

Resolución N°: 18
Lima, veinticuatro de noviembre
del dos mil catorce.-

VISTOS EN DISCORDIA.- con la ponencia del Señor Juez Superior Carbajal Portocarrero.

RESULTA DE AUTOS:

1. Que por escrito de fojas 207-233, la Asociación Nacional de Armadores Pesqueros de la Ley 26920, representada por su apoderado: Vicente Panta Ipanaqué interpone demanda de acción popular contra el señor Ministro de la Producción y Procurador Público Encargado de los Asuntos Judiciales del Ministerio de la Producción para que en uso de la facultad del control difuso se declare la ilegalidad y nulidad con efecto retroactivo del Decreto Supremo 011-2013-PRODUCE publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 14 de diciembre de 2013 con expresa condena de costos y costas procesales.
2. Que mediante resolución 1 de fecha 21 de abril de 2014 [fojas 234-235] la Cuarta Sala Civil de Lima dispuso su admisión a trámite corriendo traslado de la misma para que las partes involucradas la contesten en el termino de 10 días y ordenaron al órgano emisor del Decreto Supremo 011-2013-PRODUCE la remisión de todo el expediente administrativo conteniendo los informes, los documentos que le dieron origen y asimismo, se dispuso la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano por una sola vez.
3. Que por escrito de fojas 289-313, Luis Alberto Huerta Guerrero, Procurador Público Especializado Supranacional Encargado de la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional apersonándose al proceso y señalando domicilio procesal contesta la demanda en los términos que allí expone y solicita que la misma sea declarada infundada en todos sus extremos.
4. Que mediante resolución 2 de fecha 20 de junio de 2014 [fojas 314], la Cuarta Sala Civil de Lima tiene por apersonado al Procurador Público Especializado Supranacional y por cumplido lo presentado por dicha parte respecto a los informes y documentos que dieron origen a la norma jurídica en cuestión.
5. Que mediante razón de secretaria de fojas 320, dando cumplimiento al mandato dispuesto mediante resolución 2 de fecha 20 de junio adjunta copia

del boletín oficial correspondiente a la publicación del edicto dispuesto por el A quem [fojas 319]; y,

CONSIDERANDO:

I. ASUNTO:

Demanda de Acción Popular interpuesta por la Asociación Nacional de Armadores Pesqueros de la Ley 26920, representado por su apoderado Vicente Panta Ipanaqué, contra el Decreto Supremo 011-2013-PRODUCE publicado en el Diario Oficial “El Peruano” con fecha 14 de diciembre de 2013, con expresa condena de costas y costos procesales.

II. DATOS GENERALES:

Tipo de Proceso	:	Proceso de Acción Popular
Demandante	:	Asociación Nacional de Armadores Pesqueros de la Ley 26920 representado por su apoderado: Vicente Panta Ipanaque
Demandado	:	Ministro de la Producción Procurador Público Encargado de los Asuntos Judiciales del Ministerio de la Producción

III. FUNDAMENTOS

1. **Carácter y naturaleza jurídica del Decreto Supremo N° 011-2013-PRODUCE**
 - a. De acuerdo a la Exposición de Motivos, el Decreto Supremo número 011-2013-PRODUCE tiene como principales características:
 - i. Asignar zonas de pesca diferenciadas atendiendo a una evidente realidad que obliga a su tratamiento diferenciado sustentados en los informes científicos de IMARPE para la protección de las especies de mar desde la milla cero a diez.
 - ii. Establece una zona marítima reservada para el consumo humano de los recursos hidrobiológicos marítimos desde la

línea de costa marina hasta la milla diez, con la finalidad de garantizar la sostenibilidad de los recursos hidrobiológicos para la alimentación de las generaciones presentes y futuras y, el mejoramiento de los niveles de eficiencia en la gestión de los recursos hidrobiológicos del mar peruano que redundará en el mejoramiento de la sostenibilidad y aprovechamiento de los recursos pesquero de consumo humano e industrial.

- iii. Contribuye a reforzar la institucionalidad del sector pesquero otorgándole una herramienta legal que le permita poner orden mejorando el control en la zona de reserva marina necesaria para la gestión de la explotación de los recursos hidrobiológicos.
- iv. Contribuye en el mejoramiento de los ingresos de los trabajadores pesqueros por cuanto tendrán la oportunidad de planear su crecimiento y la especialización en la explotación de especies marinas.

2. Rango que corresponde a dicho cuerpo de normas en el marco de la organización jerárquica de las leyes

- a. El artículo 11° acápite 3 de la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, señala que los **Decretos Supremos** constituyen normas de carácter general que reglamentan normas con rango de ley o regulan la actividad sectorial funcional o multisectorial funcional a nivel nacional.
- b. El Decreto Supremo número 011-2013-PRODUCE publicado en el Diario Oficial “El Peruano” con fecha 14 de diciembre de 2013 constituye una norma de carácter general que regula normas con rango de ley conforme a lo dispuesto por el artículo 3° del Decreto Supremo N° 018-97-PCM. Por tanto, un Decreto Supremo no puede transgredir ni desnaturalizar la ley pues en caso de hacerlo se afectaría lo dispuesto en el inciso 8°) del artículo 118° de la Constitución Política del Perú.
- c. La Constitución ha mantenido el principio tradicional en el Perú de que la producción de normas con rango de ley, corresponde al Congreso. Así lo establece el artículo 102° inciso 1°) de la Carta Política del Estado cuando se señala que son atribuciones del

Congreso, dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes.

3. Sobre el deber de motivación de las resoluciones judiciales

- a. De conformidad con el artículo 139.3° de la Constitución, toda persona tiene derecho a la observancia del debido proceso en cualquier tipo de procedimiento en el que se diluciden sus derechos, se solucione un conflicto jurídico o se aclare una incertidumbre jurídica.
 - b. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto ha sido constante al establecer que la exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas “garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la Ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables (Sentencia recaída en el Expediente N° 01230-2002-HC/TC, fundamento jurídico 11).
 - c. De este modo, la motivación de las resoluciones judiciales se releva tanto como un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional, así como un derecho constitucional que asiste a todos los justiciables (Sentencia recaída en el expediente N° 08125-2005-HC/TC, fundamento jurídico 10).
4. De acuerdo al artículo 200°, inciso 5° de la Constitución Política del Estado, la acción popular es una garantía constitucional que procede por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen. El proceso de acción popular constituye, en ese sentido, un mecanismo de control concentrado de las normas reglamentarias, que es ventilado exclusivamente al interior del Poder Judicial y que presenta como objetivos velar por la defensa del artículo 51° de la Carta Política del Estado y el artículo 118° inciso 8°) del mismo texto normativo. Así, la Acción Popular es el remedio para defender la constitucionalidad y legalidad frente a las normas administrativas que la contradicen; es decir, es un medio de control constitucional y legal de tipo jurisdiccional sobre normas inferiores como

son las de nivel administrativo.

5. Bajo esta perspectiva, el meollo fundamental de todo proceso de acción popular radica en determinar si la norma de rango inferior al de ley, que es objeto del cuestionamiento en la demanda, en realidad contraviene la Constitución Política o alguna norma que sí tiene rango de ley. Esto, según lo explica la doctrina nacional, se debe a que conforme a la pirámide de Kelsen, la estructura de nuestro ordenamiento normativo tiene jerárquicamente en su cúspide, a las normas constitucionales, debajo de ellas, se encuentran las leyes ordinarias, y debajo de estas últimas, las normas denominadas administrativas (de rango inferior a ley). Para su validez, las normas con rango de ley deben respetar el orden jerárquico superior, es decir, el constitucional; mientras que, en el caso de las normas administrativas, estas deben adecuarse a los dos rangos superiores: tanto el constitucional, como el legal; por ello, el análisis que involucra este de controversias contienen a ambos estratos.
6. En el presente caso la demanda de acción popular interpuesta por la Asociación Nacional de Armadores Pesqueros de la Ley 26920 representado por su apoderado: Vicente Panta Ipanaqué se encuentra dirigida contra el Decreto Supremo N° 011-2013-PRODUCE publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el día 14 de diciembre de 2013, a través de la cual se establece lo siguiente:
 - a. Que a pesar de la existencia de la Sentencia de la Corte Suprema de la República contenida en el expediente de acción popular 8301-2013-LIMA que declaró inconstitucional el numeral 2.2 del artículo 2° del Decreto Supremo 005-2012-PRODUCE, el Ministerio de la Producción interpretando en forma errónea la vacatio sententiae dispuesta en la citada sentencia judicial, emitió en forma ilegal e inconstitucional el Decreto Supremo 011-2013-PRODUCE, en el cual en forma reiterada vuelve a establecer las zonas de reserva para la extracción del recurso anchoveta y anchoveta blanca para el consumo humano directo.
 - b. Por tanto, al clasificar nuevamente el Decreto Supremo 011-2013-PRODUCE la flota pesquera artesanal y menor escala, se han establecido zonas de pesca exclusiva para el consumo humano directo de 0 a 10 millas de la costa marina. En razón a ello sus agremiados que cuentan con embarcaciones pesqueras de 32.6 a 110 metros cúbicos de capacidad de bodega y que se dedican a la pesca de anchoveta para el consumo humano

