LGBTIQ+ y transgénero no se hubieran extendido en el tiempo, como ocurrió efectivamente. En relación con lo anterior, Google LLC en la respuesta al auto de pruebas no acreditó en cuánto tiempo se resuelven las denuncias por incitación al odio y la violencia, de esa forma no hay certeza de la eficacia de ese mecanismo para la protección de derechos fundamentales vulnerados (§13). La negligencia en retirar este tipo de contenidos puede llevar a responsabilidades entre las plataformas digitales y los usuarios, pues a pesar de que en principio no son responsable por el contenido digital cargado por los titulares de cuentas en la plataforma si se obligan a no permitir contenidos que no cumplan los lineamientos como los que incitan al odio y la violencia. Lo anterior contribuye a sustentar la decisión de prevenir a las plataformas digitales para que den trámite oportuno a denuncias o quejas que se refieren a discursos de odio, particularmente cuando se trate de casos evidentes o flagrantes. Por lo anterior, la Sala prevendrá a YouTube para que de trámite oportuno a denuncias que se refieren a discursos de odio, particularmente cuando se trate de casos evidentes o flagrantes.

Síntesis de la decisión

115. La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional revisó los fallos de primera y

segunda instancia proferidos en el marco de la acción de tutela interpuesta por José Francisco Montufar Rodríguez contra Luis Villa “Westcol”, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, y a la vida, como consecuencia de una publicación en una plataforma digital que presuntamente era discriminatoria y violenta contra la población LGBTIQ+. Tanto el juez de primera como de segunda instancia declararon improcedente la acción de tutela por incumplimiento de los requisitos especiales de subsidiariedad exigidos en la Sentencia SU-420 de 2019.

116. La Sala inicialmente analizó la configuración del fenómeno de carencia actual de objeto por daño consumado y consideró que se materializó en este proceso, pues en el transcurso de la revisión por la Corte Constitucional, una plataforma digital eliminó el video atacado por el accionante. Sin embargo, consideró necesario realizar un pronunciamiento de fondo para avanzar en la comprensión del derecho fundamental a la libertad de expresión en plataformas digitales y también avanzar en la protección y reivindicación de los derechos de las personas LGBTIQ+, en particular, de la población transgénero y homosexual.

117. Se acreditó el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la tutela y por ello se planteó como problema jurídico el siguiente: ¿Las expresiones publicadas y compartidas el 17 de septiembre de 2022 por Luis Villa “Westcol” en el video “¿Y SI MI HIJO SALE TRANS?” en la plataforma YouTube vulneraron los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y no discriminación de Francisco Montufar Rodríguez y de la población LGBTIQ+, en particular, de la población transgénero y amenazaron su derecho fundamental a la vida?

118. Para dar respuesta a este problema jurídico la Sala abordó los siguientes asuntos: (i) las reglas jurisprudenciales en materia de libertad expresión y sus límites; (ii) los derechos de la población LGBTIQ+ y el derecho a la no discriminación; (iii) la población transgénero como sujetos de especial protección constitucional; y (iv) el análisis del caso concreto.

119. La Sala determinó que la publicación realizada por Luis Villa “Westcol” efectivamente constituyó un discurso discriminatorio y de odio en contra del accionante y la población LGBTIQ+ y, en particular, contra la población transgénero. Igualmente determinó que no se le garantizó al accionante por parte de la plataforma digital YouTube un mecanismo oportuno y eficaz para tramitar sus reclamos contra ese tipo de publicaciones. También, concluyó que

a pesar de que el accionante se disculpó en su momento por la publicación, dicho actuar no fue suficiente para proteger, promover y reivindicar los derechos fundamentales de la población LGBTIQ+ y transgénero.

120. En consecuencia, la Sala Segunda de Revisión consideró necesario ordenar al accionado las siguientes medidas de protección y reparación en favor de la población transgénero: (a) publicar y difundir la sentencia a través de las redes sociales del accionado; (b) realizar una publicación en cada una de las redes sociales del accionado, en la que informe a su audiencia los impactos negativos que tienen las publicaciones de discursos discriminatorios en la vida de las personas contra las que se dirigen, de acuerdo con la parte motiva de la sentencia; (c) participar en un curso o jornada de capacitación y formación en derechos humanos de las personas LGBTIQ+, a través de los programas ofertados por el Ministerio de Justicia y del Derecho en materia de derechos humanos de la población LGBTIQ+ y transgénero. También previno a YouTube para que efectúe trámite oportuno a denuncias o quejas que se refieren a discursos de odio, particularmente cuando se trate de casos evidentes o flagrantes.

IV. IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia