

Magistrado Ponente: **MALAQUÍAS GIL RODRÍGUEZ**
Exp. Nro. 2014-0297

Por oficio Nro. 2014-0890 de fecha 10 de febrero de 2014, recibido en esta Sala el 14 del mismo mes y año, la entonces Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, hoy Juzgado Nacional Primero Contencioso Administrativo de la Región Capital, remitió el expediente contentivo de la demanda de nulidad con acción de amparo cautelar, interpuesta por los abogados Gustavo Reyna y José Valentín González Prieto (INPREABOGADO Nros. 5.876 y 42.249, respectivamente), actuando como apoderados judiciales del ciudadano **PETER BOTTOME** (cédula de identidad Nro. 1.718.805) y de la sociedad mercantil **EMISORA CARACAS FM 92.9, C.A.**, inscrita en el Registro Mercantil Primero de la Circunscripción Judicial del Distrito Capital y Estado Miranda el 23 de julio de 1984, bajo el Nro. 37, Tomo 14-A PRO, contra la Providencia Administrativa Nro. PADRS-0009 (sin fecha), dictada por el **DIRECTORIO DE RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA COMISIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES (CONATEL)**, mediante la cual se le impuso a los recurrentes la sanción de cesión de espacios por un lapso de treinta (30) minutos, con base en los literales “c” y “d” del artículo 28 de la Ley de Responsabilidad Social de Radio y Televisión.

La remisión se efectuó en virtud del recurso de apelación ejercido el 23 de octubre de 2013, por el abogado Alejandro Silva Ortiz, (INPREABOGADO Nro. 112.769), actuando en su carácter de apoderado judicial de la parte recurrente contra la decisión Nro. 2013-1833 de fecha 17 de octubre de 2013, dictada por el hoy Juzgado Nacional Primero Contencioso Administrativo de la Región Capital, que declaró “(...) **SIN LUGAR** el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto conjuntamente con acción de amparo cautelar, por los (...) [apoderados judiciales del hoy *de cujus*] **PETER BOTTOME**, (...) y de la Sociedad Mercantil ‘**EMISORA CARACAS FM 92.9, C.A.**’, (...) contra la Providencia Administrativa N° PADRS-0009, dictada por el **DIRECTORIO DE RESPONSABILIDAD SOCIAL, de la COMISIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES (CONATEL)**”. (Mayúsculas y negrillas del original). (Agregado de la Sala).

El 18 de febrero de 2014, se dio cuenta en Sala, se designó ponente a la Magistrada María Carolina Ameliach Villarroel y se fijó el lapso de diez (10) de despacho siguientes para fundamentar la apelación.

En fechas 13 y 27 de marzo de 2014, la representación judicial de la parte actora, fundamentó la apelación y la representación judicial del Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), contestó la misma, respectivamente.

El 1° de abril de 2014, se dejó constancia que la causa entró en estado de sentencia.

En fechas 12 de agosto y 11 de diciembre de 2014 y 19 de mayo de 2015, la representación judicial de la parte actora, solicitó que se dictara sentencia.

Por auto del 20 de mayo de 2015, se dejó constancia que el 11 de febrero de ese mismo año fue electa la Junta Directiva de este Supremo Tribunal, de conformidad con lo previsto en el artículo 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, quedando integrada esta Sala Político-Administrativa de la siguiente manera: Presidente, Magistrado Emiro García Rosas; Vicepresidenta, Magistrada María Carolina Ameliach Villarroel; las Magistradas Evelyn Marrero Ortiz y Bárbara Gabriela César Siero, y el Magistrado Inocencio Figueroa Arizaleta. En esta misma oportunidad se ordenó la continuación de la causa y se ratificó la ponencia a la Magistrada María Carolina Ameliach Villarroel.

Los días 9 de diciembre de 2015 y 28 de junio de 2016, el abogado Daniel Bustos Novak (INPREABOGADO Nro. 221.823), actuando en su carácter de apoderado judicial de la parte actora, solicitó que se dictara sentencia en la presente causa.

En fecha 29 de junio de 2016, se dejó constancia que el 23 de diciembre de 2015 se incorporaron a esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia el Magistrado Marco Antonio Medina Salas y la Magistrada Eulalia Coromoto Guerrero Rivero, designados y juramentados por la Asamblea Nacional en esa misma fecha. La Sala quedó constituida, conforme a lo dispuesto en los artículos 8 y 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, de la forma siguiente: Presidenta, Magistrada María Carolina Ameliach Villarroel; Vicepresidenta, Magistrada Eulalia Coromoto Guerrero Rivero; la Magistrada Bárbara Gabriela César Siero; y los Magistrados Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta y Marco Antonio Medina Salas.

El 14 de marzo de 2017, el apoderado judicial de la parte recurrente, solicitó que se dictara sentencia en la presente causa.

Mediante auto dictado el 15 de marzo de 2017, se dejó constancia que el 24 de febrero de ese mismo año, se eligió la Junta Directiva de este Máximo Tribunal de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, quedando integrada esta Sala Político-Administrativa de la forma siguiente: Presidenta, Magistrada María Carolina Ameliach Villarroel; Vicepresidente, Magistrado Marco Antonio Medina Salas; la Magistrada Bárbara Gabriela César Siero; el Magistrado Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta y la Magistrada Eulalia Coromoto Guerrero Rivero.

Los días 7 de noviembre de 2017 y 26 de junio de 2018, el apoderado judicial de la parte recurrente, solicitó que se dictara sentencia en la presente causa.

En fecha 30 de enero de 2019, esta Sala dictó auto para mejor proveer Nro. AMP-001, solicitando la consignación -dentro de los diez (10) días de despacho siguientes- del acta de defunción del ciudadano Peter Bottome, ya identificado.

El 5 de febrero de 2019, se libraron los oficios Nros. 0189 y 0190, dirigidos a la Procuraduría General de la República y a los apoderados judiciales del ciudadano Peter Bottome, respectivamente.

El día 20 de febrero de 2019, la representación judicial de la parte actora, solicitó que se dictara sentencia en la presente causa.

En fecha 21 de febrero de 2019, se dejó constancia que en sesión de Sala Plena del 30 de enero de ese mismo año, de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se reeligió la Junta Directiva de esta Máxima Instancia, quedando integrada esta Sala Político-Administrativa de la forma siguiente: Presidenta, Magistrada María Carolina Ameliach Villarroel; Vicepresidente, Magistrado Marco Antonio Medina Salas, la Magistrada Bárbara Gabriela César Siero; el Magistrado Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta y la Magistrada Eulalia Coromoto Guerrero Rivero.

Por diligencia de fecha 11 de diciembre de 2019, el apoderado judicial de la parte recurrente, consignó el acta de defunción del ciudadano Peter Bottome.

Mediante auto del 24 de abril de 2019, se dejó constancia del vencimiento del lapso establecido en el auto para mejor proveer Nro. AMP-001 de fecha 30 de enero de ese mismo año.

El día 14 de mayo de 2019, el Alguacil de esta Sala consignó copias recibidas de los oficios Nros. 0189 y 0190, dirigidos a la Procuraduría General de la República y a los apoderados judiciales del ciudadano Peter Bottome, respectivamente.

El día 29 de mayo de 2019, se dictó decisión Nro. 00269, mediante la cual se ordenó “(...) citar a las ciudadanas Ana Cristina Reverón de Bottome, Bettina Marie Bottome de Alcock y Merijke Kristina Bottome de Márquez, anteriormente identificadas, en su condición de herederas conocidas del ciudadano **PETER BOTTOME**, de conformidad con lo establecido en el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil y convocar a los herederos desconocidos del de cuius a través de los edictos a que hace referencia el artículo 231 eiusdem, para que concurran dentro del lapso de sesenta (60) días continuos siguientes al cumplimiento de las formalidades exigidas en dicha norma, a darse por citados. El mencionado edicto se fijará en la cartelera de la Sala y se publicará en los diarios ‘Últimas Noticias’ y ‘Vea’, dos (2) veces por semana (...)”. (Mayúsculas y negrillas de la Sala).

El 11 de julio de 2019, se libró el edicto y las boletas ordenados en la anterior decisión.

Por diligencias del 14 de noviembre y 11 de diciembre de 2019, el Alguacil consignó copias recibidas de la boletas dirigidas a la ciudadana Ana Cristina Reverón de Bottome y a las ciudadanas Nettina Marie Bottome de Alcock y Marijke Kristina Bottome de Márquez, respectivamente.

En fecha 8 de enero de 2020, la representación judicial de la parte actora solicitó se dictara sentencia en la presente causa.

El 13 de abril de 2021, se dictó auto mediante el cual se dejó constancia que en sesión de Sala Plena del 5 de febrero de ese mismo año, se reeligió la Junta Directiva de este Máximo Tribunal de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, quedando integrada esta Sala Político-Administrativa de la forma siguiente: Presidenta, Magistrada María Carolina Ameliach Villarroel; Vicepresidenta, Magistrada Bárbara Gabriela César Siero; el Magistrado Inocencio Antonio

Figueroa Arizaleta; el Magistrado Marco Antonio Medina Salas y la Magistrada Eulalia Coromoto Guerrero Rivero.

Los días 18 de marzo de 2021 y 17 de marzo de 2022, compareció el abogado Daniel Bustos Novak, ya identificado, actuando en su carácter de apoderado judicial de la sociedad mercantil Emisora Caracas FM 92.9, C.A. y solicitó se dictase el fallo correspondiente.

En fecha 26 de abril de 2022, se incorporaron a esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, la Magistrada Bárbara Gabriela César Siero y los Magistrados Malaquías Gil Rodríguez y Juan Carlos Hidalgo Pandares, designados y juramentados por la Asamblea Nacional en la misma fecha.

El 1º de noviembre de 2022, compareció el abogado Daniel Bustos Novak, ya identificado, actuando en su carácter de apoderado judicial de la sociedad mercantil Emisora Caracas FM 92.9, C.A. y solicitó se dictara el fallo correspondiente.

Mediante auto de fecha 2 de noviembre de 2022, se dejó constancia que el 28 de abril de ese año, en sesión de Sala Plena se eligió la Junta Directiva de este Máximo Tribunal de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, quedando integrada esta Sala Político-Administrativa de la forma siguiente: Presidente, Magistrado Malaquías Gil Rodríguez; Vicepresidenta, Magistrada Bárbara Gabriela César Siero y el Magistrado Juan Carlos Hidalgo Pandares. En igual oportunidad, se reasignó la Ponencia al Magistrado Malaquías Gil Rodríguez.

El 19 de septiembre de 2023, la parte demandante solicitó se dictara sentencia en el presente juicio.

Por auto de fecha 4 de julio de 2024, se dejó constancia que el 17 de enero de ese mismo año, se eligió la Junta Directiva de este Máximo Tribunal de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, asimismo el 13 de marzo del presente año se incorpora el Magistrado Suplente Emilio Ramos González por la falta absoluta de la Magistrada Bárbara Gabriela César Siero, quedando integrada esta Sala Político-Administrativa de la forma siguiente: Presidente, Magistrado Malaquías Gil Rodríguez; Vicepresidente, Magistrado Juan Carlos Hidalgo Pandares y el Magistrado Suplente Emilio Ramos González. En esta misma oportunidad se ratificó la ponencia al Magistrado Malaquías Gil Rodríguez.

Realizado el estudio de las actas del expediente, pasa esta Máxima Instancia a pronunciarse con fundamento en las siguientes consideraciones:

I ANTECEDENTES

Mediante escrito presentado, en fecha 16 de marzo de 2006, ante la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos (U.R.D.D.) de las entonces Cortes de lo

Contencioso Administrativo, los abogados Gustavo Reyna y José Valentín González, actuando con el carácter de apoderados judiciales del ciudadano Peter Bottome y de la sociedad mercantil Emisora Caracas FM 92.9, C.A., todos identificados, interpusieron demanda de nulidad conjuntamente con acción de amparo cautelar contra la Providencia Administrativa Nro. PADRS-0009, sin fecha, dictada por el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), que impuso a los recurrentes la sanción de cesión de espacios por un lapso de treinta (30) minutos, con base en los literales “c” y “d” del artículo 28 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión.

Sustanciada la causa, por sentencia Nro. 2013-1833 de fecha 17 de octubre de 2013, el hoy Juzgado Nacional Primero Contencioso Administrativo de la Región Capital, declaró “(...) **SIN LUGAR** el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto conjuntamente con acción de amparo cautelar por los Abogados Gustavo Reyna y José Valentín González, respectivamente, en su carácter de Apoderados Judiciales del ciudadano **PETER BOTTOME** y de la Sociedad Mercantil **EMISORA CARACAS FM 92.9, C.A.**, contra la Providencia Administrativa N° PADRS-0009, dictada por el **DIRECTORIO DE RESPONSABILIDAD SOCIAL, de la COMISIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES (CONATEL)**”. (Mayúsculas y negrillas del original).

En fecha 23 de octubre de 2013, la parte accionante ejerció apelación contra la referida decisión y ratificó la misma el 28 del mismo mes y año.

Por auto de fecha 10 de febrero de 2014, la entonces Corte Primera de los Contencioso Administrativo, oyó la apelación en ambos efectos y ordenó remitir el expediente a esta Sala.

II DEL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO

La presente demanda de nulidad conjuntamente con acción de amparo cautelar, se ejerció contra la Providencia Administrativa Nro. PADRS-009 (sin fecha), emitida por el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), que impuso a los recurrentes la sanción de cesión de espacios por un lapso de treinta (30) minutos, con base en los literales “c” y “d” del artículo 28 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión.

El aludido acto administrativo establece expresamente lo siguiente:

“Nº. PADRS-009

Caracas,

Años 195 y 146°

Providencia Administrativa

*Visto que la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión,
publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*

N° 38.081 de fecha 7 de diciembre de 2004, modificada en fecha 12 de diciembre de 2005, y publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana N°38.333, tiene por objeto, establecer en la difusión y recepción de mensajes, la responsabilidad social de los prestadores de los servicios de radio y televisión, los anunciantes, los productores nacionales independientes y los usuarios y usuarias, para fomentar el equilibrio democrático entre sus deberes, derechos e intereses a los fines de promover la justicia social y de contribuir con la formación de la ciudadanía, la democracia, la paz, los derechos humanos, la cultura, la educación, la salud y el desarrollo social y económico de la nación, de conformidad con las normas y principios constitucionales, de la legislación para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, la cultura, la educación, la seguridad social, la libre competencia y la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Visto que tanto la materia regulada por la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión así como sus disposiciones, son de orden público.

Visto que de conformidad con lo previsto en el numeral II del artículo 19 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, [facultan] a la Comisión Nacional abrir de oficio o a instancia de parte los procedimientos administrativos derivados de esta Ley.

Visto que el artículo 32 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, establece que una vez ordenada la apertura del procedimiento corresponderá a la Consultoría Jurídica la realización de todas las actuaciones necesarias para la sustanciación del procedimiento administrativo sancionatorio.

Visto de que una vez ordenada la apertura del procedimiento corresponderá a Consultoría Jurídica la realización de todas las actuaciones necesarias para la sustanciación del procedimiento administrativo sancionatorio.

Visto que la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión confiere al Directorio Responsabilidad Social, la facultad de imponer las sanciones a que haya lugar de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 20 de la mencionada Ley, ajustado a los principios fundamentales de legalidad, imparcialidad, racionalidad y proporcionalidad, con el objeto de salvaguardar en todo momento el derecho a la defensa, al debido proceso y a la presunción de inocencia de los administrados, consagrados en artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Quienes suscriben, en su carácter de miembros del Directorio de Responsabilidad Social, proceden a decidir el presente procedimiento administrativo sancionatorio, en los siguientes términos:

Capítulo I

De los hechos

*Visto que en fecha 19 de septiembre de 2005, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, a tenor de lo establecido en el numeral II del artículo 19 de la Ley de Responsabilidad en Radio y Televisión, decidió iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio, en contra del ciudadano **PETER BOTTOME**, titular de la cédula de Identidad N° 1.718.805 el cual es prestador de servicios de radiodifusión sonora debidamente autorizado, de conformidad con lo establecido en el permiso N° 42 de fecha 27 de junio de 1989, para*

realizar transmisiones regulares de la estación de radiodifusión pñora en frecuencia modulada 92,9 MHz, Canal 25, Clase 'A', en la ciudad de Caracas, la cual es explotada comercialmente por la sociedad mercantil **Emisora Caracas FM 92.9 C.A.** (...), ubicándose su sede administrativa en la Avenida José Antonio Páez, Edificio Radio Caracas, Urbanización El Paraíso, Municipio Libertador, quien en lo consecutivo y solo a los fines del presente procedimiento se denominará **Emisora Caracas FM 92.9 C.A.**, con el fin de determinar si la conducta desplegada por la referida emisora respecto a la difusión en los horarios todo usuario y supervisado, de elementos clasificados y restringidos para éstos, configura un ilícito administrativo de los previstos en los literales 'c' y 'd' del numeral 2 del artículo 28 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión y en el artículo 29 numeral 1 de la misma Ley.

Visto que en fecha 20 de septiembre de 2005 la **Emisora Caracas FM 92.9 C.A.**, fue notificada del presente procedimiento administrativo sancionatorio iniciado mediante la Providencia Administrativa N° PADS-680, tal como se evidencia del Oficio de Notificación identificado con el N° DG/005218 emanado de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

Visto que el día 28 de septiembre de 2005, la Consultoría Jurídica de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, como órgano sustanciador y mediante auto de sustanciación incorporó las grabaciones de los programas transmitidos por la **Emisora Caracas FM 92.9 C.A.**, relativos a la difusión de los mensajes concernientes a los días 20 y 30 de mayo, 29 y 30 de junio y del 8 al 12 de agosto 2005, para que fuesen incluidas dentro del Expediente Administrativo Sancionatorio N° RS-0062, de las cuales, entre otros, se puede apreciar:

- Programa El Show de La Gente Bella en la Sección 'Vulva Lunch', fecha de difusión 8 de agosto de 2005 hora 10:21 p.m. (Horario Supervisado). En dicho programa uno de los conductores hace el siguiente comentario: '**¡Tú! perrita** que estás en tu casa con las cuatro patitas pa'arriba puedes llamar y preguntar para ver si adivinas la canción, para ver si te llevas un premio sabrosón...
- Programa El Show de La Gente Bella, fecha de difusión 30 de junio de 2005, hora 10:20 p.m. (Horario Supervisado). En el segundo concurso de la noche que se llama: 'Venezuela se parece a Tom Cruise'.

¿Por qué? (le pregunta el conductor)

No sé, pero se parece (responde otro conductor)

'(...) Los Tom son **estúpidos, maldito** estúpido (refiriéndose a Tom Cruise), ahora te metes con la psiquiatría, porque estás en tu **cochina secta de la cienciaología, ¡bastardo!**, al patíbulo contigo, porque eres un **idiota** que dice que ve extraterrestres igual que el otro fantoche de Sting que dice que cura con las manos, ¡qué vas a curar con las manos!, si lo que tienes es un poco de jarabe encima. Te toca con las manos, tu música es hemorroide, **para hacer música buena hay que ser negro y tú no eres nada, eres un pollo.** Y tú Phil Collins, horrible, espantoso y gay...'

- Programa El Show de La Gente Bella, fecha de difusión 8 de agosto de 2005, hora 10:33 p.m. (Horario Supervisado). El conductor en medio de la programación dice la hora y luego exclama lo siguiente: **'Maldito seas por siempre, siempre seas maldito, maldito seas'**...

- Programa El Show de La Gente Bella, fecha de difusión 8 de agosto de 2005, hora 10:20 p.m. (Horario Supervisado). El conductor lee un mensaje de texto que envía una oyente: **'mister Suave ¿qué hago con mi vida, me tiro al metro o dejo que el metro me tire a mí?'**

A lo que el conductor le responde: **'¡Guao!, creo que la segunda alternativa te sienta bien a ti, porque se te nota que eres una perra o llevas una perra adentro'**...

- Programa Piel Adentro, fecha de difusión 30 de junio de 2005, hora 7:05 p.m. (Horario Supervisado). Una oyente llama y realiza el siguiente comentario al especialista que se encuentra en el estudio:

-**'Yo quería saber, yo tengo mi novio, y mi novio lo tiene muy grande y él desea hacérmelo por detrás y a mí me da miedo, lo tiene de 20 centímetros más o menos'**.

A lo que el especialista responde: **'Claro ella hablaba del sexo anal que es una variable dentro de nuestra sexualidad, para hacer esta maniobra se necesita el consentimiento de los dos, sabemos que el ano no tiene la lubricación normal que tiene la vagina, por lo tanto para hacer la inserción del pene en el ano será necesario la utilización de un lubricante que permita los movimientos, para hacerlo se necesita el consentimiento de la pareja'**...

(...omissis...)

Capítulo IV

Análisis de la conducta presuntamente infractora

El régimen de las telecomunicaciones en Venezuela ha sufrido un profundo cambio de concepción con la entrada en vigencia de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, promulgada el 7 de diciembre de 2004. Ha operado lo que se denomina la democratización del sector, es decir, los prestadores de radio y televisión deberán difundir programas culturales y educativos, informativos o de opinión y recreativos dirigidos a niños, niñas y adolescentes, programas de producción nacional, de producción nacional Independiente, propaganda de producción nacional, difundir obras musicales venezolanas, todo ello en el entendido de que el ejercicio de la actividad es de interés público y que las disposiciones de la Ley son de orden público.

Ahora bien, en cuanto el ejercicio de dicha actividad, esta radica en manos de los particulares, quienes podrán desarrollarla sólo si cumplen con ciertos y determinados requisitos legales y reglamentarios, como lo constituyen, la misma Ley que llama a respetar los tipos de elementos clasificados y bloques de horarios; las restricciones por horarios; los tiempos para publicidad, propaganda y promociones; las restricciones a la publicidad y propaganda; el porcentaje para la difusión de obras musicales de tradición venezolana, de Latinoamérica y del Caribe.

En este orden de Ideas, se observa que el presente procedimiento administrativo sancionatorio, se inició por la presunta comisión de los ilícitos administrativos establecidos en los literales 'c' y 'd,' del numeral 2 del artículo 28, así como numeral 1 del artículo 29 todos de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión.

Considerando que el legislador establece fomentar el equilibrio democrático entre los deberes, derechos e intereses a los fines de promover la justicia social y contribuir con la formación de los ciudadanos, la paz, los derechos humanos entre otros de conformidad con los principios fundamentales de la Constitución de la república Bolivariana de Venezuela.