indirecto se les obliga a salir fuera de las 10 millas marinas de acuerdo a lo establecido en forma implícita por la norma impugnada.

- c. El establecimiento de la zona de reserva para la pesca industrial de las 10 millas marinas colisiona con lo dispuesto en el Decreto Supremo 017-92-PE que estableció las 05 millas como área de reserva para la protección de la flora y fauna marítimas.
- d. El Decreto Supremo 011-2013-PRODUCE deviene en inconstitucional e ilegal al vulnerar de manera manifiesta sus derechos constitucionales al derecho a la igualdad, al trabajo, a la libertad de empresa, vulnera el principio de jerarquía normativa y el principio de publicidad y transparencia de las normas legales. Asimismo vulnera la Ejecutoria Suprema contenida en el expediente de Acción Popular 8301-2013-LIMA.
- e. El Decreto Supremo 011-2013-PRODUCE vulnera el principio de legalidad pues desconoce lo dispuesto en la Ley General de Pesca. Los artículos 1° y 2° del Decreto establecen las definiciones claves que le permiten desarrollar un tratamiento diferenciado para la pesca artesanal y la de menor escala, destinada al consumo humano del recurso anchoveta y anchoveta blanca. De esta manera, el Decreto establece que las embarcaciones artesanales podrían realizar su actividad dentro de las 5 millas y sus recursos sólo podrán orientarse al consumo humano directo; en cambio, las embarcaciones de menor escala podrán realizar su actividad entre las 5 y 10 millas. Dicha norma contradice lo dispuesto por el artículo 20° de la Ley General de Pesca – Decreto Ley 25977.
- f. El Decreto Supremo 01-2013-PRODUCE al reglamentar las zonas de pesca y la clasificación de la flota pesquera en artesanal, de menor escala e industrial y fijar en consecuencia, las condiciones de explotación (utilización) de los recursos hidrobiológicos, vulnera de manera flagrante el principio de jerarquía normativa, pues, estas materias están reservadas para ser reguladas mediante una Ley ordinaria o especial y no mediante un Decreto Supremo (Reglamento).
- g. La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Sentencia

dictada en el expediente de Acción Popular 8301-2013-LIMA ha ratificado la ilegalidad e inconstitucionalidad del Decreto Supremo 005-2012-PRODUCE, aplicando la *vacatio sententiae* a fin de que sea la autoridad competente la encargada de emitir una norma legal que respete la Constitución y el marco normativo; sin embargo, el Ministerio de la Producción ha optado por emitir el Decreto Supremo 011-2013-PRODUCE ratificando lo dispuesto en el artículo 2° del Decreto Supremo 005-2012-PRODUCE y señalando que de acuerdo a la Sentencia judicial de la Corte Suprema es el ente autorizado para emitir tal disposición legal.