*Este Directorio de Responsabilidad Social, pasa realizar un análisis de los mensajes difundidos por la **Emisora Caracas FM 92.9 C.A.**, concernientes a los días 20 y 30 de mayo, 29 y 30 de junio y del 8 al 12 de agosto del 2005, dejando en claro que los mensajes deben no sólo atribuírseles el significado propio de las palabras, sino que los mismos deben ser entendidos dentro del contexto en donde se generan, por lo que para su interpretación debe realizarse una conexión de ellas entre si y evaluarse la intención del emisor, así como las circunstancias que envuelven la situación determinada; evaluando también, el reconocimiento no voluntario de la infracción dentro del procedimiento administrativo sancionatorio por parte de la **Emisora Caracas FM 92.9 C.A.**, tal como se desprende del escrito de defensa presentado por la referida emisora, en fecha 4 de octubre de 2005, por lo cual pasa a considerar lo siguiente:*

La difusión de mensajes en el horario todo usuario:

- 1. El mensaje difundido el día 8 de Agosto de 2005, hora 8:41 a.m., horario todo usuario, a través del programa denominado como El Monstruo de la Mañana duran el segmento Veterinario, contiene elementos clasificados de lenguaje tipo 'c', de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Ley de Responsabilidad Social Radio y Televisión, ya que el mismo constituye una imprecación, a tal efecto se transcribe el extracto en cuestión: **'Soy el maldito gran roedor'**...*
- 2. El mensaje difundido el día 8 de Agosto de 2005, hora 9:15 a.m., horario todo usuario, a través del programa denominado como El Monstruo de la Mañana durante el segmento Veterinario, contiene elementos clasificados de sexo tipo 'c', de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, ya que en el mismo se encuentran sonidos sexuales implícitos sin finalidad educativa de carácter erótico, ya que en el programa se están refiriendo proceso de cortejo y copulación en los caballos por lo tanto el contexto en donde se está desarrollando es un contexto de carácter sexual, a tal efecto se transcribe extracto en cuestión: **Por eso es que a mí me encantan las yeguas porque se autoinfligen, porque hay que morderlas durísimo, me encanta eso, en el cuello, es más en la oreja.***
- 3. El mensaje difundido el día 30 de Junio de 2005, hora 6:51 p.m., horario todo usuario, a través del programa denominado como Piel Adentro, contiene elementos clasificados de sexo tipo 'c', de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Ley de*

Responsabilidad Social en Radio y Televisión, ya que en el mismo se encuentran sonidos sexuales implícitos sin finalidad educativa de carácter erótico, en lo que respecta al extracto que se transcribe a continuación: ‘Pelen el oído antes de pelarse otra cosa, y présteme atención porque meterla y dejársela meter tiene sus placeres, pero también tiene sus riesgos’...

La difusión de mensajes en el horario supervisado:

- 1. El mensaje difundido el día 8 de Agosto de 2005, hora 10:20 p.m., horario supervisado, a través del programa denominado como El Show de La Gente Bella, contiene elementos clasificados de lenguaje tipo ‘c’, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, ya que el mismo se encuentran mensajes obscenos, a tal efecto se transcribe el extracto en cuestión: ‘creo que la segunda alternativa te sienta bien a ti, porque se te nota que eres una perra o llevas una perra adentro’...*
- 2. El mensaje difundido el día 8 de Agosto de 2005, hora 10:33 p.m., horario supervisado, a través del programa denominado como El Show de La Gente Bella, contiene elementos clasificados de lenguaje tipo ‘c’, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, ya que el mismo constituye una imprecación, a tal efecto se transcribe el extracto en cuestión: ‘Maldito seas por siempre, siempre seas maldito, maldito seas’...*

Capítulo V

De las sanciones

(...Omissis...)

*Habiéndose demostrado en el presente procedimiento administrativo sancionatorio la responsabilidad de la **Emisora Caracas FM 92.9 C.A.**, corresponde a este Directorio de Responsabilidad Social determinar la sanción aplicable con base a los literales ‘c’ y ‘d’, del numeral 2 del artículo 28 y numeral 1 del artículo 29 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, que expresa:*

(...Omissis...)

Antes de pasar a analizar las circunstancias atenuantes y agravantes, este Directorio debe aclarar que si bien es cierto que de las transcripciones incorporadas al presente expediente así como del análisis de los programas en los cuales fueron difundidos los mensajes transcritos, se pudo observar que en la canción ‘La Hija Catira’ pudiera haber un contenido discriminatorio cuando se habla de la sangre del padre y de la supuesta hija, así como también, que de lo dicho en el programa ‘El Show de la Gente Bella’ de fecha de difusión 30 de Junio de 2005, hora 10:20 p.m. (Horario Supervisado) pudiera desprenderse que hubo cierta intolerancia religiosa al expresar ‘tu cochina secta de la cienciaología’, no es menos cierto que tal conducta no ha sido continuada por el prestador de servicio, de tal forma que pudiera entenderse o afirmarse que a través de la misma se promueve la intolerancia religiosa o se estén transmitiendo mensajes discriminatorios, por lo que consideramos que el ilícito establecido en el numeral 1 del artículo 29 no se configuró.

En este sentido, observa este Directorio de Responsabilidad Social que el artículo 34 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, contiene las situaciones agravantes y atenuantes, que deberán ser tomadas en cuenta a los efectos de la determinación de las sanciones a las que se refiere dicha Ley. Así, dispone el referido artículo lo siguiente:

(...Omissis...)

*Con base en los artículos transcritos, este Directorio observa que en el presente caso, no proceden circunstancias atenuantes a favor de la **Emisora Caracas FM 92.9 C.A.**, al no haber reconocido de forma voluntaria en el curso del procedimiento administrativo sancionatorio la existencia de la infracción, en virtud de que reconoce que la conducta desplegada por ellos objeto de este procedimiento pero indicando que la misma es legal, en el horario en que se transmitió, de igual forma no ha tenido la iniciativa de subsanar la situación de infracción.*

Por otro lado, se ha podido verificar que el prestador de servicio aquí analizado encuentra dentro de las circunstancias agravantes establecidas en el numeral 3 del antes mencionado artículo en virtud de que los mensajes infractores fueron difundidos a través de un servicio de radio con fines de lucro, adicionalmente a ello hemos analizado otras circunstancias agravantes durante el curso del procedimiento en relación a la conducta desplegada por la Emisora Caracas FM 92.9 C.A. en sus escritos de alegatos y defensas así como en la difusión de su programación durante el curso del procedimiento, la cual fue escuchada y analizada por este Directorio en concordancia con el informe sobre programación presentado por la Gerencia de Responsabilidad Social.

*Sobre la base de lo antes expuesto, este Directorio, de conformidad con lo establecido el numeral 2 literales 'c' y 'd' del artículo 28 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión que prevé que podrá ser sancionado el prestador de servicio con cesión de espacios para la difusión de mensajes culturales y educativos. En virtud de lo anteriormente expuesto, consideramos aplicable la sanción de **TREINTA (30) MINUTOS DE CESIÓN DE ESPACIO**. Esta sanción será cumplida en la forma y condiciones que a tal efecto indicará oportunamente la Secretaria de este Directorio de Responsabilidad Social.*

Capítulo VI

De la Decisión

Considerando que el artículo 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que el Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y el bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.

Considerando que la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Considerando que es una obligación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones velar por el cumplimiento de las disposiciones de la Ley de Responsabilidad en Radio y Televisión, y que en determinadas circunstancias debe iniciar procedimientos administrativos sancionatorios con la finalidad de investigar los posibles incumplimientos a la normativa que rige la materia.

Considerando que el Directorio de Responsabilidad Social tiene entre sus competencias, establecer e imponer las sanciones a que haya lugar de conformidad con la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión.

Considerando que dichas competencias consisten fundamentalmente en la planificación, detección y sanción de las irregularidades que puedan presentarse en materia de responsabilidad social en radio y televisión.

Quienes suscriben, en ejercicio de las competencias atribuidas en el numeral 2 del artículo 20, y el artículo 35 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, actuando como miembros del Directorio de Responsabilidad Social, dentro del lapso establecido para decidir y con base en los hechos y motivaciones anteriormente expuestos;

RESUELVEN

- 1) **SANCIONAR** al ciudadano **PETER BOTTOME**, (...) (Emisora Caracas FM 92.9, C.A.) en su carácter de prestador servicios de radiodifusión sonora (...) **con la cesión de espacios, por un lapso de TREINTA (30) MINUTOS**, de conformidad con lo establecido en los literales 'c' y 'd' del artículo 28 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión. Esta sanción deberá cumplirse en la forma y condiciones que a tal efecto indicará la Secretaría del Directorio de Responsabilidad Social.
- 2) **NOTIFICAR** el presente acto al ciudadano **PETER BOTTOME**, anteriormente Identificado, de conformidad con lo establecido en el artículo 35 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, en concordancia con los artículos 73 y 75 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, indicándole que contra el presente acto podrá interponer recurso contencioso administrativo, dentro de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la notificación ante la Corte de lo Contencioso Administrativo.
- 3) **COMISIONAR** a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones a los fines de la notificación de la presente Providencia Administrativa (...). (Resaltado del texto).

III DE LA DEMANDA

En fecha 16 de marzo de 2006, los abogados Gustavo Reyna y José Valentín González, actuando con el carácter de apoderados judiciales del ciudadano Peter Bottome y de la sociedad mercantil Emisora Caracas FM 92.9, C.A., interpusieron demanda de nulidad conjuntamente con acción de amparo cautelar contra la Providencia Administrativa Nro.

PADRS-0009, sin fecha, dictada por el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), en los siguientes términos:

Alegaron, que “(...) *la Providencia no señala en qué fecha fue adoptada, No obstante, el acto administrativo de notificación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (‘Conatel’) tiene como fecha de elaboración el 20 de enero de 2006; mientras que [sus] representados fueron notificados el 24 de enero de 2006*”. (Subrayado de la cita). (Agregados de la Sala).

Plantearon que, “[d]e conformidad con el artículo 334 de la Constitución, los artículos 6 (penúltimo aparte), 18(5) y 19(1) de la LOTSJ (sic) y el 20 del Código Procesal Civil (‘CPC’), solita[n] [que se] (...) *DESAPLIQUE por inconstitucional la Ley [de Responsabilidad Social en Radio y Televisión] a este caso concreto y que por ende, [se] declare la nulidad absoluta y total de la Providencia debido a que la Ley es el único fundamento normativo del acto administrativo cuya anulación se demanda (...)*”. (Mayúsculas y subrayado de la cita). (Agregados de la Sala).

Argumentaron, que “(...) *la Ley viola el artículo 203 de la Constitución ya que carece del carácter de ley orgánica a pesar de que se desarrolla de forma directa la libertad de expresión y el derecho a la información, garantizados en los artículos 57 y 58 de la Constitución (...)*”.

Consideraron, “(...) *que el Directorio de Responsabilidad Social (...) carece de potestad para imponer la sanción contenida en la Providencia. Por consiguiente, la Providencia fue dictada por un organismo manifiestamente incompetente, lo cual determina su nulidad absoluta, de conformidad con el artículo 19(4) de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (...)*”.

Sostuvieron, que la Providencia “(...) *es ilegal porque fue dictada sin que el Directorio hubiera solicitado y obtenido la opinión del Consejo de Responsabilidad Social (...) sobre la decisión definitiva del procedimiento sancionador que fue abierto contra [sus] representados. En efecto, según el último aparte del artículo 21 de la Ley, el Directorio está obligado a consultar en forma previa al Consejo cuando tenga que decidir sobre las materias de su competencia. La omisión de ese tipo de trámites conlleva que al acto definitivo se le aplique la sanción de nulidad relativa. Por ende, la Providencia es anulable, según lo dispuesto en el artículo 20 de la LOPA (sic)*”. (Agregados de la Sala).

Señalaron, que según lo establecido en el acto impugnado “(...) *incurrieron en cinco infracciones a la Ley. La primera de ellas estaría constituida por un mensaje transmitido el 8 de agosto de 2005 a las 8:41 AM, horario todo usuario, en el programa El Monstruo de la Mañana. En ese programa, según la Providencia, se habría violado el artículo 6 de la Ley ya que se habría transmitido una imprecación, constituida por la expresión ‘Soy el maldito gran roedor’ [y al respecto alegan que] (...) la Providencia es ilegal ya que, (i) durante la tramitación del procedimiento sancionador se violó el Derecho a la Defensa de [sus] representados garantizados por el artículo 49(1) de la Constitución (...) (ii) incurre en falso*

supuesto ya que la expresión señalada no constituye una imprecación". (Agregados de la Sala).

Explicaron, en cuanto al derecho a la defensa de los recurrentes, que *"(...) del Auto de Apertura del procedimiento sancionador (...) se puede concluir que [en] esa decisión [se les] imputó (...) que ese mensaje podría enmarcarse dentro del artículo 6(1) b y c de la Ley, es decir que la expresión podría (i) tener carácter soez (ii) tener carácter obsceno (iii) constituir una imprecación (iv) referirse a órganos o prácticas sexuales sin finalidad educativa, o bien (v) constituir una manifestación escatológica"*. (Agregados de la Sala).

Aseguraron, que *"(...) una imputación tan genérica e imprecisa imposibilitó que (...) pudieran ejercer cabalmente su Derecho a la Defensa durante el procedimiento sancionador, ya que no sabían con certeza cuál era la presunta infracción que investigaban Conatel y el Directorio (...)"*.

En torno al vicio de falso supuesto sostienen que la expresión cuestionada no constituye una imprecación. Para ello, citan varios pasajes de La Biblia y otras referencias de corte literario.

La segunda de las infracciones estaría constituida por un mensaje transmitido el día 8 de agosto de 2005, a las 9:15 a.m., horario todo usuario, en el programa *"El Monstruo de la Mañana"*. Tal mensaje habría vulnerado el artículo 6 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, ya que se habrían transmitido *"sonidos sexuales implícitos sin finalidad educativa de carácter erótico"*, en concreto las siguientes expresiones *"Por eso es que a mí me encantan las yeguas porque se autoinflingen (...), porque hay que morderlas durísimo, me encanta eso; en el cuello, es más en la oreja"*.

En este caso, sostuvieron que la Providencia es ilegal ya que (i) se lesionó el derecho a la defensa de los recurrentes tutelado por el artículo 49 numeral 1 constitucional durante la tramitación del procedimiento administrativo; (ii) incurre en un falso supuesto ya que *"(...) no existe prueba alguna en el expediente administrativo de que tal mensaje haya sido transmitido por [sus] representados (...)"*. (Agregado de la Sala).

En cuanto a la violación del derecho a la defensa denunciado, aludieron que *"(...) si se revisa con detenimiento el Auto de Apertura se concluye que era imposible identificar cuál era la calificación preliminar que Conatel había hecho con relación a ese mensaje. En efecto, en el Auto de Apertura no quedaba claro si Conatel consideraba que ese mensaje podría ser calificado como un elemento de sexo tipo 'B', tipo 'C' o tipo 'D'. En ese sentido, dado que existen importantes diferencias en cuanto a cada uno de esos tipos de contenidos sexuales según la Ley, mediante escrito presentado el 4 de octubre de 2005, [sus] representados advirtieron sobre esa (sic) problema con el propósito de que se corrigiera esa imprecisión en el Auto de Apertura. No obstante Conatel jamás subsanó esa flagrante ilegalidad. Por ello, [sus] representados jamás pudieron presentar alegatos en su defensa con relación a la supuesta transmisión de ese mensaje (...)"*. (Agregados de la Sala).

Asimismo, afirmaron que tal calificación resulta tan genérica e imprecisa que imposibilitó el ejercicio cabal del derecho a la defensa de los recurrentes, toda vez que del

auto de apertura no se desprende qué presunta infracción administrativa investigaban la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) y el Directorio. Por consiguiente, sostuvieron que la Providencia es nula, según lo dispuesto en los artículos 25 y 49 numeral 1 de la Constitución y el artículo 19 numeral 1 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En relación con el vicio de falso supuesto, agregaron que “(...) *no existe prueba alguna legalmente promovida y evacuada que evidencie que [sus] representados transmitieron el mensaje ‘Por eso es que a mí me encantan las yeguas porque se autoinflingen (...), porque hay que morderlas durísimo, me encanta eso; en el cuello, es más en la oreja’. Por ende, la Providencia incurre en un falso supuesto que determina su nulidad absoluta*”. (Agregado de la Sala).

Aseguraron, que “(...) *Conatel no cumplió con las directrices señaladas en la jurisprudencia ni con las disposiciones del Código Orgánico Procesal Penal, el cual ha debido aplicarse de forma supletoria. Por consiguiente, no existe prueba alguna en el expediente administrativo de que [sus] representados hayan transmitido el mensaje constitutivo de la infracción*”. (Agregado de la Sala).

Añadieron, que la tercera de las infracciones imputadas “(...) *estaría constituida por un mensaje transmitido el 30 de junio de 2005 a las 6:51PM, horario todo usuario, en el programa Piel Adentro. En ese programa, según la Providencia, se habría violado el artículo 6 de la Ley ya que se habría transmitido elementos clasificados de sexo tipo ‘C’, es decir, ‘sonidos sexuales implícitos sin finalidad educativa de carácter erótico’, en concreto, las siguientes expresiones: ‘Pelen el oído antes de pelarse otra cosa, y présteme atención porque meterla y dejársela meter tiene sus placeres, pero también tiene sus riesgos’ (...)*”.

Sobre este particular, denunciaron, (i) el quebrantamiento de su derecho a la defensa reconocido por el artículo 49 numeral 1 de la Carta Magna, y (ii) existencia del vicio de falso supuesto, “(...) *ya que el mensaje transmitido sí tiene carácter educativo y además no fue transmitido en horario todo usuario, sino en horario supervisado*”.

En cuanto al menoscabo del derecho a la defensa, manifestaron que “(...) *si se revisa con detenimiento el Auto de Apertura se concluye inevitablemente que era imposible identificar cuál era la calificación preliminar que Conatel había hecho con relación a ese mensaje. En efecto, en el Auto de Apertura no quedaba claro si Conatel consideraba que ese mensaje podría ser calificado como un elemento de sexo tipo ‘B’ o tipo ‘C’. En ese sentido, dado que existen importantes diferencias en cuanto a cada uno de esos tipos de contenidos sexuales según la Ley, mediante escrito presentado el 4 de octubre de 2005, [sus] representados advirtieron sobre ese problema con el propósito que se corrigiera esa imprecisión en el Auto de Apertura. No obstante, Conatel jamás subsanó esa flagrante ilegalidad (...)*”. (Agregado de la Sala).

Tal como lo han sostenido con anterioridad, atribuyeron a que esa imputación tan genérica e imprecisa imposibilitó el correcto ejercicio de su derecho a la defensa,

vulnerando con ello lo dispuesto en los artículos 25 y 49 numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La denuncia de falso supuesto la soportan en el carácter educativo de ese segmento radial. En tal sentido, manifestaron que el lenguaje empleado en el programa es un lenguaje técnico y profesional, que la presentación no es más que un “*gancho*” o forma ingeniosa de generar interés mediante el uso de expresiones coloquiales que son familiares para el público y que se corresponde con el estilo juvenil de la emisora.

Asimismo, sostuvieron que no existe prueba plena que permita demostrar la comisión de la infracción imputada.

Detallaron, que “(...) *la cuarta de las infracciones cometidas por [sus] representados estaría constituida por un mensaje transmitido el 8 de agosto de 2005 a las 10:20 PM, horario supervisado, en el Programa El Show de la Gente Bella. En ese programa, según la Providencia, se habría violado el artículo 6 de la Ley ya que se habrían transmitido mensajes obscenos, en concreto, las siguientes expresiones: ‘creo que la segunda alternativa te sienta bien a ti, porque se nota que eres una perra o llevas una perra adentro’.* En ese sentido, [señalaron] que la Providencia incurre en un falso supuesto ya que ese mensaje no tiene carácter obsceno”, y que de haber sido transmitida en horario supervisado se ajusta a los requerimientos de los artículos 6 y 7 de la mencionada Ley, motivo por el cual denuncian el vicio de falso supuesto en el acto administrativo impugnado. (Agregado de la Sala).

Acotaron, que “(...) *la quinta y última de las infracciones cometidas por [sus] representados estaría constituida por un mensaje transmitido el 8 de agosto de 2005 a las 10:33 PM, horario supervisado, en el Programa El Show de la Gente Bella. En ese programa, según la Providencia, se habría violado el artículo 6 de la Ley ya que se habrían transmitido mensajes clasificados de lenguaje tipo ‘C’, en concreto, las siguientes expresiones: ‘Maldito seas por siempre, siempre seas maldito, maldito seas’ (...).*” (Agregado de la Sala).

Insistieron en la ilegalidad de la Providencia impugnada, alegando la violación del derecho a la defensa y “(...) *una grave inmotivación que impide conocer la calificación jurídica definitiva que hizo el Directorio sobre el mensaje cuestionado; todo lo cual genera indefensión y obliga a que aplique la Providencia la sanción de nulidad absoluta, según lo dispuesto en los artículos 25 y 49(1) de la Constitución y el artículo 19(1) de la LOPA*”.

Aseveraron, que ese mensaje podría enmarcarse dentro del artículo 6 numeral 1, literales “*b*” y “*c*” de esa Ley y que tal imprecisión, en su criterio, cercena el ejercicio cabal de su derecho a la defensa en sede administrativa.

Afirmaron, que “(...) *la Providencia también incurre en una grave imprecisión que constituye un caso de inmotivación que genera indefensión a [sus] representados (...)*”, y que “(...) *se limita a señalar que el mensaje cuestionado constituye un elemento de lenguaje tipo ‘C’, lo cual es inaceptable porque existen cuatro variedades de ese tipo de elementos lingüísticos, a saber: (i) el tener carácter obsceno (iii) constituir una imprecación (iv) el*

referirse a órganos o prácticas sexuales sin finalidad educativa explícita; o bien, (v) el constituir una manifestación escatológica. Esa imprecisión implica un caso de inmotivación que viola el artículo 18(5) de la LOPA, ya que [les] impide conocer con precisión cuál fue la calificación jurídica que el Directorio hizo recaer sobre el mensaje cuestionado (...)". (Agregados de la Sala).

En conclusión, señalaron con fundamento en los artículos 25 y 49 de la Constitución y el artículo 19 numeral 1 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que la Providencia es nula ya que, *i)* el auto de apertura impidió que sus representados conocieran con precisión qué presunta infracción investigaba la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) con relación al referido mensaje y, *ii)* la Providencia incurre en inmotivación ya que no expresa cual fue la calificación jurídica que el Directorio le dio al mensaje cuestionado, menoscabando así el derecho de sus representados a impugnar la Providencia.

Subsidiariamente a lo anterior, agregaron que si se desestima lo argumentado anteriormente, dan por reproducido lo expuesto en la sección 4.2. de su demanda, lo cual evidencia que la palabra “*maldito*” es una expresión de uso común en el lenguaje literario y que no constituye un contenido de transmisión ilegal. Por ende, cualquier sanción que se imponga por la transmisión de esa expresión adolecería del vicio de falso supuesto, lo que implica que debe aplicársele la sanción de nulidad absoluta.