- h. El Decreto Supremo 011-2013-PRODCE deviene en inconstitucional al haber sido emitido por el Ministerio de la Producción y no por el Congreso de la República a través de la dación de una norma que no tiene rango de ley.
- i. El Decreto Supremo 011-2013-PRODUCE deviene en ilegal al incumplir lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley General de Pesca pues establece un ordenamiento pesquero que no se ha trazado sobre la base de evidencias científicas disponibles y de factores socioeconómicos. El precitado Decreto Supremo se sustenta en el Informe denominado “Informe análisis poblacional de la pesquería de anchoveta en el ecosistema marino peruano”, sin embargo, dicho informe contiene las siguientes deficiencias: no se encuentra suscrito ni rubricado por el Presidente del IMARPE, tampoco contiene un informe científico actualizado de la biomasa actual del recurso anchoveta, puesto que se basa en informes de IMARPE de los años 2002 a 2012 sobre la situación de la biomasa del recurso anchoveta.
- j. El Ministerio de la Producción promulgó el Decreto Supremo 011-2013-PRODUCE sin la debida pre publicación dispuesta como obligación por la Resolución Legislativa 28766.
- k. Que mediante la Resolución Legislativa 28766 de fecha 28 de junio de 2006, el Congreso de la República aprobó el Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos o llamado TLC de Perú con EEUU.

contemplado en la normatividad pesquera vigente, el Decreto Supremo 011-2013-PRODUCE no transgrede los alcances del Decreto Ley 25977, Ley General de Pesca ni, tampoco innova y/o modifica la clasificación de los tipos de pesquería establecidos en dicho dispositivo legal; **e)** El Decreto Supremo 011-2013-PRODUCE no establece una nueva clasificación entre los diferentes tipos de actividades de pesquería, por el contrario, en base a normas dictadas con anterioridad a la norma impugnada, el Ministerio de la Producción ha determinado las zonas del mar peruano donde pueden realizar su actividad ambos tipos de pesquería con miras a la extracción eficiente del recurso anchoveta; **f)** Con relación a que los objetivos del Decreto Supremo 005-2012-PRODUCE, son compatibles con la Constitución, debe tenerse en cuenta que los alcances del Decreto Supremo antes aludido son: **(1)** proteger el recurso hidrobiológico de la Anchoveta que venía siendo sobre explotado; **(2)** promover el consumo humano directo de la anchoveta como parte de la política alimentaria del país; y, **(3)** fortalecer la pesca artesanal; **g)** Señala que la Sala Suprema no ha emitido pronunciamiento alguno respecto a la ilegalidad y/o inconstitucionalidad de los fundamentos que sustentan el ordenamiento pesquero que rigen el Decreto Supremo 005-2012-PRODUCE; **h)** El Decreto Supremo 011-2013-PRODUCE, ha cumplido con lo dispuesto por la sentencia de la Corte Suprema, al señalar expresamente las evidencias científicas disponibles y los factores socioeconómicos requeridos en el artículo 9° de la Ley General de Pesca; **i)** En ningún momento la norma cuestionada ha incumplido con lo dispuesto por la sentencia de la Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, motivo por el cual consideramos que el Ministerio de la Producción ha cumplido con lo ordenado mediante la referida sentencia; **j)** Con relación a que el Decreto Supremo 011-2013-PRODUCE no vulnera el principio de transparencia y publicidad de las normas legales, la obligatoriedad de la pre publicación de proyectos de normas no tiene mandato imperativo y es relativizada por la propia norma que la establece, cuando reconoce la existencia de excepciones. Así lo señala el artículo 19.2 del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos aprobado por Resolución Legislativa 28766, cuando dispone que “en la medida de lo posible cada parte deberá publicar por adelantado cualquier medida que se proponga adoptar”. La regla tiene pues un carácter dispositivo de conveniencia o deseo o buenos propósitos, pero no contiene un mandato imperativo bajo sanción de nulidad; **k)** Sin perjuicio de lo expuesto resulta importante señalar que sólo la Constitución o la Ley puede establecer expresamente qué vicios ocasionan la nulidad de un acto jurídico o normativo y no existe norma que señale que la falta de pre publicación de un proyecto de norma

origina la nulidad o invalidez de esta; **l)** La pre publicación del Decreto Supremo 011-2013-PRODUCE, fue impracticable por razones de temporalidad, por tanto, las reglas internas respecto al tema de la prepublicación de normas no le son aplicables, de acuerdo a lo que establece el numeral 3.2 del artículo 14° del Decreto Supremo 001-2009-JUS; **m)** Mediante el Decreto Supremo 011-2013-PRODUCE no se vulnera los derechos a la igualdad, trabajo y libertad de empresa de los demandantes puesto que, aún con la medida de ordenamiento pesquero cuestionada, las empresas dedicadas a la actividad pesquera han realizado efectivamente sus actividades extractivas sin aparente pérdida económico contable, lo cual se deberá tener presente para la analizar la constitucionalidad y legalidad de la referida norma, ponderando el interés público referido a la conservación de la biomasa y su preferencia para el consumo humano directo; **n)** El Decreto Supremo 011-2013-PRODUCE ha tenido un impacto positivo, Luego de 3 temporadas, durante las cuales ha estado vigente esta norma, es importante advertir que hay elementos indiscutibles del impacto positivo que ha tenido el ordenamiento, en la recuperación de la biomasa, en el incremento de la cuotas, gracias a la franca recuperación de la biomasa, en las capturas del sector industrial, en el incremento del desembarque de consumo humano directo, en la evolución de los precios ponderados en los mercados mayoristas de Lima Metropolitana, en el PBI del sector pesca que ha crecido casi 4 veces, respecto al crecimiento promedio de los últimos 10 años; **o)** Una modificación en el ordenamiento vigente generaría riesgos para la sostenibilidad de los recursos pesqueros. En caso de que se dejara sin efecto el Decreto Supremo 011-2013-PRODUCE, el efecto inmediato sería una mayor presión de pesca sobre las áreas donde la anchoveta desova y se reproduce, conjuntamente con otras especies que se orientan al consumo directo.

9. Solicitado al PRODUCE la información técnica que se tuvo a la vista para emitir el Decreto Supremo N° 011-2013-PRODUCE se nos adjunto la siguiente documentación: **a)** Informe “Análisis Poblacional de la Pesquería de Anchoveta en el Ecosistema Marino Peruano” emitido por el Instituto del Mar del Perú (IMARPE) el cual se basa en bibliografía de los años 1963, 2007, 2008, 1994, 2004, 1965, 2000, 2010, 1997, 1998, 1996, 1966, 2013, 1965, 1968, 2001, 2003, 2009, 2011, 2012, 1987, 1989, 1971, 1976, 1979, 1991, 1983, 1981, 1964, 1974, donde se concluye, entre otros: **i)** Que debido a la autonomía de desplazamiento, capacidad de conservación del recurso extraído, características operativas, y tipos de artes de pesca, que son significativamente menores a la flota industrial, se concluye que las embarcaciones de consumo humano directo (artesanal y menor

escala) deben operar en la zona de reserva dentro de las 10 millas. Por contrario, la flota industrial por tener un impacto negativo sobre la sostenibilidad de los recursos hidrobiológicos, la cantidad de pesca incidental, el efecto de sus redes en el fondo marino, el alto volumen de extracción por faenas de pesca, entre otros, debe operar fuera de las 10 millas; **ii)** PRODUCE siguiendo las recomendaciones del IMARPE fijó el Limite de Máximo Total de Captura Permisible para la segunda temporada de pesca 2012, en 810 mil toneladas (Resolución Ministerial 457-2012-PRODUCE), lo que sumado a la aplicación del Decreto Supremo 005-2012-PRODUCE, que redujo la presión de pesca en las primeras 10 millas, permitió la recuperación de la biomasa, al lograr un incremento de 6.8 millones de Toneladas Métricas; **b)** Informe N° 145-2013-PRODUCE de fecha 11 de diciembre de 2013, en la cual Víctor Hugo Parra Puentes, Director General de Políticas y Desarrollo Pesquero remite opinión al Vice Ministro de Pesquería: Paúl Phumpiu Chang sobre los alcances de la Sentencia recaída en el proceso de Acción Popular 8301-2013-LIMA emitido por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en el proceso iniciado por el Sindicato Único de Pescadores de Nuevas Embarcaciones del Perú – SUPNEP, mediante el cual se señaló: **i)** Que el Ministerio de la Producción utilizó los informes científicos disponibles de IMARPE para definir la distribución de la anchoveta en los perfiles hidrográficos, la distribución geográfica de la anchoveta en relación con la profundidad, los procesos de desove de la anchoveta, la evolución histórica de la biomasa disponible, las características de los zócalos continentales y los volúmenes de plancton; **ii)** Que para dar cumplimiento a la sentencia y evitar la incertidumbre jurídica que pudiera ocasionarse, es necesario dictar una nueva norma sustentada, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 9° del Decreto Ley 25977 – Ley General de Pesca – en la evidencia científica y socio económica disponible; **iii)** La Sentencia de Acción Popular 8301-2013 del 5 de setiembre de 2013 ha declarado fundada la demanda interpuesta por el Sindicato Único de Pescadores de Nuevas Embarcaciones del Perú – SUPNEP contra el Ministerio de la Producción, dejando establecida la *vacatio sententiae* hasta el 15 de diciembre de 2013, momento en el cual quedará sin efecto el numeral 2.2 del artículo 2° del Decreto Supremo 005-2012-PRODUCE; **iv)** El objeto de la presente norma de ordenamiento tiene como antecedente la norma que va a ser derogada por la sentencia que ha sido ampliamente difundida y debatida públicamente como en las instancias jurisdiccionales, y constituye manifestación de la política del Gobierno Nacional que también es de público conocimiento, habiéndose procedido ahora a manifestar el sustento científico y técnico que le dan sustento,