Que “*Según el artículo 34(3) de la Ley ‘Que el mensaje infractor haya sido difundido a través de un servicio de radio o televisión con fines de lucro’, constituye una circunstancia agravante. Por consiguiente, la condición subjetiva del operador de un servicio siempre agravará la sanción que se le pueda aplicar cuando se le instruya un procedimiento sancionador. Se trata de un traslado de lo que se conoce como ‘Derecho Penal de Autor’ al derecho administrativo sancionador; lo cual es inaceptable porque el ‘Derecho Penal de Autor’ es una manifestación típica de los regímenes totalitarios y es rechazada por los más importantes autores modernos de derecho penal, por lo cual (...) es incompatible con un Estado Social y Democrático de Derecho ya que constituye una violación del Principio de la Legalidad Sancionadora, consagrado en el artículo 49(6) de la Constitución. Asimismo, [se está] ante una violación del derecho a la igualdad y no discriminación garantizado por el artículo 21 de la Constitución, porque los operadores sin fines de lucro, no sólo están exentos de esa agravante, sino que su condición de operadores sin fines de lucro constituye, en todo caso, una circunstancia atenuante (...)*”. (Agregado de la Sala).

Manifestaron, que “*(...) basándose en el artículo 334 de la Constitución, los artículos 6 (penúltimo aparte), 18(5) y 19(1) de la LOTSJ y el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, esa Corte tiene el deber de DESAPLICAR el artículo 34(3) de la Ley a este caso concreto (...)*”.

Arguyeron que “*Según la Providencia, la ‘sanción deberá cumplirse en la forma y condiciones que a tal efecto indicará la Secretaría del Directorio de Responsabilidad*

Social'. Al respecto, [señalan] (...) que esa disposición accidental es ilegal porque según la Ley, la única autoridad competente para imponer sanciones y determinar su forma de cumplimiento es el Directorio, según lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley. Es evidente que la Providencia incurrió en un falso supuesto de derecho al interpretar erróneamente la Ley y concluir que la Secretaría del Directorio era competente para determinar la forma de cumplimiento de la sanción impuesta a [sus] representados. Por ende, en lo que corresponde a esa disposición accidental, la Providencia es absolutamente nula (...)"'. (Agregados de la Sala).

Asimismo, fundamentaron la solicitud de amparo cautelar, en los mismos argumentos anteriormente expuestos en relación con la violación del numeral 1 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, referente a la vulneración del derecho a la defensa. Por cuanto en el auto de apertura del procedimiento sancionador, se impide conocer la calificación jurídica definitiva que hizo el Director sobre los mensajes cuestionados.

En virtud de lo anterior, solicitaron que en la decisión se “1.- *ANULE la Providencia por adolecer de los vicios de incompetencia manifiesta, violación del derecho a la defensa, falso supuesto e inmotivación que genera indefensión. 2.- DECRETE mandamiento de amparo cautelar suspendiendo los efectos de la Providencia mientras se tramita y decide esta demanda de anulación, con fundamento en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (...)*”.

IV SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia Nro. 2013-1833 de fecha 17 de octubre de 2013, la entonces Corte Primera de lo Contencioso Administrativo -hoy Juzgado Nacional Primero Contencioso Administrativo de la Región Capital- declaró sin lugar la demanda de nulidad interpuesta conjuntamente con acción de amparo cautelar, por los apoderados judiciales del ciudadano Peter Bottome y de la sociedad mercantil Emisora Caracas FM 92.9, C.A. contra la Providencia Administrativa Nro. PADRS-0009 (sin fecha), dictada por el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), mediante el cual se le impuso a los recurrentes la sanción y cesión de espacios por un lapso de treinta (30) minutos, con base en los literales “c” y “d” del artículo 28 de la Ley de Responsabilidad Social de Radio y Televisión, con fundamento en lo siguiente:

“(...)”

-V-

MOTIVACIONES PARA DECIDIR

Determinada mediante sentencia N° 2006-003186 de fecha 29 de noviembre de 2006, la competencia de esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo para conocer del presente recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto conjuntamente con

amparo cautelar contra la Providencia Administrativa N° PADRS-009, dictada por el Directorio de Responsabilidad Social, procede este Órgano Judicial al análisis de la controversia planteada y en ese sentido, pasa a examinar la totalidad de las denuncias formuladas dentro del escrito recursivo.

1. De la solicitud de desaplicación de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión por presuntos motivos de inconstitucionalidad.

(...Omissis...)

Ahora bien, esta Corte como punto previo pasará de seguidas a analizar la procedencia de la petición planteada por la parte recurrente referente a la desaplicación de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, a los fines de determinar la sanción que fuera impuesta por el Directorio de Responsabilidad Social mediante la Providencia N° PADRS-009, ello con base a lo establecido en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece lo siguiente:

(...Omissis...)

En torno a este punto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la decisión N° 183 de fecha 4 de marzo de 2011 (Caso: Arelys Judith Durán), estableció lo siguiente:

(...Omissis...)

También, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 02589 de fecha 8 de diciembre de 2004 (Caso: Seguros Mercantil, C.A.), dejó sentado lo siguiente:

(...Omissis...)

De modo que, aplicando el referido artículo constitucional 334 -y desarrollado por el Máximo Tribunal- corresponde a todos los Jueces de la República asegurar la integridad de la Constitución Nacional, a través del llamado control difuso, el cual se ejerce cuando en una causa de cualquier clase que está conociendo el Juez, éste reconoce que una norma jurídica, es incompatible con la Constitución, caso en que actuando a instancia de parte o de oficio, la desaplica (la suspende) para el caso concreto que está conociendo, dejando sin efecto la norma en dicha causa (y sólo en relación a ella), haciendo prevalecer para ello la norma constitucional que la contraría.

Ello así, debe esta Corte señalar que el artículo 1 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, establece lo siguiente:

(...Omissis...)

Conforme al artículo parcialmente transcrito, la mencionada Ley persigue establecer la responsabilidad social de los prestadores de los servicios de radio y televisión, así como de los anunciantes, los productores nacionales independientes y los usuarios y usuarias, en la difusión y recepción de mensajes.

En relación a la responsabilidad social, cabe destacar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé en su artículo 132 lo siguiente:

(...Omissis...)

Con fundamento en esa responsabilidad social, el referido texto legal prevé en su artículo 3 que tiene por objetivo ‘Garantizar el respeto a

la libertad de expresión e información, sin censura, dentro de los límites propios de un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia y con las responsabilidades que acarrea el ejercicio de dicha libertad, conforme con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados internacionales ratificados por la República en materia de derechos humanos y la ley... ’.

Ello así, esta Corte debe referir que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante decisión N° 1381 de fecha 11 de julio de 2006, caso: ‘Marcel Granier y otros’, estableció respecto a la libertad de expresión, la cual se encuentra tipificada constitucionalmente en el artículo 57 de la Carta Magna venezolana, lo siguiente:

(...Omissis...)

Determinada la relatividad del ejercicio de la libertad de expresión instituida en el artículo 57 de la Constitución Nacional, advierte esta Corte la decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1942 de fecha 15 de julio de 2003, el cual respecto a lo que hemos venido tratando, estableció lo siguiente:

(...Omissis...)

De tal manera, que se observa en la citada Ley, el desarrollo de la normativa que regula la actividad en la radio y televisión para limitar la libertad in commento, a los parámetros de los valores y principios de Estado que tipifica el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela para verificar la responsabilidad de los sujetos a los cuales va dirigida y someten a la Ley, de forma tal, que debe esta Corte desechar por improcedente el alegato a que la normativa imperante a la cual debería aplicarse a este caso en concreto, lo fuera una Ley Orgánica que desarrolle el presunto derecho ilimitado de la libertad de expresión, pues tal apreciación se traduciría en descalificar a todos aquellos actos de carácter legislativo que conlleven a la regulación de la responsabilidad en la prestación del servicio audio y visual, pues ello trasluciría a limitar no solo a la Ley sino a la Constitución, puesto que ésta está cercada para dejar ajustar tal situación de regulación, a través de las normas jurídicas como lo es la Ley de Responsabilidad en Radio y Televisión.

Con base a lo anterior, esta Corte declara improcedente la solicitud de desaplicación de la Ley de Responsabilidad en Radio y Televisión para el caso en concreto, de conformidad con lo estipulado en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide.

2. De la omisión del trámite de requerir la opinión del Consejo de Responsabilidad Social.

(...Omissis...)

Alegado lo anterior, debe esta Corte hacer referencia a la Dirección de Responsabilidad Social, de conformidad a lo establecido en el artículo 20 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, publicada el 12 de diciembre de 2005 en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.333, el cual dispone su creación y conformación como sigue:

(...Omissis...)

Con fundamento en el anterior artículo, debe señalarse que el Directorio de Responsabilidad Social es un órgano 'multi-sectorial', creado por el Legislador para el ejercicio de las competencias establecidas en la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, en desarrollo directo de los principios y derechos constitucionales, tales como el de –expresión, libertad de consciencia, difusión, comunicación, información veraz, réplica, rectificación, honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad, reputación, desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, entre otros- (Vid. sentencia N° 02790 de fecha 12 de diciembre de 2006, emanada de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, caso: Cervecería Polar, C.A.).

De modo que, teniendo tal Directorio el haz de atribuciones establecidas en la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión a los fines de imponer aquellas sanciones que crea conveniente instituir a los prestadores de los servicios de radio y televisión, así como de los anunciantes, los productores nacionales independientes y los usuarios y usuarias, en la difusión y recepción de mensajes, por motivo de las responsabilidades sociales en que tales personeros incurran.

Ello así, y por cuanto la denuncia de la recurrente se traduce en la solicitud de declaratoria de ilegalidad de la Providencia recurrida por cuanto -a su decir-, no estuvo precedida de la consulta previa al Consejo de la Responsabilidad Social, debe este Órgano Jurisdiccional destacar lo establecido en el artículo 21 eiusdem, el cual constituye el fundamento del mencionado Consejo, estableciendo lo siguiente.

(...Omissis...)

Del anterior artículo, se evidencia que la Ley in commento estableció la creación del Consejo de Responsabilidad Social, el cual viene a constituirse como un órgano de consulta previa a las decisiones que vayan a ser tomadas por el Directorio de Responsabilidad Social relacionadas a la materia de su competencia, apreciándose de igual forma que en caso que haya el silencio respecto a la consulta señalada, la misma se consideraría positiva.

Ahora bien, esta Corte no logra observar ni del expediente principal, ni de la pieza administrativa, documento alguno en donde se pueda apreciar la consulta previa por parte del Directorio de Responsabilidad Social para con el Consejo de Responsabilidad Social, de modo que debe este Órgano Jurisdiccional plantearse una pregunta ¿es realmente imprescindible la consulta previa a que se ha hecho referencia, a los fines de la decisión que haya tomado el Directorio de la Responsabilidad Social?

Pues hay que destacar que, la misma normativa le califica al Consejo de Responsabilidad Social como un órgano de mera consulta previa a la decisión que vaya a tomar el directorio referido, de modo que tal consulta a modo de ver de este Órgano Jurisdiccional, configura una solicitud de opinión respecto al caso que se vaya a decidir, de manera que no vendría a tener carácter vinculante, pues si bien es cierto que en caso de procederse la mencionada consulta y no haber respuesta alguna por parte del Consejo in commento, operando así el silencio administrativo de carácter positivo, no es óbice para que la Administración sancionadora deje de lado tal opinión bien sea favorable o adversa a los intereses de aquellos operadores que están

sometidos a la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, por lo que al no tener carácter vinculante para la decisión final la consulta cuestionada por cuanto la misma se tomaría como una mera recomendación, esta Corte debe desechar el argumento de la recurrente en cuanto a la declaratoria de ilegalidad de la Providencia Administrativa recurrida, dado que –a su decir- omitió la consulta a que hace referencia el artículo 21 de la señalada Ley, pues como se dejó sentado, dicha consulta no es del carácter obligatoria o vinculante para la Administración a la hora de ejercer su potestad sancionatoria. Así se decide.

3. De la presunta incompetencia del Directorio de Responsabilidad Social para imponer la sanción contenida en la Providencia N° PADRS-009.

(...Omissis...)

De lo anterior, esta Corte observa que el punto debatido en este apartado se circunscribe en determinar si el acto administrativo recurrido se encuentra viciado de incompetencia, por ser –a decir de la recurrente- el Directorio de Responsabilidad Social el órgano que se encargó de imponer sanción de conformidad a lo establecido en el artículo 35 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión sin que tal normativa lo haya facultado o atribuido el ejercicio de tal potestad sancionatoria.

(...Omissis...)

En ese sentido es conveniente señalar lo dispuesto en los artículos 20 y 35 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, los cuales disponen lo siguiente:

(...Omissis...)

De los anteriores planteamientos normativos, se deduce que el órgano facultado por Ley para dictar el acto administrativo que le pone fin al procedimiento administrativo, para así establecer e imponer las sanciones a que haya lugar de conformidad con el referido texto legal, es el Directorio de Responsabilidad Social, es decir, es el único con competencia para dictar una determinada decisión en cualquier procedimiento administrativo que se ventile con ocasión a la responsabilidad social en radio y televisión, pues ha de entenderse agotada la vía administrativa una vez que se haya dictaminado respecto a tal procedimiento.

En este mismo sentido, observa esta Corte que la sanción impuesta a la recurrente, con ocasión a la Providencia Administrativa N° PADRS 009 con recibo de fecha 24 de enero de 2006, impugnada en nulidad, deviene en que dicho acto administrativo en su parte dispositiva estableció en contra del ciudadano Peter Bottome y la Emisora Caracas FM 92.9, C.A., la sanción de '**...cesión de espacios, por un lapso de TREINTA (30) MINUTOS**, de conformidad con lo establecido en los literales 'c' y 'd' del artículo 28 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión'.

De lo anterior, aprecia esta Corte que el Directorio de Responsabilidad Social no sólo estableció los límites en los cuales fundamentó su decisión, sino que además especificó los parámetros en los que las recurrentes debían cumplir con la sanción impuesta, como lo es, a saber, la sanción antes referida.

Por lo tanto, es evidente que el Directorio de Responsabilidad Social es el órgano con competencia para la manifestación de voluntad administrativa que se derive de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, pues es éste y no otro el llamado a desarrollar las potestades administrativas que desarrollen sanciones en materia de responsabilidad social, de modo que la Representación Judicial de las partes recurrentes no adujeron argumento alguno, mediante el cual lograra proceder la denuncia de la presunta incompetencia del órgano decisor en materia de la responsabilidad antes señalada a la cual incurren, tanto los operadores, como los ciudadanos que están incurso en la aplicación de la Ley ut supra citada. Así se decide.

4. De la violación al derecho a la defensa.

(...Omissis...)

(...) esta Corte considera necesario traer a colación lo que ha establecido la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, respecto al artículo 49 in comento, y al respecto, ha señalado que:

(...Omissis...)

Al respecto, esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, ha realizado reiteradamente consideraciones pormenorizadas, estableciendo entre otras cosas, lo siguiente:

(...Omissis...)

Ahora bien, a los fines de determinar si se configura la denunciada violación al derecho de la defensa en el presente caso, este Órgano Jurisdiccional observa que la Representación Judicial de las partes recurrentes adujo que, ‘Con relación a la transmisión de la expresión ‘Soy el maldito gran roedor’, luego de una difícil lectura del Capítulo I (De los Hechos) y del Capítulo III (De la Decisión) del Auto de Apertura, se puede concluir que esa decisión le imputó a nuestros representadas (sic) que ese mensaje podría enmarcarse dentro del artículo 6 (1) b y c de la Ley (sic), es decir que la expresión podría (i) tener carácter soez (ii) tener carácter obsceno (iii) constituir una imprecación (iv) referirse a órganos o prácticas sexuales sin finalidad educativa explícita, o bien (v) constituir una manifestación escatológica’.

(...Omissis...)

Ahora bien, destaca esta Corte que de la Providencia Administrativa N° PADS-680 de fecha 19 de septiembre de 2005 (Vid. folios del 1 al 14 y su vuelto del expediente administrativo), que resolvió ordenar la apertura del procedimiento administrativo sancionatorio a las partes recurrentes, en su Capítulo I relativo a los hechos, se aprecia lo que sigue:

(...Omissis...)

Del acto administrativo de apertura parcialmente transcrito, esta Corte observa que al ciudadano Peter Bottome y a la Emisora Caracas FM 92.9, C.A., se les notificaron del inicio del procedimiento sancionatorio administrativo, a los fines de que en un lapso no mayor a diez (10) días hábiles manifestaran los alegatos de hecho y de derecho en su favor, así como por la presunta comisión de los ilícitos administrativos contenidos en los literas ‘C’ y ‘D’ del numeral 2 del

artículo 28 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, así como el artículo 29 numeral 1 de la referida Ley.

Así las cosas, el artículo 28 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, estipula en su numeral 2, literales 'C' y 'D' lo siguiente:

(...Omissis...)

De acuerdo al artículo parcialmente transcrito, esta Corte observa que aquellas empresas que en materia de radio y televisión manifiesten su ámbito de actividad, podrán ser sancionadas con la cesión de espacios para la difusión de mensajes culturales y educativos, cuando difundan en el horario 'Todo Usuario', aquellos mensajes que contengan elementos que son clasificados en los términos expuestos por la misma Ley, como elementos de tipo 'B', 'C', 'D' y 'E', determinados de acuerdo al artículo 7 eiusdem.

Ello así, el artículo 7 de la referida Ley establece lo siguiente:

(...Omissis...)

De lo anterior, es de destacar que tales elementos de lenguaje de carácter o de tipo 'B' y 'C' y de sexo tipo 'C' son los siguientes de conformidad a lo estipulado en el artículo 6 eiusdem:

Lenguaje:

- 1. Tipo 'B': son aquellas imágenes o sonidos que, en su uso común, tengan un carácter soez y;*
- 2. Tipo 'C', aquellas imágenes o sonidos que, en su uso común, tengan carácter obsceno, que constituyan imprecaciones, que describan, representen o aludan, sin finalidad educativa explícita, a órganos o prácticas sexuales o a manifestaciones escatológicas.*

Sexo:

- 1. Tipo 'C', aquellas imágenes o sonidos sexuales implícitos sin finalidad educativa; o manifestaciones o aproximaciones de carácter erótico que no incluyan actos o prácticas sexuales explícitas.*

(...Omissis...)

De modo que, al igual que del acto administrativo de apertura del procedimiento instaurado en fecha 19 de septiembre de 2005, en contra de las recurrentes, se observa que la Providencia Administrativa N° PADRS-009 recurrida, al realizar la motivación de hecho y de derecho, la Administración verificó que se encontraban materializados 'los extremos de los literales 'c' y 'd' del numeral 2 del artículo 28 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión', por lo que esta Corte en relación a ello, debe desechar los argumentos empleados por la Representación Judicial de dichas partes, dado que a las mismas se les notificó del inicio del procedimiento debido en fecha 20 de septiembre de 2005 por la presunta comisión del ilícito administrativo establecido en el artículo anterior; hecho este que configuró el matiz del procedimiento administrativo sancionatorio debidamente señalado en contra de las recurrentes, de tal manera que la violación al derecho a la defensa no es apreciada por este Órgano Jurisdiccional por cuanto tuvieron sus debidas oportunidades factibles y legales para evadir la denuncia establecida en el procedimiento instaurado por el Director de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) con base al artículo in commento, pues así se aprecia que las frases expresadas a través de la Emisora

Caracas FM 92.9, C.A., por medio de las cuales se les sancionó a las recurrentes, fungen como supuestos de hechos de la normativa aplicada al caso en concreto, cuya subsunción a tales supuestos fungieron dentro de los elementos de lenguaje tipo 'C' y sexo tipo 'C', respectivamente, las cuales se encuentran inmersas en el artículo 28 comentado. Así se decide.

a. La Representación Judicial de los recurrentes también alegó la violación al derecho a la defensa respecto a lo que sigue:

En relación a la expresión 'Por eso es que a mí me encantan las yeguas porque se autoinfligen, porque hay que morderlas durísimo, me encanta eso; en el cuello, es más en la oreja', señalan que '...si se revisa con detenimiento el Auto de Apertura se concluye que era imposible identificar cuál era la calificación preliminar que Conatel (sic) había hecho con relación a ese mensaje. En efecto, en el Auto de Apertura no quedaba claro si Conatel (sic) consideraba que ese mensaje podría ser calificado como un elemento de sexo tipo 'B', tipo 'C' o tipo 'D' (...) [por lo que] es claro que el Auto de Apertura violó el Derecho a la Defensa de nuestros representados ya que les impidió conocer qué presunta infracción administrativa investigaban (sic) Conatel (sic) y el Directorio' (Corchetes de esta Corte).

Asimismo, con relación a la frase 'Pelen el oído antes de pelarse otra cosa y présteme atención porque meterla y dejársela meter tiene sus placeres, pero también tiene sus riesgos', los recurrentes alegan que, '...si se revisa con detenimiento el Auto de Apertura se concluye inevitablemente que era imposible identificar cuál era la calificación preliminar que Conatel (sic) había hecho con relación a ese mensaje. En efecto, en el Auto de Apertura no quedaba claro si Conatel (sic) consideraba que ese mensaje podría ser calificado como un elemento de sexo tipo 'B' o tipo 'C' (...) [por lo que a su entender] es claro que el Auto de Apertura [del procedimiento administrativo sancionatorio] violó el Derecho a la Defensa...' (Corchetes de esta Corte).

También, respecto a la expresión transmitida 'Maldito seas por siempre, siempre seas maldito, maldito seas', señala que '...la Providencia es ilegal ya (...) que el Auto de Apertura violó el Derecho a la Defensa de [sus] representados ya que les impidió conocer con precisión la presunta infracción administrativa que investigaban Conatel (sic) y el Directorio' (Corchetes de esta Corte).

Aunado a lo anterior, alegaron que el acto administrativo recurrido adolece del vicio de inmotivación por una presunta imprecisión, dado que 'En efecto, la Providencia se limita a señalar que el mensaje cuestionado constituye un elemento de lenguaje tipo 'C'; lo cual es inaceptable porque existen cuatro variedades de ese tipo de elementos lingüísticos, a saber: (i) el tener carácter obsceno (iii) (sic) constituir una imprecación (iv) (sic) el referirse a órganos o prácticas sexuales sin finalidad educativa explícita, o bien (v) (sic) el constituir una manifestación escatológica. Esa imprecisión implica un caso de inmotivación...'.

Ahora bien, esta Corte debe destacar que los referidos alegatos se encuentran subsumidos en el desarrollo que anteriormente se hiciera respecto a la alegada violación al derecho a la defensa respecto a la frase expresada 'Soy el maldito gran roedor', por cuanto el procedimiento administrativo instaurado por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) en fecha 19 de septiembre de 2005, lo fue con base a la presunta comisión del ilícito administrativo

figurado en el artículo 28 numeral 2, literales 'C' y D', los cuales se encuentran inmersos en la aplicación racional de la normativa, a la cual fue aplicada para la subsunción de los hechos que acaecieron, a los fines de determinar la sanción administrativa impuesta a las partes recurrentes, de modo que da por reproducido lo anteriormente desarrollado por este Órgano Judicial. Así se establece.

5. Del vicio de falso supuesto.

(...Omissis...)

(...) la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 355 de fecha 24 de marzo de 2011 (caso: Basirah Manrique Marin), sostuvo:

(...Omissis...)

*Ahora bien es de destacar que de conformidad al artículo 7 de la Ley de Responsabilidad en Radio y Televisión tipifica que el horario todo usuario viene a ser aquel durante el cual sólo se podrá difundir mensajes que puedan ser recibidos por todos los usuarios y usuarias, incluidos **niños, niñas y adolescentes sin supervisión de sus madres, padres, representantes o responsables**, el cual se encuentra comprendido entre las siete antemeridiano y las siete postmeridiano.*

Ello así, esta Corte observa que en todo el legajo procesal respecto de la presente causa no se encuentra alegato alguno de parte de la Representación Judicial de las partes recurrentes que logre desvirtuar en momento alguno que haya proferido a través del programa audio radial que fomentan, la frase a que se ha hecho alusión en este punto que se estudia, de tal manera que pasara este Órgano Jurisdiccional al análisis interpretativo de la palabra imprecación para verificar si el mismo se encuentra tutelado de hecho con la frase in commento, así como con los postulados constitucionales de la responsabilidad social aplicada a los operadores frente a la colectividad.

Primeramente, esta Corte observa a los folios 181 al 189 del expediente administrativo, el acta de fecha 4 de noviembre de 2005, mediante el cual se evacuó el testigo promovido como acto de sustanciación por la Consultoría Jurídica de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) en el curso del procedimiento administrativo sancionatorio, la cual es la ciudadana Jacinta Macadan, titular de la cédula de identidad N° 5.471.515, según la cual en la pregunta N° 2 realizada por la Representación Judicial de los recurrentes, se aprecia que el mismo insiste en que si dicha testigo conoce 'las caricaturas de Pixie, Dixie y el gato Jinks, en las cuales se usa la expresión malditos roedores', prueba ésta a la cual tuvieron control y pretenden justificar su utilización gracias a tales figuras caricaturescas.

Asimismo, cabe señalar que en fecha 7 de junio de 2011, se llevó a cabo en el Juzgado de Sustanciación de esta Corte, el acto de evacuación de la prueba de testigo promovida por la Representación Judicial de los recurrentes, la cual se encuentra inserto en los folios 27 al 33 de la tercera pieza del expediente judicial del caso de marras, evidenciándose del mismo lo siguiente:

(...Omissis...)

Ello así, esta Corte observa que la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, publicada en la Gaceta Oficial de la

República Bolivariana de Venezuela Extraordinaria N° 5.859 del 10 de diciembre de 2007, establece en los artículos 69 al 72, lo siguiente:

(...Omissis...)

De lo anterior, se desprende que las emisoras de radio y televisión tienen la obligación de difundir durante el horario todo usuario, aparte del derecho que tiene de expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, asumiendo para ello su responsabilidad, también de fomentar programaciones que proporcionen elementos de alta calidad educacional, cultural, deportivo, artística o de entretenimiento, respectivamente, siempre y cuando no tergiverse ese derecho de expresión que no lo es del todo absoluto de conformidad con lo establecido en el artículo 57 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Así, es de destacar que la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia mediante la sentencia N° 633 del 11 de mayo de 2011, caso: Corpomedios GV Inversiones, C.A., estableció en relación a lo anterior, lo siguiente:

(...Omissis...)

Ello así, y constatada el acta de evacuación de la prueba de testigo de fecha 7 de junio de 2011, esta Corte evidencia que de tales respuestas surgen una apreciación de parte del testigo experto del todo muy subjetiva para con el empleo de la palabra maldito en la frase 'Soy el maldito gran roedor', pues pareciera que trata de justificar tal empleo bajo la premisa de que '...la Lengua evoluciona a lo largo del tiempo con lo cual muchas veces los significados de diversas palabras también cambian a lo largo del tiempo...', pues es de hacer notar esta Corte que si bien la Lengua es la consecuencia de la expresión de los signos, más vale la interpretación que de los mismo se deriven, de allí que sería la interpretación evolutiva a la que hace mención el mencionado testigo.

Respecto a lo anterior, se tiene que el autor Ricardo Guastini ha señalado que existe tanto una interpretación histórica como evolutiva, manifestando para ello lo que sigue:

(...Omissis...)

A todo ello, esta Corte se atreve a establecer que más allá de los intereses de los recurrentes, lo que priva son los intereses que la sociedad debe mantener en pro de los derechos del niño, niña y adolescente, pues dentro de tales derechos, se encuentran el derecho a su formación y desarrollo cultural, educativo y amante de los valores que caracterizan al buen ciudadano que fomenta y debe respetar el Estado a través de la Constitución Nacional no dejando de lado la responsabilidad social a la que los prestadores del servicio no deben estar exentos para responder por el progreso de tales valores.

Fundamentado lo anterior, esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo debe rechazar los alegatos de las recurrentes, dado que los mismos hicieron hincapié a la utilización no como imprecación de la palabra maldito antes estudiada, mas no hicieron referencia alguna a los valores que se perderían en caso que estas frases se sigan difundiendo en el espectro radioeléctrico, de modo que se debe declarar improcedente la denuncia del falso supuesto de hecho al subsumirse la frase 'soy el maldito gran roedor' en el artículo 6 de la ley de Responsabilidad Social en radio y Televisión por constituir una

imprecación que a la lastre de todo este desarrollo, evoluciona en nada a la finalidad educativa que en el horario todo usuario ha de desarrollarse. Así se decide.

(b) La Representación Judicial de los recurrentes alegó el falso supuesto de hecho del acto recurrido por cuanto a su decir, 'En el expediente administrativo, no existe prueba alguna legalmente promovida y evacuada que evidencie que [sus] representados transmitieron el mensaje 'Por eso es que a mi (sic) me encantan las yeguas porque se autoinfligen (...), porque hay que morderlas durísimo, me encanta eso; en el cuello, es más en la oreja' ... '.

(...Omissis...)

En el auto de apertura del procedimiento administrativo sancionatorio de fecha 19 de septiembre de 2005, emanado de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), se observa en el Capítulo I relativo a los hechos, lo siguiente:

(...Omissis...)

En relación al anterior mensaje radial que presuntamente los recurrentes transmitieron al público en fecha 8 de agosto de 2005, hora 9:15 A.M., los mismos alegaron en esta Instancia Judicial que ellos 'JAMÁS admitieron haber transmitido el mensaje al que se hace referencia...' (Negrillas y mayúsculas de la cita).

Ahora bien, destaca esta Corte que ni de las actas que conforman el expediente administrativo, ni del contenido del escrito de fecha 4 de octubre de 2005, mediante el cual los recurrentes presentaron sus alegatos en el procedimiento iniciado por auto de fecha 19 de septiembre de 2005, se observa que los mismos hayan expresado las razones o defensas pertinentes, a los fines de desvirtuar la presunta transmisión del mensaje a que se hizo referencia supra, de modo que en realidad tales recurrentes no admitieron tal hecho. De modo que debe esta Corte hacer remisión a las pruebas que cursan en actas.

Ello así, se observa que las partes recurrentes alegaron que '...es claro que no existen pruebas de que (...) hayan transmitido el mensaje...' en estudio.

(...Omissis...)

Ahora bien, es de destacar que el expediente administrativo viene a ser la pieza fundamental para establecer si existe o no la presunta denuncia de parte de la Administración para con los recurrentes, de modo que la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia estableció que:

(...Omissis...)

De lo anterior, se desprende que corresponde a la Administración soportar la carga de incorporar al proceso los antecedentes que conformen dentro del expediente administrativo, las pruebas dirigidas a fundamentar las denuncias por la que presuntamente incurrieron los impugnantes referentes a lo controvertido en este punto.

(...Omissis...)

De lo anterior, se desprende que se sustanció un procedimiento administrativo en contra de los recurrentes, el cual le fue notificado el 20 de septiembre de 2005, a fin de que ésta manifestara lo conducente respecto a los hechos que pudieran configurar un supuesto sancionatorio, referidos a la presunta difusión de mensajes

restringidos en los horarios todo usuario y supervisado que atentan contra la formación integral de los niños, niñas y adolescentes, configurando a decir de la Administración ‘...un ilícito administrativo de los previstos en el artículo 28 numeral 2 literales ‘c’ y ‘d’...’; siendo que, luego de ser notificados de tal procedimiento, esgrimieron sus alegatos y presentaron elementos probatorios en el inicio de dicho procedimiento administrativo a su favor, a los fines de desvirtuar los supuestos que podrían configurar el supuesto sancionatorio antes mencionado.

Con base a lo anteriormente plasmado y de la revisión de las actas procesales, se advierte que durante la sustanciación del procedimiento administrativo no se consideró como infractor o responsable administrativamente a los recurrentes, sino hasta el momento en que se dictara la Providencia definitiva, es decir, luego de la sustanciación, se emitió el acto administrativo contenido en la Providencia Administrativa N° PADRS-009, dictado por el Directorio de Responsabilidad Social.

Asimismo, por cuanto se sustanció el procedimiento administrativo en contra de los recurrentes sin que se le estimaran como infractores a la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, pasa esta Corte a estudiar del acto administrativo recurrido y de las actas que conforman el presente expediente, si efectivamente la Representación de los recurrentes, desvirtuó lo atribuido por el referido Directorio en virtud de la presunta verificación de lo establecido en los literales ‘C’ y ‘D’ del numeral 2 del artículo 28 eiusdem.

Ahora bien, del acto recurrido ante esta Instancia Jurisdiccional, se observa que se dio inicio al procedimiento administrativo sancionatorio a los recurrentes, por la presunta transmisión del mensaje ‘Por eso es que a mi (sic) me encantan las yeguas porque se autoinfligen (...), porque hay que morderlas durísimo, me encanta eso; en el cuello, es más en la oreja’...’, configurando presuntamente el supuesto de hecho establecido en el señalado artículo 28 de la Ley que rige el ejercicio en la difusión de mensajes a través de la radio y televisión, de modo que, los hechos que investiga la parte recurrida son susceptibles de ser objeto de prueba entre las partes del procedimiento.

(...Omissis...)

De lo anterior, esta Corte deduce que la carga de la prueba en el procedimiento administrativo, dado su naturaleza, le corresponde a la Administración, siempre y cuando dicho procedimiento se inicie de oficio por parte de aquél; mas sin embargo, cuando la Administración inicie un procedimiento administrativo así sea de oficio (como el de marras), este hecho si bien no releva al ente administrativo del acervo probatorio, permite al mismo denunciado en coadyuvar con la carga de demostrar que los hechos a los cuales se les atribuye, no configuran supuestos de hecho generados por ellos.

Sin embargo, es de señalar que durante la sustanciación del procedimiento administrativo la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), en fecha 28 de septiembre de 2005 emitió el auto, mediante el cual acordó ‘...la incorporación de las grabaciones concernientes a los días (...) 8 al 12 de agosto de 2005, al expediente Administrativo N° PADS-RS-0062 de la Emisora Caracas FM 92.9, C.A., de los siguientes programas: (...) ‘Programa El Monstruo de la Mañana en el segmento Veterinario, fecha de difusión

8 de agosto de 2005, hora 9:15 a.m.' (Horario Todo Usuario)...' (Vid. folios 14 al 16 del expediente administrativo).

Respecto a lo anterior, la Representación Judicial de los recurrentes manifestó que existe la '...ausencia de una prueba legalmente promovida y evacuada que demuestre que FM 92.9 efectivamente transmitió la expresión [en este apartado cuestionada, pues a su decir], la jurisprudencia ha señalado que el promovente de grabaciones audiovisuales tiene la carga de proporcionar los medios probatorios capaces de reproducir el contenido de los mismos, así como demostrar la credibilidad de los mismos...' (Corchetes de esta Corte).

Así las cosas, cabe destacar que la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° RC.00472 de fecha 19 de julio de 2005, caso (Producciones 8 ½, C.A. contra Banco Mercantil, C.A. S.A.C.A.), citando al autor Jesús Eduardo Cabrera respecto a la libertad de medios probatorios lo siguiente:

(...Omissis...)

De lo anterior, se aprecia que la prueba libre a la hora de ser empleada en el proceso administrativo, bien sea por la Administración o los administrados, aquella debe ser apreciada por el decisor en plena conjunción con otros medios de prueba que la hacen capaz de credibilidad para la demostración de los hechos por los cuales se estudia el procedimiento de tal naturaleza, ello concatenado a la jurisprudencia nacional y al Código de Procedimiento Civil, respectivamente, que la relacionan con el tema probatorio in commento.

Respecto a otros medios de prueba a ser empleados por la Administración, cabe destacar que la misma en fecha 28 de octubre de 2005, emitió tres (3) autos de promoción de testigos expertos, mediante los cuales emplazó a los ciudadanos Andrés Font y Roger José Garcés, titulares de las cédulas de identidad Nros. 6.900.865 y 5.527.798, respectivamente, a los fines de que participaran como testigos en el procedimiento administrativo y asimismo, solicitó al Consejo nacional de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente, un funcionario designado por tal Institución para que participara también como testigo en el referido procedimiento, ello con el objeto de '... determinar si los mensajes difundidos por la Emisora Caracas 92.9 F.M., y que dieran lugar a la apertura del referido procedimiento, afecta o no a la formación integral de los niños, niñas y adolescentes...', cuya fecha de comparecencia se pautó para el 1° de noviembre de 2005 (vid. folios 116 al 121 del expediente administrativo).

En este mismo sentido, se observa que en los referidos autos de promoción de testigos expertos, la Administración recurrida resolvió 'REMITIR (...) copia simple del CD contentivo de la difusión de mensajes de la Emisora Caracas 92.9 F.M., difundido los días 20 al 30 de mayo y del 29 al 30 de junio y **del 8 al 12 de agosto de 2005**', ello, a los fines que los ciudadanos nombrados como testigos expertos en el procedimiento administrativo, se ilustraran del contenido de las grabaciones insertas en dicho formato de CD y así dieran sus testificaciones en fecha 1° de noviembre de 2005 sobre los programas emitidos por la demandante.

Ello así, en fecha 4 de noviembre de 2005 se llevó a cabo el acto de evacuación de la prueba de testigos expertos, mediante el cual se evidencia lo siguiente:

(...Omissis...)

Destacado lo anterior y por cuanto las partes recurrentes aducen que el acto administrativo impugnado es nulo, por cuanto no probó la Administración en los autos del procedimiento de esa naturaleza sin que existan ‘...pruebas de que (...) hayan transmitido el mensaje’; este Órgano Jurisdiccional observa que la Administración sí demostró la transmisión del referido mensaje cuestionado en este apartado, pues una vez que incorporó en formato CD, el contenido de los mensajes emitidos por la parte recurrente, aquélla generó su validez y credibilidad, luego de incorporar al procedimiento administrativo en contra de la Emisora 92.9 FM, la promoción y posterior evacuación de la prueba de testigos, tendiente en hacer creíble el contenido del CD in commento, por lo que necesariamente debe esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo rechazar el alegato de la Representación Judicial de la actora, referente a que la parte recurrida no probó la transmisión de aquél mensaje antes nombrado. Así se decide.

(c) Asimismo, la Representación Judicial de los recurrentes manifestó que ‘...en caso de que se hubiese transmitido, no puede entenderse que dicha expresión posea la connotación sexual erróneamente atribuida. Por consiguiente adolece del vicio de falso supuesto, lo que implica que debe aplicársele la sanción de nulidad absoluta...’ (Corchetes de esta Corte).

Ello así, debe esta Corte destacar que es del todo irrelevante examinar si la difusión de este mensaje difumina una connotación sexual o no, mas sin embargo en aras de la tutela judicial efectiva que todo particular tiene a la hora de ejercer su derecho de incoar el ejercicio de la actividad jurisdiccional, pasa de seguidas a verificarla:

En relación al mensaje en estudio, cabe destacar que en fecha 7 de junio de 2011, en el acto de evacuación de la prueba de testigo promovida por la Representación Judicial de los recurrentes, la cual se encuentra inserto en los folios 27 al 33 de la tercera pieza del expediente judicial del caso de marras, se evidencia del mismo lo que sigue:

(...Omissis...)

*De lo anterior, se observa que el testigo experto le da el carácter de una oración al mensaje en estudio, y que el mismo no se relaciona con órganos genitales algunos y que el mismo se encuentra con el carácter de un mensaje del todo figurado en el que caben **tantas interpretaciones como sean posibles.***

(...Omissis...)

Todas aquellas cuestiones presentadas, logran a esta Corte considerar el cómo la Representación Judicial de los recurrentes en vez de fomentar en los diversos programas que manejan y que difunden a la colectividad en el horario todo usuario e incluso en el supervisado, el respeto por la adecuada conciencia de comprensión humana y social de tolerancia en cuanto a tales mensajes a difundir, de modo que en vista de que tales circunstancias se presumen no son cumplidas de conformidad a la Ley de Responsabilidad Social en radio y Televisión

y a los postulados supraconstitucionales que deben regir a toda sociedad, es por lo que se desecha el argumento del mal alegado falso supuesto del acto recurrido. Así se decide.

(d) Respecto al mensaje 'Pelen el oído antes de pelarse otra cosa, y présteme atención porque meterla y dejársela meter tiene sus placeres, pero también tiene sus riesgos', alegó la Representación Judicial de los recurrentes que, '...sí tiene una connotación educativa. Por ende, no constituye un elemento de sexo tipo 'C'. Por otra parte, el mensaje no fue transmitido a las 6:51 PM, es decir en horario todo usuario, sino a las 7 PM, es decir en horario supervisado. Por consiguiente, la Providencia incurre en un falso supuesto que determina su nulidad absoluta'.

Que, '...podemos afirmar que el mensaje cuestionado por la Providencia no fue transmitido en horario todo usuario, cumpliendo con el horario en que se transmite el programa Piel Adentro'.

De lo anterior, esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo da por reproducido lo que se estableciera en el punto controvertido en esta instancia N° 7, dado que la Representación Judicial de los recurrentes no coadyuvaron con la carga de demostrar que los hechos a los cuales se les atribuye, no configuran supuestos de hecho que fueran generados por ellos en el horario aducido por la recurrida, es decir, que logren desvirtuar el hecho presuntamente atribuido por la Administración en la fase del procedimiento sancionatorio, o en su defecto, demostrar que ellos efectivamente desplegaron su actividad de radiodifusión de forma equilibrada con respeto a la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión sin que ello afectara la garantía de su responsabilidad social, a través de la difusión de mensajes que sean de interés social y cultural en el horario establecido para todo usuario, respectivamente, según así lo establece el artículo 7 de la Ley comentada. Así se establece.

Por otra parte, en cuanto al alegato referido a que, 'Lo que el mensaje transmitido quiere decir es que hay que oír lo que se va a decir en el programa antes de que practicar el sexo irresponsablemente. No obstante, es necesario explicar cuál es la estructura del programa para entender cabalmente el contexto en que fue transmitido el mensaje'.

También, que '...mediante la declaración experta del testigo Karl Krispin quedó demostrado que la expresión en cuestión no tiene necesariamente una connotación irreductiblemente sexual'.

(...Omissis...)

Al hacer un análisis literal, tanto de la frase presuntamente empleada por los recurrentes en la prestación de sus servicios radiales, como del calificativo de 'gancho para generar interés mediante el uso de expresiones coloquiales', es decir ¿vulgar?, correspondería a esta Corte determinar que existe una plena contradicción entre los dichos de la Representación Judicial de los recurrentes, pues a su entender, pareciera que más allá de la textura abierta de la cual poseen las palabras a la hora de interpretarlas, existen las adecuadas para generar una determinada frase que en el ámbito radial de seguro ha de ser recibido por gran parte de la población y que los mismos se realizan conforme a la supuesta vulgaridad a la que está sometido el público juvenil, de modo que, existe para este Órgano Jurisdiccional un descontrol a la hora de fundamentar su petición los recurrentes,

dado que ha de recordarse que el servicio de radiodifusión debe ajustar su actividad de conformidad obligatoria a la responsabilidad social sometida sin prescindir en momento alguno de la información, en este caso para fomentar la 'presunta educación a la que hacen referencia en su programa radial', pero sin dejar de lado la selección que sea del todo apropiado para el desarrollo humano en lo social y cultural (Vid. artículo 5 literal 'F' de la Ley de Responsabilidad Social en radio y Televisión), por lo que debe este Órgano Jurisdiccional desechar tal argumento de la recurrente en cuanto a que tal connotación no reviste carácter sexual, pues tal mensaje 'literal y a través de su textura abierta a la interpretación coloquial o vulgar', no se corresponden con los postulados a que tantas veces se ha hecho referencia en este fallo, dado que el mismo se presume emitido en el horario todo usuario gracias a la no aportación de medio probatorio alguno que demostrase lo contrario a lo expuesto. Así se decide.

(e) En relación al mensaje '...creo que la segunda alternativa te sienta bien a ti, porque se nota que eres una perra o llevas una perra adentro', alegaron los recurrentes que la Providencia recurrida incurre en falso supuesto, dado que '...ese mensaje no tiene carácter obsceno'.

En efecto, señaló que de acuerdo '...el Diccionario de la Lengua Española, 'Obsceno' quiere decir 'Impúdico, torpe, ofensivo al pudor'; mientras que 'Soez' significa 'Bajo, grosero, indigno, vil'. En nuestro criterio, es claro que la expresión 'Perra', en el peor de los casos, tiene carácter grosero; no se trata de una expresión ofensiva al pudor. Por consiguiente, siendo una expresión soez, su transmisión en horario supervisado se ajusta a los requerimientos de la Ley'.

Que, tales '...afirmaciones también se ven respaldadas por los medios probatorios incorporados al proceso. Específicamente, la declaración experta del testigo Karl Krispin, en su respuesta a las preguntas números diecisiete (17) y dieciocho (18), contenidas en el folio veintinueve (29) de la pieza III de este expediente'.

Finalmente, alegó que 'Distinguir lo obsceno de lo soez es necesario, pues no hacerlo implicaría una restricción absurda del lenguaje y, por tanto, de la comunicación. De tal forma, al no haberse transmitido una expresión obscena no se ha violado el artículo 6 de la Ley de Responsabilidad Social'.

Alegado lo anterior, esta Corte observa de modo primigenio lo atestiguado por el ciudadano Karl Krispin, específicamente en sus respuestas Nros. 17 y 18, respectivamente, realizadas por los recurrentes, ello así tenemos:

(...Omissis...)

Ello así, es insólito para este Órgano Jurisdiccional el que se pretenda requerir la disputa por el significado de obsceno para interpretarla hacia lo soez, cuando en realidad constituyendo una determinada frase soezmente su significado, el mismo también podría conllevar a que se le califique como de obscenidad, pues cómo es posible que se permita la difusión de tan soez vulgaridad como la de 'se nota que eres una perra' o 'llevas una perra por dentro', induciendo a la fantasía imaginativa de dicha frase hacia los usuarios de la radiodifusión venezolana por mucho que el mismo vaya a ser dirigido a los adultos y mas sin embargo a los niños, niñas y adolescentes de manera supervisada por tales adultos, pues ¿qué generaría de contenido

valorativo a tales personas?, genera a modo de ver de esta Corte a poner en tela de juicio el pudor a la o las personas que se dirigen, pues es el sentido volitivo de la frase la que debe prevalecer, no el derecho a solo expresarse sin ningún tipo de control por parte de la autoridad administrativa competente para ello, a los fines de determinar las posibles responsabilidades en esta materia de carácter social, cuando es precisamente ella, su carácter de protección, de tal manera que debe desecharse el argumento de que la frase estudiada no constituye una obscenidad sino una frase soez, lo cual ha constituido un juicio sin valor social en esta instancia. Así se decide.

6. Solicitó la nulidad de la providencia administrativa recurrida, por cuanto a su decir, mantiene ilegalidades relativas a la apreciación de las circunstancias agravantes y atenuantes.

(...Omissis...)

De lo anterior, en primer lugar se aprecia la solicitud de desaplicación del artículo 34 numeral 3 de la Ley de Responsabilidad Social en radio y Televisión de conformidad a lo establecido en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo cual pasa esta Corte a realizar un análisis de la norma in commento, a los fines de establecer o no tal cometido de desaplicación.

(...Omissis...)

De manera que, esta Corte pasa al análisis de la norma pedida en desaplicación, a los fines de incorporarla bien sea dentro o fuera de la constitucionalidad en su interpretación al caso de marras, ello así el artículo 34 de la Ley de Responsabilidad Social en radio y televisión tipifica lo que sigue:

(...Omissis...)

De la anterior premisa legal, esta Corte infiere que la misma no configura un supuesto que de manera inconstitucional atribuya a la Representación Judicial de los recurrentes una forma atenuante por ser el infractor que quede sancionado administrativamente por el Directorio de Responsabilidad Social, al constituirse dicho infractor como aquellas personas, tanto jurídicas como naturales que ostenten o figuren en el desarrollo de la actividad de radio y televisión, de modo que parecería un tanto fuera de logicidad el pretender que la Ley evada su propio cumplimiento hacia los operadores de tales servicios, pues así lo ha determinado la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión en su artículo 1º, el cual estableció su objeto legal, el responsabilizar socialmente a los prestadores de servicios en radio y televisión, de manera que esta Corte no encuentra razón fundamental con base a la Constitución Nacional y al elemento de alegación empleado por las recurrentes al solicitar la desaplicación del artículo in commento, se desestima tal petición de control difuso de la referida norma. Así se decide.

7. Que la Providencia impugnada incurre en el vicio de la inmotivación y subsecuente violación al derecho a la defensa por la invocación de circunstancias agravantes presuntamente desconocidas.

(...Omissis...)

Señalados los anteriores alegatos, esta Corte procede a citar parcialmente el acto administrativo recurrido en los términos siguientes:

(...Omissis...)

Siendo ello así, este Órgano Jurisdiccional advierte que en el caso sub examine de conformidad al artículo 34 de la Ley de Responsabilidad en Radio y Televisión, no hubo reconocimiento por parte de la Representación Judicial de los recurrentes de la infracción a lo establecido en los literales 'C' y 'D' del artículo 28 eiusdem, con respecto a los hechos que se les atribuyeron durante el procedimiento administrativo llevado en su contra.

Tampoco este Órgano Jurisdiccional evidencia de los elementos cursantes en autos que las partes recurrentes hayan realizado durante la sustanciación del procedimiento administrativo, actuaciones con el fin de subsanar la conducta que le fue atribuida por la Administración de responsabilidad social, observándose además que el directorio de Responsabilidad Social se apegó a la normativa imperante en cuanto al procedimiento establecido para declarar la sanción a que haya lugar en materia de dicha responsabilidad, invocando además para ello que la empresa se configura como una de las figuras determinantes para aplicar la sanción de acuerdo al numeral 3 del artículo 34 de la Ley in commento, es decir que 'el mensaje infractor haya sido difundido a través de un servicio de radio o televisión', de modo que siendo las recurrentes quienes prestan un servicio en materia de radio y con fines de lucro, el mismo se encuentra subsumido dentro de tal causal, pues generaría incertidumbre en el caso que se pretenda no sancionar a aquellos que presten dicho servicio sin la existencia de la potestad de la Administración para controlar la difusión y recepción de mensajes para que sean de esta manera sin censura alguna dentro de los límites propios de un Estado Democrático y Social de derecho y de Justicia, de tal manera que no aprecia esta Corte al igual que en el directorio de Responsabilidad Social y de conformidad a lo establecido en esta decisión judicial, que existan circunstancias atenuantes que vayan dirigidas a disminuir o flexibilizar la sanción impuesta, por lo que se debe desechar el argumento de la indefensión por la presunta inmotivación en cuanto a las circunstancias agravantes empleadas por la recurrida. Así se decide.

*En virtud de las anteriores consideraciones, esta Corte observa que la Representación Judicial del ciudadano Peter Bottome y de la Sociedad Mercantil Emisora Caracas FM 92.9, C.A., no logró traer argumentos, a los fines de demostrar la presunta ilegalidad de la Providencia N° PADRS-009 impugnada en autos, por lo que se hace forzoso declarar **SIN LUGAR** el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto. Así se decide.*

-VI-

DECISIÓN

*Por las consideraciones precedentemente expuestas, esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, declara **SIN LUGAR** el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto conjuntamente con acción de amparo cautelar por los Abogados Gustavo Reyna y José Valentín González, respectivamente, en su carácter de Apoderados Judiciales del ciudadano **PETER BOTTOME** y de la Sociedad Mercantil **EMISORA CARACAS FM 92.9, C.A.**, contra la Providencia Administrativa N° PADRS-0009, dictada por el **DIRECTORIO DE***

RESPONSABILIDAD SOCIAL, de la COMISIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES (CONATEL)". (Mayúsculas, agregados y negrillas de la cita).

V FUNDAMENTACIÓN DE LA APELACIÓN

En fecha 13 de marzo de 2014, el abogado Alejandro Silva, actuando en su carácter de apoderado judicial del ciudadano Peter Bottome y de la sociedad mercantil Emisora Caracas FM 92.9, C.A., todos identificados, presentó escrito de fundamentación de la apelación ejercida en la presente causa, en los siguientes términos:

Como consideraciones previas planteó la necesidad de desaplicación de la Ley de Responsabilidad Social por motivos de inconstitucionalidad y en consecuencia que se revoque la Sentencia, "(...) *ya que ésta se encuentra viciada de incongruencia negativa en el análisis de los argumentos de FM 92.9 para solicitar la desaplicación al caso concreto de la Ley de Responsabilidad Social (...)*".

Aseguró, que "(...) *se hace evidente que la Ley de Responsabilidad Social regula los contenidos de los programas que pueden difundirse por la radio y la televisión en Venezuela, por lo que implica una regulación de la libertad de expresión, que conforme el artículo 203 de la Constitución sólo podía ser regulada mediante una ley orgánica. Por esta razón, en vista de que la Ley de Responsabilidad Social desarrolla los derechos constitucionales a la libertad de expresión y a la información, consagrados en los artículos 57 y 58, y carece del carácter de ley orgánica, debe concluirse que la Ley de Responsabilidad Social viola el artículo 203 de la Constitución*".

Que el *a quo* "(...) *Una vez determinado que las libertades de expresión e información son derechos constitucionales relativos, es decir, sujetos a ciertas restricciones determinadas por el legislador (...) pasó a desechar la solicitud de desaplicación de la Ley de Responsabilidad Social porque consideró que tal ley representaba una regulación legítima del ejercicio de esos derechos*".

Que la afirmación de que el fallo impugnado está viciado de incongruencia negativa, se basa en que "(...) *FM 92.9 en ningún momento aseveró que los derechos constitucionales de libertad de expresión e información fuesen ilimitados. De hecho, en ese particular pareciera que la Corte Primera ha incurrido en una importante confusión respecto a los alegatos planteados por FM 92.9 ya que, a su entender, ésta plantea que las libertades de expresión e información son absolutas e ilimitadas a la vez que solicite que las mismas sean reguladas mediante ley orgánica. Es obvio que esto es absurdo. Si FM 92.9 considerase que tales libertades son ilimitadas, hubiese solicitado la desaplicación de la Ley de Responsabilidad Social con base en criterios materiales de inconstitucionalidad, no, como en efecto lo [hicieron], por razones formales y procedimentales relacionadas con la tipología normativa de la misma*" y que "(...) *en ningún momento ha cuestionado la posibilidad del Estado de regular el ejercicio de las libertades de expresión e información.*

Como ya menciona[ron], la solicitud de desaplicación al caso concreto de la Ley de Responsabilidad Social se basa en que la misma, a pesar de que regula y desarrolla derechos constitucionales, no tiene el rango de ley orgánica sino de ley ordinaria”, por lo que “Resulta evidente que el argumento por el cual se solicita la desaplicación de la Ley de Responsabilidad Social está vinculado a la tipología normativa de la misma: dicha ley (ordinaria) pretende regular y delimitar el ejercicio de derechos constitucionales, cuando, por disposición expresa del artículo 203 de la Constitución, tal regulación sólo puede ser hecha a través de una ley orgánica”. (Agregados de la Sala)

Que “(...) el artículo 203 de la Constitución establece lo que ha sido denominada una reserva de ley orgánica. La reserva de ley orgánica no implica que cierta conducta o actividad no pueda ser regulada por el legislador-como incorrectamente asevera la Sentencia-; sino que tal regulación debe ser realizada a través de una ley orgánica, las cuales están sujetas a un proceso de formación de leyes diferente al aplicable para las leyes ordinarias, en el cual, entre otras cosas, se requiere una mayoría calificada para su aprobación y un control judicial previo sobre su carácter orgánico”.

Que “(...) FM 92.9 no argumentó que la Ley de Responsabilidad Social se debía desaplicar porque la misma regulaba la libertad de expresión y de información y estos son derechos absolutos, inmunes a cualquier tipo de restricción establecida por el legislador. Al contrario, FM 92.9 sencillamente planteó que la regulación de derechos constitucionales debe hacerse a través de leyes orgánicas. Puesto de otra forma: si la Ley de Responsabilidad Social ostentase el carácter de ley orgánica, FM 92.9 no se hubiese visto en la necesidad de solicitar por contravenir la Constitución” y que “A pesar de la coherencia lógica de esa argumentación, al momento de dictar La Sentencia la Corte Primera hizo caso omiso a la misma, prefiriendo desechar la solicitud de desaplicación de la Ley de Responsabilidad Social con base en argumentos sustantivos que en ningún momento fueron formulados por FM 92.9.”.

Que la sentencia apelada “(...) se encuentra viciada de errónea interpretación de norma jurídica en relación con el análisis hecho por la Corte Primera del artículo 21 de la Ley de Responsabilidad Social (...)”.

Que la decisión apelada “(...) incurre en un error fundamental al considerar que, como la opinión del Consejo no es vinculante para el Directorio, éste en realidad no tiene la obligación de requerir dicha opinión antes de proceder a aplicar una sanción” y que “(...) la Corte Primera, haciendo una interpretación equivocada del artículo 21 de la Ley de Responsabilidad Social, consideró que tal omisión era irrelevante, que la misma no viciaba de ilegalidad la Providencia ni ameritaba su anulación”.

Que “(...) la conclusión a la que llega la Sentencia apelada es producto de una errónea interpretación del artículo 21 de la Ley de Responsabilidad Social. Tal norma indica expresamente que: ‘El Directorio de Responsabilidad Social consultará en forma previa al Consejo de Responsabilidad Social cuando tenga que decidir sobre materias de su competencia’ (...)”.

Que “(...) la Sentencia dictada por la Corte Primera (...) se encuentra viciada de errónea interpretación de norma jurídica, errónea apreciación de los hechos y errónea apreciación de norma jurídica, en referencia con el análisis de la Providencia por ilegalidad en relación con las supuestas infracciones resultantes de los mensajes transmitidos el 8 de agosto de 2005”.

En cuanto a la expresión “Soy el maldito gran roedor”, indicaron:

Que “La Sentencia actualmente apelada incurre en una serie de vicios cuando analiza la juridicidad de la Providencia, en relación con la expresión ‘soy el maldito gran roedor’. En efecto, en ese supuesto particular la Sentencia dictada por la Corte Primera incurre en los siguientes vicios: (i) errónea interpretación de norma jurídica, en relación con el artículo 49 de la Constitución; (ii) errónea apreciación de los hechos, en lo atinente a la naturaleza semántica e intrínseca de la expresión ‘soy el maldito gran roedor’, y (iii) errónea aplicación de norma jurídica, al haber sustentado algunas de sus conclusiones en una norma (la LOPNNA), que no era aplicable *ratione temporis*, pues fue dictada dos años después de la transmisión de la expresión ‘soy el maldito gran roedor’ (...).”

Que “La conclusión a la que llega la Corte Primera en la Sentencia en la que determina que el Directorio no menoscabó el derecho a la defensa de FM 92.9 al realizar una imputación imprecisa y ambigua de las presuntas infracciones que se le imputaban a ésta- son producto de una errónea (y limitada) interpretación del artículo 49 del texto constitucional. Asimismo, la Corte Primera omite considerar los argumentos formulados por FM 92.9 para sustentar que la Providencia menoscabó su derecho a la defensa”, y que “(...) al parecer [el a quo] interpreta de una manera mucho más limitada -y, por consiguiente, lesiva para los derechos de los ciudadanos- el contenido y alcance del derecho a la defensa establecido constitucionalmente”. (Agregado de la Sala).

Que “(...) la Sentencia se encuentra viciada de errónea interpretación de norma jurídica, pues la misma se fundamenta en un análisis manifiestamente incorrecto del contenido del artículo 49 constitucional, en el cual se establece el derecho a la defensa”, el cual “(...) implica que, en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, el ciudadano tenga conocimiento preciso y exacto de las presuntas infracciones administrativas que se le imputan. En efecto, ese conocimiento preciso y exacto de las infracciones que se le imputan es óbice para que éste pueda ejercer su derecho a la defensa a través de los alegatos y pruebas que presente durante tal procedimiento administrativo sancionador”.

Que para la entonces Corte Primera es irrelevante el hecho de que la Providencia no realizara una determinación exacta de las presuntas infracciones que se le estaban imputando a los recurrentes lo que “(...) no afecta de manera alguna el derecho a la defensa de FM 92.9, [y] realiza una interpretación extremadamente restrictiva del alcance del artículo 49 constitucional pues, a su entender, éste sólo se ve afectado cuando: (i) el particular no haya tenido posibilidad alguna a participar en el procedimiento

administrativo sancionador; y (ii) cuando no haya tenido conocimiento alguno de los hechos constitutivos de la presunta infracción”. (Agregado de la Sala).

Que “(...) la Corte Primera contravino la lectura del artículo 49 constitucional hecha por el máximo intérprete de la Constitución, por lo cual la Sentencia se encuentra viciada por errónea interpretación de norma jurídica, por lo cual solicita[n] (...) que [n] revoque la misma”. (Agregados de la Sala).

Que “(...) la Sentencia dictada por la Corte Primera está viciada por haber realizado una incorrecta apreciación de los hechos. En efecto, el referido tribunal erró en su análisis de la naturaleza semántica de la expresión ‘soy el maldito gran roedor’ (...)” y que “(...) a pesar de la opinión experta emitida por el lingüista y escritor Karl Krispin y de los demás medios probatorios y argumentos promovidos por FM 92.9 durante el proceso judicial de anulación, consideró que la expresión ‘soy el maldito gran roedor’ tiene el carácter de imprecación”.

Que “Considerar que la expresión ‘soy el maldito gran roedor’ constituye una imprecación sólo es posible si se interpreta (...) la misma de manera errada, como en efecto lo hace la Corte Primera. Esto se debe a que la característica principal de una imprecación, como ya fue demostrado con profundidad en la sección 3.1 [del] escrito de fundamentación de la apelación, es que a través de la misma se desee un mal o un daño a una tercera persona”. (Agregado de la Sala).

Que “La naturaleza no-imprecatoria de la expresión ‘soy el maldito gran roedor’ se observa con facilidad si se cambia la persona gramatical en la cual se utiliza el verbo ser. Si hipotéticamente se pasara la conjugación del verbo ser de la primera persona gramatical a la segunda, o la tercera, podría discutirse que las expresiones: ‘eres el maldito gran roedor’ o ‘son los malditos grandes roedores’ tengan naturaleza imprecatoria, pues es plausible considerar que atribuirle a alguien la condición de ‘maldito gran roedor’ conlleva un deseo de causarle un daño u ofensa”.

Que “(...) la Corte Primera consideró que, aparte de ser una imprecación, la expresión ‘soy el maldito gran roedor’ es una expresión vacía, desprovista de cualquier tipo de finalidad educativa o de promoción cultural que, a decir de dicho tribunal, debe regir a la totalidad de los mensajes transmitidos en horario todo usuario” y que “(...) en el supuesto negado de que exista una obligación de los prestadores de servicios de radiodifusión sonora de emitir únicamente contenido durante el horario todo público, la Corte Primera descarta de manera sumaria entrar a analizar todo el entramado semántico y el contexto cultural en el que la expresión ‘soy el maldito gran roedor’ fue utilizada”.

Que el a quo “(...) considera que la expresión ‘soy el maldito gran roedor’ no contribuye en absoluto al desarrollo y formación cultural y educativa de los niños. Sin embargo, ese no es el caso, pues la referida expresión no sólo carece de un sentido imprecatorio, sino que puede ser considerada como una locución que tiene contenido cultural”.

Que “FM 92.9 ha insistido (sic) ad nauseam que la expresión ‘soy el maldito gran roedor’ es alusiva a la característica expresión ‘malditos roedores’ que el celeberrimo gato Jinks dice con acento andaluz en la serie animada Pixie, Dixie y Jinks. Cabe acotar que tal programa televisivo ha sido un favorito de la sociedad venezolana, al punto de que permaneció al aire por décadas en la televisión nacional”, por lo que “(...) resulta evidente que la Sentencia dictada por la Corte Primera incurre en una errónea apreciación de los hechos, razón por la cual respetuosamente solicitamos a [la] Sala Político-Administrativa que declare con lugar esta apelación y proceda a revocar dicha Sentencia”. (Agregado de la Sala).

Que el fallo apelado “(...) incurre en una flagrante errónea interpretación de norma jurídica, pues utiliza, como uno de los fundamentos en los cuales sustenta su decisión, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (la ‘LOPNNA’) dictada en diciembre de 2007”.

Que “La LOPNNA no es la primera regulación que se ha dictado en materia de protección de niños, niñas y adolescentes. En efecto, en el año 1998 se promulgó la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente, la cual estableció, por primera vez, un marco normativo específico para tan importante materia. Sin embargo, la Sentencia no hace referencia a la mencionada norma, la cual es aplicable *ratione temporis* (...) por el contrario, la Sentencia hace referencia a la LOPNNA, una ley dictada en diciembre del 2007, más de dos años después de la transmisión de la referida expresión”.

Que “(...) es obvio que dicha instancia jurisdiccional incurrió en un craso error, pues aplicó erróneamente una norma jurídica que, por entrar en vigencia luego de la comisión del hecho presuntamente constitutivo de una infracción administrativa, era inexistente”.

Que “(...) con diáfana claridad de la argumentación precedente que la Sentencia dictada por la Corte Primera se encuentra viciada de: errónea interpretación de norma constitucional; (ii) errónea apreciación de norma jurídica, en lo atinente a la naturaleza semántica de la expresión ‘soy el maldito gran roedor’, y (iii) errónea aplicación de norma jurídica, en cuanto que sustenta su razonamiento en una norma -la LOPNNA- que entró en vigor más de dos años después del momento en que se transmitió la comunicación constitutiva de la presunta infracción administrativa. Por ello, solicita[ron] respetuosamente a [la] Sala Político-Administrativa que declare con lugar esta apelación y, en consecuencia, proceda a revocar la Sentencia”. (Agregados de la Sala).

En cuanto a la expresión “Por eso es que a mí me encantan las yeguas porque se autoinfligen (...), porque hay que morderlas durísimo, me encanta eso, en el cuello, es más en la oreja”, indicaron:

Que “(...) según la Providencia, se habría violado el artículo 6 de la Ley ya que se habrían transmitido ‘sonidos sexuales implícitos sin finalidad educativa de carácter erótico’, en concreto, las siguientes expresiones: ‘Por eso es que a mí me encantan las yeguas porque se autoinfligen (...), porque hay que morderlas durísimo, me encanta eso, en el cuello, es más en la oreja’. Al respecto, [señalaron] que la Providencia es ilegal ya que (i)

durante la tramitación del procedimiento sancionador se violó el Derecho a la Defensa de [sus] representados garantizado por el artículo 49(1) de la Constitución e (ii) incurre en un falso supuesto ya que no existe prueba alguna en el expediente administrativo de que tal mensaje haya sido transmitido por [sus] representados”. (Agregados de la Sala).

Que “(...) los argumentos en los que se sustenta dicha denuncia son materialmente idénticos a aquellos ya mencionados en el punto 3.1.1 [del] escrito de fundamentación de apelación, concretamente en las páginas 14 y 15”. (Agregado de la Sala).

Que, la decisión apelada “(...) debe ser revocada y, en consecuencia, anulada por [la] Sala Político-Administrativa, ya que la misma se encuentra viciada por: (i) incurrir en una errónea interpretación del derecho a la defensa, establecido en el artículo 49 constitucional, y (ii) incurrir en una errónea apreciación de los hechos; en efecto, en la Sentencia apelada la Corte Primera llega a la -realmente inverosímil- conclusión de que el Directorio efectivamente probó que FM 92.9 transmitió la expresión (...) y, además, consideró que la misma implicaba connotaciones sexuales”. (Agregado de la Sala).

Que la Corte Primera “(...) interpreta erróneamente el alcance del artículo 49 de la Constitución. En efecto, ésta utiliza el mismo razonamiento empleado para analizar el alegato formulado por FM 92.9 en el Capítulo III de este escrito de fundamentación de la apelación”.

Que “(...) visto que tanto los hechos debatidos, los alegatos formulados por FM 92.9 y el razonamiento de la Corte Primera son completamente idénticos, solicita[ron] que, en referencia a la presente denuncia del vicio de errónea interpretación, esa Sala Político-Administrativa considere reproducido lo expuesto en la sección 3.2.1, páginas 23 a la 26 de este escrito de fundamentación de la apelación y, por consiguiente, proceda a declarar con lugar esta apelación y proceda a revocar la Sentencia”. (Agregado de la Sala).

Que el a quo “(...) incurre en una errónea apreciación de los hechos, en la medida en que la misma consideró: (i) que el Directorio efectivamente aportó elementos probatorios que demuestren que FM 92.9 transmitió el mensaje (...), y (ii) en el supuesto -negado por FM 92.9- de que en efecto ésta haya transmitido esa frase, la misma no puede [ser] interpretada como inexorablemente sexual”. (Agregado de la Sala).

Que “(...) como ya se ha argumentado con suficiente abundamiento en la sección 4.1.1 de este escrito de fundamentación de la apelación, el Directorio en ningún momento aportó elementos probatorios que permitieran, de manera cabal y apegada a derecho, demostrar que FM 92.9 transmitió la antedicha expresión”.

Que “(...) los irregulares elementos probatorios aportados por el Directorio durante el procedimiento administrativo sancionador no fueron promovidos de conformidad con las disposiciones legales aplicables (en este caso, el artículo 341 del Código Orgánico Procesal Penal), ni con los parámetros establecidos en la jurisprudencia para tales fines”, y que “No obstante lo anterior, la Corte Primera consideró a través de la Sentencia que el Directorio, por el mero hecho de haber promovido como prueba un CD que presuntamente contenía una grabación de la transmisión de la referida expresión y haber evacuado

algunas pruebas testimoniales, había probado cabalmente la transmisión de la expresión bajo análisis”.

Que “(...) según la apreciación de los hechos realizada por la Corte Primera, el Directorio efectivamente logró probar que FM 92.9 transmitió la expresión (...)” pero que “(...) es importante destacar que, tales medios probatorios, evacuados de forma arbitraria y jurídicamente incorrecta durante el procedimiento administrativo sancionador, no tienen la capacidad de probar cabalmente que FM 92.9 en efecto haya transmitido dicho mensaje; en segundo lugar, como la presunta grabación contenida en el CD no fue reproducida durante el procedimiento judicial, mal puede la Corte Primera afirmar que FM 92.9 en efecto transmitió dicho mensaje” y que “(...) la Corte Primera basó su decisión en un hecho inexistente (...). De tal forma, se observa que la Corte Primera incurrió en una errónea apreciación de los hechos”.

Que “(...) en el supuesto negado de que FM 92.9 haya transmitido la expresión (...) la misma no representa ninguna violación a las disposiciones de la Ley de Responsabilidad Social” y que “(...) como ya fue establecido en la sección 4.1.2 [del] escrito, el testigo experto Karl Krispin, al momento de analizar la referida oración, consideró que la misma era una oración figurativa, relacionada con el reino animal, por lo que la misma no hacía referencia alguna a temas de índole sexual”. (Agregado de la Sala).

*Que “(...) resulta evidente que la Sentencia está viciada por: (i) interpretar erróneamente el artículo 49 de la Constitución, en relación al alcance y contenido del derecho a la defensa; (ii) apreciar erróneamente los hechos al considerar que efectivamente el Directorio probó la transmisión de la expresión bajo análisis y, en el supuesto negado de que FM 92.9 en efecto haya transmitido la misma, considerar que ésta carece de cualquier tipo de **mensaje con contenido axiológico** (...)”.* (Negritas y subrayado de la cita).

En cuanto a la expresión “Pelen el oído antes de pelarse otra cosa, y présteme atención porque meterla y dejársela meter tiene sus placeres, pero también tiene sus riesgos”, indicaron:

Que “La Sentencia dictada por la Corte Primera se ve afectada por varios vicios. En efecto, dicha decisión incurre en: (i) una errónea interpretación del artículo 49 constitucional, contenido del derecho a la defensa; (ii) incongruencia negativa, al omitir considerar los argumentos presentados por FM 92.9 relativos a la hora de transmisión de la expresión bajo análisis, y (iii) una errónea apreciación de los hechos, al considerar que la frase en referencia no posee carácter educativo”.

Que el fallo apelado “(...) interpreta erróneamente el alcance del artículo 49 de la Constitución. En efecto, ésta utiliza el mismo razonamiento empleado para analizar el alegato formulado por FM 92.9 en el Capítulo III de este escrito de fundamentación de la apelación” y que “(...) visto que tanto los hechos debatidos, los alegatos formulados por FM 92.9 y el razonamiento de la Corte Primera son completamente idénticos, solicita[ron] que, en referencia a la presente denuncia del vicio de errónea interpretación [se] (...) considere reproducido lo expuesto en la sección 3.2.1, páginas 23 a la 26 de este escrito de

fundamentación de la apelación y, por consiguiente, proceda a declarar con lugar esta apelación proceda a revocar la Sentencia”. (Agregados de la Sala).

Que la decisión impugnada “(...) se encuentra viciada de incongruencia negativa porque ésta omitió -por completo- considerar los argumentos esgrimidos por FM 92.9 en relación a la hora de transmisión del mensaje bajo análisis (...) es decir, durante horario clasificado como de todo público” y que “(...) a lo largo de las fases administrativas y judiciales de este procedimiento, FM 92.9 ha argumentado de manera reiterada que era imposible que tal expresión se haya transmitido en la hora indicada por el Directorio (6:51 P.M.) por la sencilla razón de que el programa Piel Adentro es transmitido a partir de las 7:00 P.M., en horario supervisado”.

Que “(...) la Corte Primera pretendió utilizar los razonamientos que aplicó para el análisis de la expresión mencionada en el Capítulo inmediatamente anterior de este escrito para resolver este punto. En el caso de que ambas situaciones fueran fácticamente idénticas, no habría problema con tal proceder; sin embargo, estamos ante dos supuestos de hecho totalmente distintos”.

Que “en el caso de la expresión ‘Por eso es que a mí me encantan las yeguas porque se autoinfligen (...), porque hay que morderlas durísimo, me encanta eso; en el cuello, es más en la oreja’ FM 92.9 niega de manera categórica que la misma haya sido transmitida en su frecuencia” y “(...) en lo referido a la expresión: ‘Pelen el oído antes de pelarse otra cosa, y présteme atención porque meterla y dejársela meter tiene sus placeres, pero también tiene sus riesgos’ FM 92.9 no niega haber transmitido tal expresión; sólo niega que ésta haya sido transmitida en el horario señalado por el Directorio, que no es el correspondiente al programa Piel Adentro en el que tal institución afirma que se transmitió”.

Que “(...) es obvio que la Sentencia dictada por la Corte Primera omite expresamente considerar los argumentos formulados por FM 92.9. Tal omisión incluso es reconocida por la misma Corte Primera, que pasa a justificarla aduciendo que ambos supuestos de hechos son idénticos. No obstante, al verificarse que se trata de dos situaciones sustancialmente diferentes es evidente que la Sentencia se encuentra viciada de incongruencia negativa”.

Que “(...) la Sentencia también se encuentra viciada por incurrir en una errónea apreciación de los hechos. En efecto, el razonamiento utilizado por la Corte Primera para desestimar la denuncia del vicio de falso supuesto hecha por FM 92.9 se basa en que, a su entender, la expresión bajo análisis: (i) es vulgar por tratarse de una expresión coloquial, y (ii) carece de cualquier tipo de carácter educativo”.

Que “(...) pareciera que la Corte Primera hace una vinculación ineludible entre los términos ‘coloquial’ y ‘vulgar’ (...). Esta afirmación no sólo es incorrecta: también es una actitud que no es cónsona con una sociedad democrática imbuida de pensamiento bolivariano”.

Que “(...) de manera subsidiaria debe señalarse que la Sentencia incurre en otra errónea apreciación de los hechos al señalar que, en el supuesto negado por FM 92.9 de

que la expresión (...) revista un carácter sexual, ésta no tiene carácter educativo y que no es compatible con los postulados axiológicos que han sido desarrollados a lo largo de la misma”.

Que “(...) en el supuesto negado de que la referida expresión tenga una connotación sexual, la misma cumple un propósito educativo para la sociedad y los radioescuchas de FM 92.9, pues esa expresión conlleva un mensaje positivo en materia de educación sexual, lo cual implica que la Sentencia está viciada por incurrir en una errónea apreciación de los hechos”.

En cuanto a la expresión “creo que la segunda alternativa te sienta bien a ti, porque se nota que eres una perra o llevas una perra adentro”, indicaron:

Que la sentencia impugnada “(...) se encuentra viciada por incurrir en una errónea apreciación de los hechos, pues la misma consideró que la expresión (...) tiene un carácter obsceno, cuando, a lo sumo, podría considerarse que tal frase es simplemente grosera lo cual, en el horario que fue transmitido, no está prohibido por la Ley de Responsabilidad Social”.

Que “(...) la Corte Primera, basándose en una página de internet poco confiable (www.wordreference.com) decidió ignorar las consideraciones hechas por un experto en el estudio de la lengua, con base en las disposiciones de la Real Academia Española”, y que “(...) con base en la definición dada por una fuente poco confiable -y dejando de lado fuentes de mayor calidad, incorporadas como pruebas durante el procedimiento judicial- determinó que una expresión que, a lo sumo podía ser considerada como grosera, era obscena; ignorando que ambos son conceptos distintos y que no es posible realizar una interpretación semántica con pretensión de univocidad al respecto”.

En cuanto a la expresión “Maldito seas por siempre. siempre seas maldito, maldito seas”, indicaron:

Que la decisión del a quo “(...) está evidentemente viciada de incongruencia negativa, ya que la misma omite realizar cualquier tipo de consideración o pronunciamiento en relación con los argumentos de FM 92.9 relacionados con la expresión transmitida el 8 de agosto a las 10:33 P.M., en el programa El Show de la Gente Bella”.

Que la sentencia apelada “(...) se encuentra viciada de incongruencia negativa, pues omite por completo decidir sobre la ilegalidad de la Providencia en el punto relacionado a la expresión discutida en esta sección; a pesar de que el mismo fue planteado por FM 92.9 en: (i) el procedimiento administrativo; (ii) en la demanda de anulación contra la Providencia, y (iii) en el escrito de informes presentado ante la Corte Primera”, y que “(...) omite por completo considerar este punto. Esto resulta sorprendente, pues la Sentencia, en su parte expositiva, efectivamente resume los alegatos formulados por FM 92.9 referidos a la expresión transmitida el 8 de agosto de 2005 a las 10:33 P.M.; sin embargo, en la sección correspondiente a las ‘consideraciones para decidir’, también conocida como la parte motiva, la Sentencia no hace mención alguna a los mismos”.

Que “*El problema no es que la Sentencia haya ignorado u omitido considerar los argumentos de FM 92.9; sino que en la Sentencia, la Corte Primera omitió por completo decidir uno de los puntos discutidos en el proceso judicial*” por lo que “*(...) resulta evidente que la Sentencia se encuentra viciada de incongruencia negativa en ese punto en particular (...)*”.

De la solicitud de desaplicación del numeral 4 del artículo 34 de la Ley de Responsabilidad Social

Que la decisión apelada “*(...) se encuentra viciada, ya que la misma omitió por completo los argumentos formulados por FM 92.9, mediante los cuales solicita la desaplicación por inconstitucionalidad del artículo 34(4) de la Ley de Responsabilidad Social (...)*”.

Que “*El argumento principal de FM 92.9 es que la antedicha circunstancia agravante constituía un ejemplo claro de derecho penal de autor, el cual no es compatible con las disposiciones constitucionales de un Estado Social y Democrático de Derecho, lo cual lo viciaba de inconstitucionalidad. Sin embargo, la Sentencia en ningún momento se pronuncia sobre ese punto, limitándose a transcribir el artículo 34 de la Ley de Responsabilidad Social (...)*”.

Que “*(...) la Corte Primera al momento de pronunciarse sobre ese particular nunca tomó en consideración los argumentos ya mencionados. Cuando un juzgador omite por completo una serie de argumentos de altísima relevancia -particularmente cuando de los mismos se desprende la inconstitucionalidad de una disposición normativa-, resulta obvio que la Sentencia está viciada de incongruencia negativa*”.

Solicitó, que se “*(...) Declare **CON LUGAR** la presente apelación interpuesta contra la Sentencia N° 2013-1833, dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo el 17 de octubre de 2013; (...) Se **REVOQUE** la [mencionada] Sentencia (...); [se] **ANULE** la Providencia Administrativa N° PADRS-0009 -sin fecha- dictada por el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (...)*”. (Mayúsculas y negrillas de la cita). (Agregados de la Sala).

VI CONTESTACIÓN A LA FUNDAMENTACIÓN DE LA APELACIÓN

En fecha 27 de marzo de 2014, la abogada Alexa Paola Olivieri Rincón (INPREABOGADO Nro. 141.559), en su carácter de apoderada judicial del Directorio de Responsabilidad Social de Radio y Televisión, creado por el artículo 20 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión y adscrito a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), consignó escrito de contestación a la fundamentación de la apelación, en los siguientes términos:

Que “(...) mal podría la recurrente considerar que la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión deba ostentar un carácter orgánico, por cuanto la misma persigue establecer la responsabilidad social de los prestadores de los servicios de radio y televisión, así como de los anunciantes, los productores nacionales independientes y los usuarios y usuarias, en la difusión y recepción de mensajes; siendo que con esa responsabilidad se garantice el respeto a la libertad de expresión e información, sin censura; por cuanto la libertad no puede ser objeto de manifestaciones absolutas, tal como lo ha establecido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 12 de junio de 2001, bajo la ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, expediente 00-2760”.

Que “(...) el desarrollo de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión que regula la actividad en la radio y televisión limita la libertad de expresión a los parámetros de los valores y principios de Estado, a los fines de verificar la responsabilidad de los sujetos a quienes va dirigida la Ley y deban someterse a la misma”.

Que “(...) la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (...) [estableció] que dicha consulta es un mero trámite el cual no tiene carácter vinculante, siendo la misma una mera recomendación, la cual podría acogerse o no; criterio establecido Igualmente por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo como así se evidencia”. (Agregado de la Sala).

Que “(...) mal ha podido Interpretar la representación del aquí apelante, al alegar que fue violado el Derecho a Defensa de su representada, por cuanto durante todo el procedimiento administrativo sancionatorio, fue respetado el mismo en sus diversas manifestaciones, el derecho a ser oído, el derecho a ser notificado del inicio del Procedimiento, el derecho a tener acceso al expediente, a los fines de obtener por parte del hoy apelante un seguimiento de lo que acontece en su expediente administrativo, el derecho a presentar pruebas con el objeto de desvirtuar los alegatos ofrecidos en su contra; y finalmente, el derecho a ser informado de los recursos y medios de defensa, a objeto de ejercer[los] frente a los actos dictados”. (Agregado de la Sala).

Que “En el presente caso, ha sido suficientemente puntualizado, cada una de las expresiones y el contexto dentro del cual (...) el Directorio de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, -luego de un proceso de valoración, de contradicción y de desarrollo probatorio, arribó a la consideración de aplicarle a la parte actora una sanción que, lejos de constituir una afectación a su bien más preciado (sus intereses económicos), no persiguió cosa distinta más que exigir la cesión de espacios para la difusión de mensajes culturales y educativos, en plena determinación de la responsabilidad encontrada a la sociedad mercantil **EMISORA CARACAS F.M. 92.9, C.A.**, por los mensajes difundidos por dicha Emisora Radial, en horario Todo Usuario y Horario Supervisado, que concretaron elementos clasificados de Sexo y de Lenguaje Tipo 'C', sancionados conforme a los parámetros establecidos, en la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión”. (Mayúsculas y negrillas de la cita)

Que “(...) solicita [se] declare **SIN LUGAR** la apelación incoada por el ciudadano Alejandro Silva, apoderado judicial del ciudadano **PETER BOTTOME** y de la sociedad mercantil **EMISORA CARACAS FM 92.9, C.A.**, contra la sentencia emanada de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Nro. 2013-1833, en fecha 17 de octubre de 2013”. (Mayúsculas y negrillas de la cita).

VII CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Corresponde a este Máximo Tribunal pronunciarse respecto a la apelación ejercida por la representación judicial del hoy *de cujus* Peter Bottome, y la sociedad mercantil Emisora Caracas FM 92.9, C.A., ambas partes identificadas, contra la sentencia Nro. 2013-1833 de fecha 17 de octubre de 2013, dictada por el hoy Juzgado Nacional Primero Contencioso Administrativo de la Región Capital, que declaró “(...) **SIN LUGAR** el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto conjuntamente con acción de amparo cautelar, por los (...) [apoderados judiciales del hoy *de cujus*] **PETER BOTTOME**, (...) y de la Sociedad Mercantil ‘**EMISORA CARACAS FM 92.9, C.A.**’, (...) contra la Providencia Administrativa N° PADRS-0009, dictada por el **DIRECTORIO DE RESPONSABILIDAD SOCIAL**, de la **COMISIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES (CONATEL)**”. (Mayúsculas y negrillas del original). (Agregado de la Sala).

Punto Previo

En el caso *sub iudice*, la Sala ha tenido conocimiento, por ser un hecho comunicacional, que el ciudadano Peter Bottome, debidamente identificado, parte actora en el presente juicio, falleció el 14 de febrero de 2016, por lo que mediante sentencia Nro. 00269, de fecha 29 de mayo de 2019, se ordenó la publicación de edictos según lo establecido en el artículo 231 del Código de Procedimiento Civil.

En los referidos edictos, se convocaba a los herederos conocidos y desconocidos del ciudadano Peter Bottome, conforme al artículo 231 del Código de Procedimiento Civil, para que concurrieran dentro del lapso de sesenta (60) días continuos siguientes al cumplimiento de las formalidades exigidas en dicha norma, a darse por citados. El mencionado edicto se fijaría en la cartelera de la Sala y se publicaría en los diarios “*Últimas Noticias*” y “*Vea*”, dos (2) veces por semana.

En fecha 11 de julio de 2019, se libró el edicto dirigido a los herederos conocidos y desconocidos del ciudadano Peter Bottome.

Según se evidencia de autos, dichos edictos no fueron publicados.

Al respecto, el artículo 231 del Código de Procedimiento Civil, señala lo siguiente:

“Artículo 231.- Cuando se compruebe que son desconocidos los sucesores de una persona determinada que ha fallecido, y esté comprobado o reconocido un derecho de ésta referente a una herencia u otra cosa común, la citación que debe hacerse a tales sucesores desconocidos, en relación con las acciones que afecten dicho derecho, se verificará por un edicto en que se llame a quienes se crean asistidos de aquel derecho para que comparezcan a darse por citados en un término no menor de sesenta días continuos, ni mayor de ciento veinte, a juicio del Tribunal, según las circunstancias (...).”

El artículo 231 del Código de Procedimiento Civil, prevé la formalidad de citar para la contestación mediante edicto, a los herederos desconocidos de una persona fallecida, cuando en juicio se ventilen asuntos relacionados con actos que en vida hubiera realizado su causante y en los cuales puedan tener interés, por existir la probabilidad de que se vean afectados sus derechos, por la resolución que en el asunto se tome. (*Vid.*, sentencia Sala de Casación Civil, de fecha 18 de abril de 2024, caso Gerardo Cabrera Valeriano contra Jesús Tosar López (*De Cujus*) y otro).

Es importante destacar, que por tratarse la citación para la contestación de la demanda, un asunto en el cual está interesado el orden público, en razón de que dicho acto de comunicación procesal garantiza la igualdad de los justiciables ante los órganos encargados de impartir justicia y con esto el derecho a la defensa de progenie constitucional, que lleva implícito el de un debido proceso, la ausencia del acto en cuestión lesionaría la validez del juicio.

De lo anteriormente expuesto, es imperativo concluir, que dado el supuesto **“de que se incoe un proceso contra actos realizados en vida por una persona fallecida, relacionado con bienes o derechos que le pertenecieron”** y por ende continúan en cabeza de sus sucesores, **“deberá”**, a todo evento y para dar cumplimiento a la orden impartida por el artículo 231 del Código Adjetivo Civil, **“emitirse el correspondiente edicto, dándole la debida publicidad, para de esta manera dejar cumplido el requisito de la citación de sus herederos desconocidos”**, ello en razón de que al tener estos la condición de potenciales causahabientes del *de-cujus*, pudiesen ver comprometidos los derechos que tal condición les otorga en la sucesión de la cual forman parte; blindando así el proceso respecto a motivos que pudieran dar lugar a futuras nulidades y reposiciones, las cuales atentarían contra la celeridad que debe orientar a la administración de justicia.

En el presente asunto, como ha sido indicado antes, no se publicaron los edictos ordenados mediante sentencia Nro. 00269, de fecha 29 de mayo de 2019. No obstante, esta Sala en aras de resguardar la tutela judicial efectiva observa, que estamos frente a una causa que se encuentra en segunda instancia, donde lo que se cuestiona es la nulidad de un acto administrativo, que el juicio se encuentra en fase de sentencia y que la parte apelante ha manifestado su interés, solicitando sentencia en diversas oportunidades, siendo la última de ellas el día 19 de septiembre de 2023.

Por las razones expuestas, considera esta Sala Político-Administrativa, que en el presente caso, la ausencia de publicación de los edictos, en nada afectaría a sus causahabientes. **Así se decide.**

Dilucidado lo anterior, pasa esta Sala Político-Administrativa a pronunciarse sobre la presente apelación de la siguiente forma:

Del vicio de incongruencia negativa:

En relación a la incongruencia negativa, esta Sala se ha pronunciado al respecto señalando que toda sentencia deberá contener decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, sin que en ningún caso pueda absolverse la instancia; es criterio de la Sala, respecto al dispositivo normativo citado, que la decisión que se dicte en el curso del proceso no debe contener expresiones o declaratorias implícitas o sobreentendidas; por el contrario, el contenido de la sentencia debe ser manifestado en forma comprensible, cierta y efectiva, que no dé lugar a dudas, incertidumbres, insuficiencias, oscuridades o ambigüedades; debiendo para ello ser exhaustiva, es decir, pronunciarse sobre todos los pedimentos formulados en el debate, y de esa manera dirimir el conflicto de intereses que le ha sido sometido en el proceso.

En este sentido, para que la sentencia sea válida y jurídicamente eficaz, debe ser autónoma, es decir, tener fuerza por sí sola; en forma clara y precisa, debe resolver todos y cada uno de los puntos sometidos a su consideración, sin necesidad de nuevas interpretaciones, ni requerir del auxilio de otro instrumento; elementos cuya inobservancia en la decisión infringiría el principio de exhaustividad, incurriendo así en el vicio de incongruencia, el cual se origina cuando no existe la debida correspondencia formal entre lo decidido y las pretensiones y defensas de las partes intervinientes en el proceso, manifestándose tal vicio cuando el juez con su decisión, modifica la controversia judicial debatida, bien porque no se limitó a resolver sólo lo pretendido por las partes, o bien porque no resolvió sobre algunas de las pretensiones o defensas expresadas por los sujetos en el litigio. Acarreando el primer supuesto una incongruencia positiva y el segundo, una incongruencia negativa cuando la decisión omite el debido pronunciamiento sobre algunos de los alegatos fundamentales pretendidos por las partes en la controversia judicial. (*Vid.*, sentencia Nro. 0063 de la Sala Político-Administrativa, de fecha 21 de enero de 2010).

En el presente caso se observa, que la parte apelante denunció que el fallo recurrido incurrió en el vicio de incongruencia negativa y al respecto esta Sala debe reiterar y dejar claramente establecido que el vicio denunciado se manifiesta cuando el juez con su decisión, modifica la controversia judicial debatida, bien porque no se limitó a resolver sólo lo pretendido por las partes, **o bien porque no resolvió sobre algunas de las pretensiones o defensas expresadas por los sujetos en el litigio.** Acarreando el primer supuesto una incongruencia positiva **y el segundo, una incongruencia negativa cuando la decisión omite el debido pronunciamiento sobre algunos de los alegatos fundamentales pretendidos por las partes en la controversia judicial.** (Negrillas y subrayado de la Sala).

Precisado lo anterior, la Sala pasa a revisar cada una de las denuncias relativas a dicho vicio, las cuales se refieren a lo siguiente:

1. Que el a quo “no analizó los argumentos formulados por FM 92.9 para solicitar la desaplicación de la Ley de Responsabilidad Social al caso concreto”.

La parte apelante, planteó la necesidad de desaplicación de la Ley de Responsabilidad Social por motivos de inconstitucionalidad y en consecuencia solicitó que se revoque la sentencia, “(...) *ya que ésta se encuentra viciada de incongruencia negativa en el análisis de los argumentos de FM 92.9 para solicitar la desaplicación al caso concreto de la Ley de Responsabilidad Social (...)*”.

Aseguró, que “(...) *se hace evidente que la Ley de Responsabilidad Social regula los contenidos de los programas que pueden difundirse por la radio y la televisión en Venezuela, por lo que implica una regulación de la libertad de expresión, que conforme el artículo 203 de la Constitución sólo podía ser regulada mediante una ley orgánica. Por esta razón, en vista de que la Ley de Responsabilidad Social desarrolla los derechos constitucionales a la libertad de expresión y a la información, consagrados en los artículos 57 y 58, y carece del carácter de ley orgánica, debe concluirse que la Ley de Responsabilidad Social viola el artículo 203 de la Constitución*”.

Ante tal denuncia la representación del Directorio de Responsabilidad Social de CONATEL indicó, que “(...) *mal podría la recurrente considerar que la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión deba ostentar un carácter orgánico, por cuanto la misma persigue establecer la responsabilidad social de los prestadores de los servicios de radio y televisión, así como de los anunciantes, los productores nacionales independientes y los usuarios y usuarias, en la difusión y recepción de mensajes; siendo que con esa responsabilidad se garantice el respeto a la libertad de expresión e información, sin censura; por cuanto libertad no puede ser objeto de manifestaciones absolutas*”.

En tal sentido se observa, que la decisión objeto de la presente impugnación, indicó que: “*De tal manera, que se observa en la citada Ley, el desarrollo de la normativa que regula la actividad en la radio y televisión para limitar la libertad in commento, a los parámetros de los valores y principios de Estado que tipifica el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela para verificar la responsabilidad de los sujetos a los cuales va dirigida y someten a la Ley, de forma tal, que debe esta Corte desechar por improcedente el alegato a que la normativa imperante a la cual debería aplicarse a este caso en concreto, lo fuera una Ley Orgánica que desarrolle el presunto derecho ilimitado de la libertad de expresión, pues tal apreciación se traduciría en descalificar a todos aquellos actos de carácter legislativo que conlleven a la regulación de la responsabilidad en la prestación del servicio audio y visual, pues ello trasheduciría a limitar no solo a la Ley sino a la Constitución, puesto que ésta está cercada para dejar ajustar tal situación de regulación, a través de las normas jurídicas como lo es la Ley de Responsabilidad en Radio y Televisión*”.

Como puede observarse, la decisión apelada sí se pronunció con respecto a la solicitud de desaplicación de la Ley de Responsabilidad en Radio y Televisión para el caso en concreto, desestimándola. De manera que no hubo la incongruencia negativa alegada. **Así se decide.**

2. Que la sentencia apelada se encuentra viciada de incongruencia negativa porque ésta omitió considerar los argumentos esgrimidos por FM 92.9 en relación a la hora de transmisión del mensaje “Pelen el oído antes de pelarse otra cosa, y présteme atención porque meterla y dejársela meter tiene sus placeres, pero también tiene sus riesgos”.

En este sentido, se evidencia que el *a quo* señaló al respecto, que “*la Representación Judicial de los recurrentes no coadyuvaron con la carga de demostrar que los hechos a los cuales se les atribuye, no configuran supuestos de hecho que fueran generados por ellos en el horario aducido por la recurrida, es decir, que logren desvirtuar el hecho presuntamente atribuido por la Administración en la fase del procedimiento sancionatorio, o en su defecto, demostrar que ellos efectivamente desplegaron su actividad de radiodifusión de forma equilibrada con respeto a la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión sin que ello afectara la garantía de su responsabilidad social, a través de la difusión de mensajes que sean de interés social y cultural en el horario establecido para todo usuario, respectivamente, según así lo establece el artículo 7 de la Ley comentada (...)*”.

Del texto transcrito se deriva que la entonces Corte Primera sí se pronunció con respecto a los argumentos esgrimidos por la emisora FM 92.9 en relación a la hora de transmisión del mensaje antes señalado.

3. Que, en cuanto a la frase “Maldito seas por siempre, siempre seas maldito, maldito seas” “(...) pues [el a quo] omite por completo decidir sobre la ilegalidad de la Providencia en el punto relacionado a la expresión discutida en esta sección (...)”. (Agregado de la Sala).

Al respecto, se evidencia de la sentencia apelada, que la entonces Corte Primera de lo Contencioso Administrativo expresó lo siguiente:

“También, respecto a la expresión transmitida ‘Maldito seas por siempre, siempre seas maldito, maldito seas’, señala que ‘...la Providencia es ilegal ya (...) que el Auto de Apertura violó el Derecho a la Defensa de [sus] representados ya que les impidió conocer con precisión la presunta infracción administrativa que investigaban Conatel (sic) y el Directorio’ (Corchetes de esta Corte).

Aunado a lo anterior, alegaron que el acto administrativo recurrido adolece del vicio de inmotivación por una presunta imprecisión, dado que ‘En efecto, la Providencia se limita a señalar que el mensaje cuestionado constituye un elemento de lenguaje tipo ‘C’; lo cual es inaceptable porque existen cuatro variedades de ese tipo de elementos lingüísticos, a saber: (i) el tener carácter obsceno (iii) (sic) constituir una imprecación (iv) (sic) el referirse a órganos o prácticas sexuales sin finalidad educativa explícita, o bien (v) (sic) el constituir una manifestación escatológica. Esa imprecisión implica un caso de inmotivación...’.

Ahora bien, esta Corte debe destacar que los referidos alegatos se encuentran subsumidos en el desarrollo que anteriormente se hiciera respecto a la alegada violación al derecho a la defensa respecto a la frase expresada ‘Soy el maldito gran roedor’, por cuanto el procedimiento administrativo instaurado por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) en fecha 19 de septiembre de 2005, lo fue con base a la presunta comisión del ilícito administrativo

figurado en el artículo 28 numeral 2, literales 'C' y 'D', los cuales se encuentran inmersos en la aplicación racional de la normativa, a la cual fue aplicada para la subsunción de los hechos que acaecieron, a los fines de determinar la sanción administrativa impuesta a las partes recurrentes, de modo que da por reproducido lo anteriormente desarrollado por este Órgano Judicial. Así se establece". (Negrillas y subrayado de la Sala).

De la anterior transcripción, se desprende que en la decisión apelada sí hubo pronunciamiento en cuanto a la frase "*Maldito seas por siempre, siempre seas maldito, maldito seas*", el cual se basó en los mismos argumentos utilizados en relación con la expresión "*Soy el maldito gran roedor*", por lo que al ser la misma explicación se dieron por reproducidos.

Ahora bien, considerando que el vicio de incongruencia negativa se manifiesta cuando al momento de dictar la decisión se omite el debido pronunciamiento sobre algunos de los alegatos fundamentales pretendidos por las partes en la controversia judicial y que en el presente caso, se evidencia que la entonces Corte Primera -aunque no consideró válidos los argumentos planteados por la parte accionante- sí emitió pronunciamiento en cuanto a la solicitud de desaplicación de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión y la hora de transmisión del mensaje "*Pelen el oído antes de pelarse otra cosa, y présteme atención porque meterla y dejársela meter tiene sus placeres, pero también tiene sus riesgos*", y en el caso de la expresión "*Maldito seas por siempre, siempre seas maldito, maldito seas*" dio por reproducidos los argumentos utilizados en relación con la expresión "*Soy el maldito gran roedor*", esta Sala considera que no se evidencia la existencia de dicho vicio, por lo que desecha tal alegato. **Así se decide.**

Del falso supuesto de hecho y de derecho:

La parte adujo los vicios de falso supuesto de hecho y de derecho, no obstante por cuanto se trata de una apelación la Sala entiende que los vicios alegados son suposición falsa de hecho y de derecho.

Respecto al vicio de suposición falsa este se configura en las decisiones judiciales, cuando el Juez, al dictar un determinado fallo, fundamenta su decisión en hechos inexistentes, falsos o que no guardan la debida vinculación con el o los asuntos objeto de decisión, verificándose de esta forma el denominado falso supuesto de hecho.

Por otro lado, cuando los hechos que sirven de fundamento a la decisión existen, se corresponden con lo acontecido y son verdaderos, pero el órgano jurisdiccional al emitir su pronunciamiento los subsume en una norma errónea o inexistente en el derecho positivo, o incurre en una errada interpretación de las disposiciones aplicadas, se materializa el falso supuesto de derecho. (*Vid.*, sentencias de esta Sala Nros. 00203 de fecha 5 de marzo de 2015 y 00175 del 24 de febrero de 2016).

En este sentido se evidencia, que la parte denunció lo siguiente:

Falso supuesto de derecho:

1. Al haber analizado incorrectamente las disposiciones contenidas en el artículo 21 de la Ley de Responsabilidad Social, en cuanto a la omisión por parte de la Administración de requerir la opinión al Consejo de Responsabilidad Social.

En tal sentido se evidencia que el *a quo* concluyó que “(...) *la misma normativa le califica al Consejo de Responsabilidad Social como un órgano de mera consulta previa a la decisión que vaya a tomar el directorio referido, de modo que tal consulta a modo de ver de este Órgano Jurisdiccional, configura una solicitud de opinión respecto al caso que se vaya a decidir, de manera que no vendría a tener carácter vinculante, pues si bien es cierto que en caso de procederse la mencionada consulta y no haber respuesta alguna por parte del Consejo in commento, operando así el silencio administrativo de carácter positivo, no es óbice para que la Administración sancionadora deje de lado tal opinión bien sea favorable o adversa a los intereses de aquellos operadores que están sometidos a la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, por lo que al no tener carácter vinculante para la decisión final la consulta cuestionada por cuanto la misma se tomaría como una mera recomendación, esta Corte debe desechar el argumento de la recurrente en cuanto a la declaratoria de ilegalidad de la Providencia Administrativa recurrida, dado que –a su decir- omitió la consulta a que hace referencia el artículo 21 de la señalada Ley, pues como se dejó sentado, dicha consulta no es de carácter obligatoria o vinculante para la Administración a la hora de ejercer su potestad sancionatoria”.*

A fin de analizar si lo expuesto constituye o no una errada interpretación del artículo 21 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, esta Sala considera oportuno traer a los autos el contenido de dicho artículo:

“Consejo de Responsabilidad Social

Artículo 21. Se crea un Consejo de Responsabilidad Social integrado por un representante principal y su respectivo suplente, por cada uno de los organismos y organizaciones siguientes: el Instituto Nacional de la Mujer, el Consejo Nacional de los Derechos del Niño y del Adolescente, un representante de las organizaciones sociales juveniles, un representante de las iglesias, un representante de las escuelas de comunicación social de las universidades nacionales, un representante de las escuelas de sicología de las universidades nacionales, dos representantes de las organizaciones de usuarios y usuarias inscritas en la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, un representante de las organizaciones sociales relacionadas con la protección de niños, niñas y adolescentes, un representante de los prestadores de servicios de radio privada, un representante de los prestadores de servicios de televisión privada, un representante de los prestadores de servicios de radio pública, un representante de los prestadores de servicios de televisión pública, un representante de los prestadores de los servicios de radiodifusión comunitarias de servicio público, sin fines de lucro, un representante de los prestadores de televisión comunitarias de servicio público, sin fines de lucro, un representante de los prestadores de servicios de difusión por suscripción, un representante de los y las periodistas, un representante de los locutores y las locutoras, un representante de los anunciantes, un representante de los trabajadores de radio y televisión, un representante de los productores nacionales independientes inscritos en el órgano rector en materia de

comunicación e información del Ejecutivo Nacional, un representante de los pueblos y comunidades indígenas, un representante de las organizaciones sociales vinculadas a la cultura, un representante de las escuelas de educación mención preescolar, y un representante de las comunidades educativas del Ministerio de Educación y Deportes.

La representación de los integrantes que no provengan de los organismos y órganos del Estado, será decidida en asamblea de cada sector convocada por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones para tal fin, de conformidad con las normas técnicas respectivas para asegurar la representatividad de los miembros a ser elegidos. Los suplentes llenarán las faltas temporales de sus respectivos principales. En el caso de la representación indígena, se designará de acuerdo con sus usos, costumbres y organizaciones legalmente constituidas.

El Directorio de Responsabilidad Social consultará en forma previa al Consejo de Responsabilidad Social cuando tenga que decidir sobre las materias de su competencia. El silencio del Consejo de Responsabilidad Social se entenderá positivo. (Subrayado de la Sala).

Al respecto esta Máxima Instancia, considera oportuno señalar que si bien es cierto que en el último párrafo del artículo 21 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, se establece la consulta al Consejo de Responsabilidad Social cuando el Directorio tenga que decidir asuntos sobre las materias de su competencia, no es menos cierto que -tal como lo señaló el *a quo* en su decisión- esta consulta no fue establecida en dicho artículo como vinculante, es decir, las decisiones del Directorio no dependen de esta opinión, por lo que resulta forzoso para esta Sala considerar acertada la interpretación realizada por el *a quo* y en consecuencia, desechar el alegato de los apelantes, concluyendo que no hubo la suposición falsa alegada. **Así se establece.**

2. *Al haber interpretado de manera errónea el artículo 49 de la Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, específicamente en los relacionado con el derecho a la defensa, en lo que respecta a las frases: i) “Soy el maldito gran roedor”, ii) “Por eso es que a mí me encantan las yeguas porque se autoinfligen (...), porque hay que morderlas durísimo, me encanta eso, en el cuello, es más en la oreja” y iii) “Pelen el oído antes de pelarse otra cosa, y présteme atención porque meterla y dejársela meter tiene sus placeres, pero también tiene sus riesgos”.*

En este sentido, la parte apelante señaló como argumentos por los casos arriba señalados, en los que consideró que hubo error de interpretación en la norma antes mencionada, que “*La conclusión a la que llega la Corte Primera en la Sentencia -en la que determina que el Directorio no menoscabó el derecho a la defensa de FM 92.9 al realizar una imputación imprecisa y ambigua de las presuntas infracciones que se le imputaban a ésta- son producto de una errónea (y limitada) interpretación del artículo 49 del texto constitucional. Asimismo, la Corte Primera omite considerar los argumentos formulados por FM 92.9 para sustentar que la Providencia menoscabó su derecho a la defensa*”.

Al respecto, se observa que el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece lo siguiente:

“El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.

2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.

3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.

4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.

5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.

8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas”.

En este sentido, es importante traer a los autos el criterio de esta Máxima Instancia, en relación con el derecho a la defensa y el debido proceso previsto en el artículo previamente citado y al respecto en la sentencia Nro. 715 dictada por esta Sala el 1° de junio de 2011, se señaló lo siguiente:

“(…) Ahora bien, con relación al derecho a la defensa y al debido proceso es importante destacar el contenido del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual es del siguiente tenor:

(...Omissis...)

“La disposición parcialmente transcrita establece el debido proceso como uno de los derechos fundamentales en todas las actuaciones

judiciales y administrativas. El mencionado postulado es un derecho complejo que comprende en sí mismo además del derecho a la defensa, un conjunto de garantías a favor del justiciable entre las que figuran: el acceso a la justicia, el ejercicio de los recursos legalmente establecidos, el acceso a un tribunal competente, independiente e imparcial; obtener una resolución de fondo jurídicamente fundada, un proceso sin dilaciones indebidas, la ejecución de las sentencias o de los actos administrativos según corresponda; la posibilidad de acceder al expediente y la oportunidad de ser oído, entre otros derechos y garantías (Ver sentencias N° 04904, 00769 y 01283, de fechas 13 de julio de 2005, 2 de julio y 23 de octubre de 2008, respectivamente)”.

Por su parte, la entonces Corte Primera, en la sentencia apelada, entre otras consideraciones, indicó:

“(…) existe en el ámbito administrativo la violación del derecho a la defensa cuando la Administración resuelve un asunto cuando haya impedido de manera absoluta a los particulares su participación en la formación del acto administrativo que pudiera afectar sus derechos o intereses y de no darles la oportunidad del conocimiento sobre los hechos a los cuales se les imputan a tales particulares, respectivamente.

De modo que, al igual que del acto administrativo de apertura del procedimiento instaurado en fecha 19 de septiembre de 2005, en contra de las recurrentes, se observa que la Providencia Administrativa N° PADRS-009 recurrida, al realizar la motivación de hecho y de derecho, la Administración verificó que se encontraban materializados ‘los extremos de los literales ‘c’ y ‘d’ del numeral 2 del artículo 28 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión’, por lo que esta Corte en relación a ello, debe desechar los argumentos empleados por la Representación Judicial de dichas partes, dado que a las mismas se les notificó del inicio del procedimiento debido en fecha 20 de septiembre de 2005 por la presunta comisión del ilícito administrativo establecido en el artículo anterior, hecho este que configuró el matiz del procedimiento administrativo sancionatorio debidamente señalado en contra de las recurrentes, de tal manera que la violación al derecho a la defensa no es apreciada por este Órgano Jurisdiccional por cuanto tuvieron sus debidas oportunidades factibles y legales para evadir la denuncia establecida en el procedimiento instaurado por el Director de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) con base al artículo in commento, pues así se aprecia que las frases expresadas a través de la Emisora Caracas FM 92.9, C.A., por medio de las cuales se les sancionó a las recurrentes, funcionan como supuestos de hechos de la normativa aplicada al caso en concreto, cuya subsunción a tales supuestos fungieron dentro de los elementos de lenguaje tipo ‘C’ y sexo tipo ‘C’, respectivamente, las cuales se encuentran inmersas en el artículo 28 comentado. Así se decide”.

Al respecto, esta Máxima Instancia comparte el criterio aplicado por el *a quo* –que a su vez es el criterio reiterado por esta Sala- que consiste en considerar que el derecho a la defensa y al debido proceso comprende el acceso a la justicia, el ejercicio de los recursos legalmente establecidos, el acceso a un tribunal competente, independiente e imparcial; obtener una resolución de fondo jurídicamente fundada, un proceso sin dilaciones indebidas,

la ejecución de las sentencias o de los actos administrativos según corresponda; la posibilidad de acceder al expediente y la oportunidad de ser oído, entre otros derechos y garantías y todos estos preceptos le fueron respetados al hoy apelante, quien tuvo oportunidad de participar en el procedimiento administrativo y posteriormente interponer un recurso ante los tribunales competentes, ejercer su derecho a contestar, consignar pruebas, etc. y obtener un proceso judicial que le ha permitido llegar a esta Instancia, por lo que se esta Sala considera que no hubo error por parte del *a quo* en su criterio interpretativo del artículo 49 del nuestra Carta Magna. **Así se decide.**

3. Por la “(...) errónea interpretación de norma jurídica, pues utiliza, como uno de los fundamentos en los cuales sustenta su decisión, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (la ‘LOPNNA’) dictada en diciembre de 2007”.

En este sentido, esta Sala observa que la entonces Corte Primera señaló en su decisión lo siguiente:

“Ello así, esta Corte observa que la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Extraordinaria N° 5.859 del 10 de diciembre de 2007, establece en los artículos 69 al 72, lo siguiente:

(...Omissis...)

De lo anterior, se desprende que las emisoras de radio y televisión tienen la obligación de difundir durante el horario todo usuario, aparte del derecho que tiene de expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, asumiendo para ello su responsabilidad, también de fomentar programaciones que proporcionen elementos de alta calidad educacional, cultural, deportivo, artística o de entretenimiento, respectivamente, siempre y cuando no tergiversen ese derecho de expresión que no lo es del todo absoluto de conformidad con lo establecido en el artículo 57 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

Al respecto, verifica esta Sala, que el *a quo* utilizó el articulado previsto en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Extraordinaria Nro. 5.859 del 10 de diciembre de 2007, de manera referencial, al igual que hizo referencia a la sentencia Nro. 633 dictada por esta Sala el 11 de mayo de 2011, caso: *Corpomedios GV Inversiones, C.A.*, sin embargo, los argumentos que llevaron a la entonces Corte Primera a “*declarar improcedente la denuncia del falso supuesto de hecho al subsumirse la frase ‘soy el maldito gran roedor’ en el artículo 6 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión por constituir una imprecación que a la lastre de todo este desarrollo, evoluciona en nada a la finalidad educativa que en el horario todo usuario ha de desarrollarse*” fueron los siguientes:

“(...) esta Corte se atreve a establecer que más allá de los intereses de los recurrentes, lo que priva son los intereses que la sociedad debe mantener en pro de los derechos del niño, niña y adolescente, pues dentro de tales derechos, se encuentran el derecho a su formación y desarrollo cultural, educativo y amante de los valores que caracterizan al buen ciudadano que fomenta y debe respetar el Estado a través de la Constitución Nacional no dejando de lado la responsabilidad social

a la que los prestadores del servicio no deben estar exentos para responder por el progreso de tales valores.

Fundamentado lo anterior, esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo debe rechazar los alegatos de las recurrentes, dado que los mismos hicieron hincapié a la utilización no como imprecación de la palabra maldito antes estudiada, mas no hicieron referencia alguna a los valores que se perderían en caso que estas frases se sigan difundiendo en el espectro radioeléctrico, de modo que se debe declarar improcedente la denuncia del falso supuesto de hecho al subsumirse la frase 'soy el maldito gran roedor' en el artículo 6 de la ley de Responsabilidad Social en radio y Televisión por constituir una imprecación que a la lastre de todo este desarrollo, evoluciona en nada a la finalidad educativa que en el horario todo usuario ha de desarrollarse. Así se decide”.

En virtud de los anterior, considera esta Sala que en la sentencia dictada por el *a quo* no hubo una errónea aplicación de la norma jurídica, por lo que se desecha dicho argumento. **Así se declara.**

Falso supuesto de hecho:

En cuanto al vicio denunciado, la parte apelante alegó que el *a quo* incurrió en los siguientes errores al momento de dictar la sentencia:

1. Errónea apreciación de los hechos “(...) *en lo atinente a la naturaleza semántica e intrínseca de la expresión 'soy el maldito gran roedor' (...)*” y al considerar que la expresión “*Creo que la segunda alternativa te sienta bien a ti, porque se nota que eres una perra o llevas una perra adentro*”, tiene carácter obsceno.

En este sentido la representación de la parte demandante considera que la primera expresión de las antes mencionada, “(...) *lejos de ser una expresión vacía, carente de referentes- es una mención directa a una producción cultural, en este caso, la serie animada Pixie, Dixie y Jinks. De tal forma, resulta evidente que una locución que haga referencia a una obra cultural importante está, de cierta forma, difundiendo el conocimiento de dicha obra y despertando el interés de los oyentes del programa por la misma; por ello, no es acertado concluir, como lo hace la Corte Primera, que la referida expresión no tiene contenido cultural*”.

El *a quo*, por medio de su decisión -hoy impugnada- como se indicó anteriormente, señaló que “(...) *se atreve a establecer que más allá de los intereses de los recurrentes, lo que priva son los intereses que la sociedad debe mantener en pro de los derechos del niño, niña y adolescente, pues dentro de tales derechos, se encuentran el derecho a su formación y desarrollo cultural, educativo y amante de los valores que caracterizan al buen ciudadano que fomenta y debe respetar el Estado a través de la Constitución Nacional no dejando de lado la responsabilidad social a la que los prestadores del servicio no deben estar exentos para responder por el progreso de tales valores*” y que “*Fundamentado lo anterior, esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo debe rechazar los alegatos de las recurrentes, dado que los mismos hicieron hincapié a la utilización no como imprecación de la palabra maldito antes estudiada, mas no hicieron referencia alguna a los valores que se*

perderían en caso que estas frases se sigan difundiendo en el espectro radioeléctrico, de modo que se debe declarar improcedente la denuncia del falso supuesto de hecho al subsumirse la frase ‘soy el maldito gran roedor’ en el artículo 6 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión por constituir una imprecación que a la lastré de todo este desarrollo, evoluciona en nada a la finalidad educativa que en el horario todo usuario ha de desarrollarse (...)”.

Del extracto de la sentencia, anteriormente señalado, se advierte que el *a quo* hace especial hincapié a los “valores que se perderían en caso que estas frases se sigan difundiendo en el espectro radioeléctrico” y al respecto, esa Sala debe establecer que comparte el criterio de la Corte al señalar que la frase no estuvo acorde al horario en el que fue transmitido y que en aplicación de las normas establecidas para regular tales hechos, se aplicó una sanción.

También, se debe señalar que la entonces Corte Primera enmarcó su decisión en lo previsto en el artículo 6 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, el cual señala lo siguiente:

“Elementos clasificados

Artículo 6. *A los efectos de esta Ley se definen los siguientes elementos clasificados: lenguaje, salud, sexo y violencia.*

1. Son elementos de lenguaje:

a) Tipo ‘A’. Imágenes o sonidos de uso común, que pueden ser presenciados por niños, niñas y adolescentes sin que se requiera la orientación de madres, padres, representantes o responsables, y que no clasifiquen en los tipos ‘B’ y ‘C’.

b) Tipo ‘B’. Imágenes o sonidos que, en su uso común, tengan un carácter soez.

*c) Tipo ‘C’. Imágenes o sonidos que, en su uso común, tengan carácter obsceno, **que constituyan imprecaciones**, que describan, representen o aludan, sin finalidad educativa explícita, a órganos o prácticas sexuales o a manifestaciones escatológicas.*

(...Omissis...)”. (Negrillas y subrayado de esta Sala).

En este sentido, la Real Academia Española define la palabra imprecación como “Acción y efecto de imprecar: **maldición**, juramento, anatema, bramuras, renegadera, reniego”. (Negrillas y subrayado de esta Sala).

Ahora bien, visto lo anteriormente señalado, y considerando que la frase “Soy el maldito gran roedor” es considerado como lenguaje tipo “C” por ser una imprecación y que fue transmitida a las ocho y cuarenta y un minutos de la mañana (8:41 a.m.), horario considerado para “todo usuario” según lo previsto en el artículo 7 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión-, que “es aquel durante el cual sólo se podrá difundir mensajes que puedan ser recibidos por todos los usuarios y usuarias, incluidos niños, niñas y adolescentes sin supervisión de sus madres, padres, representantes o responsables. Este horario está comprendido entre las siete antemeridiano y las siete

postmeridiano”, debe esta Sala concluir que la entonces Corte Primera no erró al apreciar los hechos. **Así se declara.**

En relación con la segunda de las frases aludidas, “*Creo que la segunda alternativa te sienta bien a ti, porque se nota que eres una perra o llevas una perra adentro*”, la parte apelante considera que el *a quo* erró al considerar que dicha expresión tiene carácter obsceno, ya que “*a lo sumo, podría considerarse que tal frase es simplemente grosera- lo cual, en el horario que fue transmitido, no está prohibido por la Ley de Responsabilidad Social*”.

En tal sentido, debe esta Sala señalar, que la frase antes citada fue transmitida a las diez y veinte minutos de la noche (10:20 p.m.), es decir en horario supervisado, según lo establecido en el numeral 2 del artículo 7 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, el cual establece lo siguiente:

“(…Omissis…)”

Capítulo II

De la difusión de mensajes

Tipos, bloques de horarios y restricciones por horario

Artículo 7. *A los efectos de esta Ley se establecen los siguientes tipos y bloques de horarios:*

(…Omissis…)”

2. *Horario supervisado: es aquel durante el cual se podrá difundir mensajes que, de ser recibidos por niños, niñas y adolescentes, requieran de la supervisión de sus madres, padres, representantes o responsables. Este horario está comprendido entre las cinco antemeridiano y las siete antemeridiano y entre las siete postmeridiano y las once postmeridiano.*

(…Omissis…)”

En los servicios de radio o televisión, durante el horario supervisado, no está permitida la difusión de: mensajes que contengan elementos de lenguaje tipo ‘C’, elementos de salud tipo ‘D’, elementos sexuales tipo ‘D’ ni elementos de violencia tipo ‘E’. En el horario supervisado podrá difundirse hasta dos horas de radionovelas o telenovelas. (… Omissis…)”. (Negrillas de la Cita). (Subrayado de la Sala).

Ahora bien, según lo establecido en la Ley antes mencionada durante el horario supervisado, no está permitida la difusión de: mensajes que contengan elementos de lenguaje tipo “C”, que se refiere a **“Imágenes o sonidos que, en su uso común, tengan carácter obsceno, que constituyan imprecaciones, que describan, representen o aludan, sin finalidad educativa explícita, a órganos o prácticas sexuales o a manifestaciones escatológicas”**. (Negrillas y subrayado de la Sala).

En el presente caso, la entonces Corte Primera, estimó que la frase antes mencionada tenía un significado obsceno.

Al respecto, esta Sala aprecia que dicha frase indiscutiblemente puede ser considerada obscena, sobre todo en nuestra cultura, independientemente de las definiciones

o acepciones que pueda tener en culturas diferentes a la nuestra, sin embargo, en muchos lugares y culturas, referirse a alguien como “*perra*” comúnmente se asocia con una connotación negativa hacia la mujer, sugiriendo una actitud inmoral o degradante, por lo que a criterio de esta Máxima Instancia el *a quo* no hizo una mala interpretación de los hechos. **Así se establece.**

2. La parte apelante alega, que la frase “*Por eso es que a mí me encantan las yeguas porque se auto infligen (...), porque hay que morderlas durísimo, me encanta eso; en el cuello, es mas en la oreja*”, no se transmitió en la emisora FM 92.9.

En tal sentido, fundamentan su alegato señalando que “*(...) el Directorio en ningún momento aportó elementos probatorios que permitieran, de manera cabal y apegada a derecho demostrar que FM 92.9 transmitió la antedicha expresión*”.

Por su parte, el *a quo* al momento de desvirtuar el señalamiento anterior -entre otras cosas- señaló lo siguiente:

“(...) destaca esta Corte que ni de las actas que conforman el expediente administrativo, ni del contenido del escrito de fecha 4 de octubre de 2005, mediante el cual los recurrentes presentaron sus alegatos en el procedimiento iniciado por auto de fecha 19 de septiembre de 2005, se observa que los mismos hayan expresado las razones o defensas pertinentes, a los fines de desvirtuar la presunta transmisión del mensaje a que se hizo referencia supra, de modo que en realidad tales recurrentes no admitieron tal hecho. De modo que debe esta Corte hacer remisión a las pruebas que cursan en actas.

(...Omissis...)

Destacado lo anterior y por cuanto las partes recurrentes aducen que el acto administrativo impugnado es nulo, por cuanto no probó la Administración en los autos del procedimiento de esa naturaleza sin que existan ‘...pruebas de que (...) hayan transmitido el mensaje’; este Órgano Jurisdiccional observa que la Administración sí demostró la transmisión del referido mensaje cuestionado en este apartado, pues una vez que incorporó en formato CD, el contenido de los mensajes emitidos por la parte recurrente, aquélla generó su validez y credibilidad, luego de incorporar al procedimiento administrativo en contra de la Emisora 92.9 FM, la promoción y posterior evacuación de la prueba de testigos, tendiente en hacer creíble el contenido del CD in commento, por lo que necesariamente debe esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo rechazar el alegato de la Representación Judicial de la actora, referente a que la parte recurrida no probó la transmisión de aquél mensaje antes nombrado. Así se decide”.

Al respecto, esta Sala observa que en fase administrativa, en fecha 28 de septiembre de 2005, se acordó incorporar al expediente las grabaciones concernientes a los días 20 y 30 de mayo, 29 y 30 de junio y del 8 al 12 de agosto de 2005, entre las cuales se encuentran las del “*Programa El Monstruo de la Mañana en el segmento Veterinario, fecha de difusión 8 de Agosto de 2005, hora 9:15 a.m. (Horario todo usuario)*”.

También se evidencia que en la fase administrativa del proceso, en fecha 28 de octubre de 2005, la Administración dictó auto de promoción de testigo experto, mediante el

cual se acuerda emplazar a los testigos, se ordenó remitirles copia del CD contentivo de la difusión de los aquí cuestionados mensajes emitidos por la Emisora Caracas 92.9 F.M. Asimismo, durante el juicio se incorporó la información relacionada con los programas radiales y la frases cuestionadas en el presente proceso judicial mediante un disco compacto, suministrado por la Administración.

Por lo anteriormente expuesto, esta Sala comparte el criterio de la entonces Corte Primera, al alegar que la existencia de la frase antes mencionada fue debidamente probada a través del disco compacto que fue escuchado por los expertos promovidos, quienes hicieron uso del mismo para emitir sus opiniones en la oportunidad correspondiente, por lo que resulta forzoso para esta Sala desestimar el alegato de que el mensaje nunca se transmitió. **Así se declara.**

Decidido lo anterior, debe esta Sala pronunciarse sobre el argumento de la parte apelante relacionado con que “(...) en el supuesto negado de que FM 92.9 haya transmitido la expresión (...) la misma no representa ninguna violación a las disposiciones de la Ley de Responsabilidad Social”.

En este sentido, la entonces Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, señaló:

“Ahora bien, si de tal frase se pueden derivar tantas interpretaciones como sean posibles, esta Corte se cuestiona ¿qué interpretación podría darle un niño, niña o adolescente, a la hora de escuchar semejante mensaje o manifestación en la radio?, definitivamente ha de cuestionarse ¿si el lenguaje puede ser usado al antojo de los prestadores del servicio de radio o televisión en el horario comprendido para todo usuario de conformidad con el artículo 7 de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión evadiendo su propia responsabilidad frente al público receptor? Y entonces ¿en dónde queda la procura de la difusión de información y materiales dirigidos a los niños, niñas y adolescentes que sean de interés social y cultural, encaminados al desarrollo progresivo y pleno de la personalidad, aptitudes y capacidad mental y física, el respeto a los derechos humanos, identidad cultural y a formar conciencia de comprensión humana y social en la persona?, esta Corte se atreve a concluir que todo eso se pierde adelantándose a la progresiva y evolucionada interpretación de tales postulados que constitucionalmente se encuentran ponderados como cometido de todos los venezolanos.

También, esta Corte se pregunta ¿es posible que si no se declarase tal frase dentro del elemento de sexo tipo ‘C’, entonces, en dónde lo calificaría los recurrentes?, con el debido respeto, ¿se traduciría dentro del elemento de lenguaje tipo ‘A’, es decir, de uso común para los niños, niñas y adolescentes?

Todas aquellas cuestiones presentadas, logran a esta Corte considerar el cómo la Representación Judicial de los recurrentes en vez de fomentar en los diversos programas que manejan y que difunden a la colectividad en el horario todo usuario e incluso en el supervisado, el respeto por la adecuada conciencia de comprensión humana y social de tolerancia en cuanto a tales mensajes a difundir, de modo que en vista de que tales circunstancias se presumen no son cumplidas de conformidad a la Ley de Responsabilidad Social en radio y Televisión

y a los postulados supraconstitucionales que deben regir a toda sociedad, es por lo que se desecha el argumento del mal alegado falso supuesto del acto recurrido. Así se decide”.

Al respecto observa esta Máxima Instancia, que el mensaje fue transmitido a las 9:15 am, en el programa “*El Monstruo de la Mañana*” en el segmento “*Veterinario*” y se hablaba sobre el proceso de cortejo y copulación de los caballos, es decir -según lo define el diccionario de la Real Academia Española- la copulación se refiere a unirse o juntarse sexualmente. En este aspecto al revisar las clasificaciones establecidas en la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, el horario de trasmisión de dicho programa y la mencionada frase era en horario clasificado como “*todo usuario*”, el cual está básicamente dirigido incluso a niños, niñas y adolescentes sin supervisión de sus madres, padres, representantes o responsables, por lo que a criterio de esta Máxima Instancia, la frase donde se hacer referencia a la copulación entre animales no fue transmitida en un horario adecuado y se apega al criterio de la entonces Corte Primera que señala que dicha actitudes “*en vez de fomentar en los diversos programas que manejan y que difunden a la colectividad en el horario todo usuario e incluso en el supervisado, el respeto por la adecuada conciencia de comprensión humana y social de tolerancia en cuanto a tales mensajes a difundir, de modo que en vista de que tales circunstancias se presumen no son cumplidas de conformidad a la Ley de Responsabilidad Social en radio y Televisión y a los postulados supraconstitucionales que deben regir a toda sociedad*”, como consecuencia del anterior estudio esta Sala desecha el alegato de la parte apelante analizado en este punto. **Así se declara.**

3. En cuanto al mensaje transmitido el 30 de junio de 2005 a las 6:51 p.m. “*Pelen el oído antes de pelarse otra cosa y présteme atención porque meterla y dejársela meter tiene sus placeres, pero también sus riesgos*”.

En este sentido, la parte apelante señaló que “*(...) la Sentencia también se encuentra viciada por incurrir en una errónea apreciación de los hechos. En efecto, el razonamiento utilizado por la Corte Primera para desestimar la denuncia del vicio de falso supuesto hecha por FM 92.9 se basa en que, a su entender, la expresión bajo análisis: (i) es vulgar por tratarse de una expresión coloquial, y (ii) carece de cualquier tipo de carácter educativo*”.

Que “*(...) pareciera que la Corte Primera hace una vinculación ineludible entre los términos ‘coloquial’ y ‘vulgar’ (...). Esta afirmación no sólo es incorrecta: también es una actitud que no es cónsona con una sociedad democrática imbuida de pensamiento bolivariano*”.

Que “*(...) de manera subsidiaria debe señalarse que la Sentencia incurre en otra errónea apreciación de los hechos al señalar que, en el supuesto negado por FM 92.9 de que la expresión (...) revista un carácter sexual, ésta no tiene carácter educativo y que no es compatible con los postulados axiológicos que han sido desarrollados a lo largo de la misma*”.

Que “(...) en el supuesto negado de que la referida expresión tenga una connotación sexual, la misma cumple un propósito educativo para la sociedad y los radioescuchas de FM 92.9, pues esa expresión conlleva un mensaje positivo en materia de educación sexual, lo cual implica que la Sentencia está viciada por incurrir en una errónea apreciación de los hechos”.

Por su parte la entonces Corte Primera, al respecto sentenció que:

“(...) Al hacer un análisis literal, tanto de la frase presuntamente empleada por los recurrentes en la prestación de sus servicios radiales, como del calificativo de ‘gancho para generar interés mediante el uso de expresiones coloquiales’, es decir ¿vulgar?, correspondería a esta Corte determinar que existe una plena contradicción entre los dichos de la Representación Judicial de los recurrentes, pues a su entender, pareciera que más allá de la textura abierta de la cual poseen las palabras a la hora de interpretarlas, existen las adecuadas para generar una determinada frase que en el ámbito radial de seguro ha de ser recibido por gran parte de la población y que los mismos se realizan conforme a la supuesta vulgaridad a la que está sometido el público juvenil, de modo que, existe para este Órgano Jurisdiccional un descontrol a la hora de fundamentar su petición los recurrente, dado que ha de recordarse que el servicio de radiodifusión debe ajustar su actividad de conformidad obligatoria a la responsabilidad social sometida sin prescindir en momento alguno de la información, en este caso para fomentar la ‘presunta educación a la que hacen referencia en su programa radial’, pero sin dejar de lado la selección que sea del todo apropiado para el desarrollo humano en lo social y cultural (Vid. artículo 5 literal ‘F’ de la Ley de Responsabilidad Social en radio y Televisión), por lo que debe este Órgano Jurisdiccional desechar tal argumento de la recurrente en cuanto a que tal connotación no reviste carácter sexual, pues tal mensaje ‘literal y a través de su textura abierta a la interpretación coloquial o vulgar’, no se corresponden con los postulados a que tantas veces se ha hecho referencia en este fallo, dado que el mismo se presume emitido en el horario todo usuario gracias a la no aportación de medio probatorio alguno que demostrase lo contrario a lo expuesto. Así se decide”.

En relación con lo anteriormente expuesto, no observa esta Sala que el *a quo* haya basado su argumentación para decidir, en hechos inexistentes, por cuanto se comprobó durante el proceso administrativo y judicial la emisión de la frase “*Pelen el oído antes de pelarse otra cosa y présteme atención porque meterla y dejársela meter tiene sus placeres, pero también sus riesgos*”, sobre la cual versa lo anteriormente decidido, por lo que mal podría considerarse un hecho inexistente y/o desvinculado con el contenido de la decisión, si bien es cierto la entonces Corte no utilizó textualmente los argumentos esgrimidos por la parte apelante, no es menos cierto que analizó lo alegado, para finalmente llegar a la conclusión que plasmó en la sentencia objeto de la presente impugnación y que su decisión se fundamentó en hechos que sí existieron, motivo por el cual esta Sala considera que no hubo la suposición falsa de hecho denunciada y en tal sentido se desecha dicho alegato. **Así se decide.**

Desestimados como han sido todos los alegatos esgrimidos por la parte apelante, esta Sala declara Sin Lugar la apelación ejercida por los apoderados judiciales del hoy *de cujus* Peter Bottome y la sociedad mercantil Emisora Caracas FM 92.9, C.A., contra la sentencia Nro. 2013-1833 de fecha 17 de octubre de 2013, dictada por el hoy Juzgado Nacional Primero Contencioso Administrativo de la Región Capital y confirma la sentencia apelada. **Así se decide.**

Finalmente, resulta menester para esta Máxima Instancia precisar que la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en aras de garantizar la consecución de los postulados consagrados en los artículos 2, 26, 49 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, reconoció la preponderancia de la ciencia, la tecnología, y los servicios de información como elementos de interés público, destacando el deber del Poder Público -y concretamente de los órganos jurisdiccionales- de valerse de los avances tecnológicos para su optimización, procediendo en consecuencia a dictar la Resolución Nro. 2021-0011 de fecha 9 de junio de 2021, contentiva de las normas generales que regularán la suscripción y publicación de decisiones con firma digital, práctica de citaciones y notificaciones electrónicas y la emisión de copias simples o certificadas por vía electrónica relacionadas con los procesos seguidos ante esta Sala Político-Administrativa.

Precisado lo anterior, visto que los artículos 38 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 3 de la Resolución en comento, consagran la posibilidad de practicar las citaciones y notificaciones por correo electrónico o cualquier otro medio que utilice tecnologías de la información y la comunicación, este Máximo Tribunal con miras a procurar la mejora continua del servicio de administración de justicia, **ordena** efectuar un análisis de las actas que conforman el expediente de la causa, a los efectos de determinar si las partes cuentan o no con los medios telemáticos suficientes para hacer efectiva dicha actuación procesal y, de ser el caso, proceder a practicar las notificaciones a las que haya lugar por medios electrónicos; en el entendido de que la falta de indicación en autos de algunos de los elementos digitales previamente señalados, dará lugar a que se practique la notificación conforme a lo establecido en el artículo 5 de la aludida Resolución y en las leyes. **Así se dispone.**

VIII DECISIÓN

Por las razones expuestas, esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la ley, declara:

1.- **SIN LUGAR** la apelación planteada por los apoderados judiciales del hoy *de cujus* **PETER BOTTOME** y la sociedad mercantil **EMISORA CARACAS FM 92.9, C.A.**, contra la sentencia Nro. 2013-1833 de fecha 17 de octubre de 2013, dictada por el hoy Juzgado Nacional Primero Contencioso Administrativo de la Región Capital, que declaró sin lugar la demanda de nulidad con acción de amparo cautelar, interpuesta por los abogados Gustavo Reyna y José Valentín González Prieto, actuando como apoderados judiciales del

ciudadano Peter Bottome y de la sociedad mercantil Emisora Caracas FM 92.9, C.A., ya identificados, contra la Providencia Administrativa Nro. PADRS-0009 (sin fecha), dictada por el Directorio de Responsabilidad Social de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), mediante el cual se le impone a los recurrentes la sanción y cesión de espacios por un lapso de treinta (30) minutos, con base en los literales “c” y “d” del artículo 28 de la Ley de Responsabilidad Social de Radio y Televisión.

2.- En consecuencia se **CONFIRMA** la sentencia apelada.

Publíquese, regístrese y comuníquese. Notifíquese a la Procuraduría General de la República. Remítase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los dieciocho (18) días del mes de julio del año dos mil veinticuatro (2024). Años 214° de la Independencia y 165° de la Federación.

El Presidente –Ponente,
**MALQUÍAS GIL
RODRÍGUEZ**

El
Vicepresidente,
**JUAN CARLOS
HIDALGO
PANDARES**

El Magistrado Suplente,
**EMILIO RAMOS
GONZÁLEZ**

La Secretaria,
CHADIA FERMIN PEÑA
**En fecha dieciocho (18) de julio del
año dos mil veinticuatro, se publicó**
y
registró la anterior sentencia bajo
el N° 00501.
La Secretaria,
CHADIA FERMIN PEÑA