razón por la cual resulta innecesaria la publicación del proyecto de Decreto Supremo; **c)** Informe n° 011-2013-PRODUCE/OGAJ, de fecha 11 de diciembre de 2013, emitido por Mercedes Govea Requena, Directora General de la Oficina General de Asesoría Jurídica al Viceministro de Pesquería: Paúl Phumpiu Requena alcanzando para opinión un proyecto normativo, según el cual: **i)** El presente proyecto se enmarca en las facultades con las que cuenta el Ministerio de la Producción, previstas en la Ley General de Pesca – Decreto Ley 25977 (artículo 9°), para determinar, según el tipo de pesquerías, los sistemas de ordenamiento pesquero, y demás normas que requieran la preservación y explotación racional de los recursos hidrobiológicos, habiéndose cumplido con la evidencia científica y los factores socio económicos que sustentan el establecimiento de una zona de reserva de 10 millas como así lo ha señalado, expresamente la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Sentencia de Acción Popular 8301-2013; **ii)** En el marco de las normas vigentes y contando con la evidencia científica recogida en los informes del IMARPE y el informe socioeconómico elaborado por la Dirección General de Políticas y Desarrollo Pesquero del Ministerio de la Producción, se recomienda continuar con el trámite correspondiente a fin de que dicte el presente Decreto Supremo; **d)** Informe Legal N° 0125-2013-JUS/DGDOJ de fecha 11 de diciembre de 2013, emitido por Tommy Deza Sandoval, Director General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico analizando los alcances del fallo dado en la Sentencia de Acción Popular 8301-2013 y asimismo, en cuanto analiza el proyecto de Decreto Supremo que establece zona de reserva para el consumo humano directo del recurso Anchoqueta y Anchoqueta Blanca, ha señalado: **i)** Que resulta posible emitir un proyecto normativo sustancialmente similar al dispositivo actualmente vigente, toda vez que el Ministerio de la Producción si contaría con el sustento técnico necesario para justificar lo actualmente regulado en el numeral 2.2 del artículo 2° vigente dentro del plazo dispuesto por la *vacatio sententiae*; **ii)** De la revisión del Proyecto de Decreto Supremo, se advierte que cumple con lo dispuesto por el Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa.

10. Haciendo una analogía con la *vacatio legis*, el Tribunal Constitucional ha empleado el término *vacatio sententiae* para referirse a la postergación de los efectos de sus decisiones al declarar la inconstitucionalidad de una norma. Teniendo en cuenta que la regla general en estos casos es, al igual como sucede con las leyes, que dicha declaración produce efectos

desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial.

11. Un problema adicional se presenta cuando se exhorta al legislador a regular sobre la *vacatio sententiae* establecida, y éste hace caso omiso de dicha exhortación; un ejemplo de ello es lo ocurrido en la Sentencia del Tribunal Constitucional 0030-2004-AI/TC relativa a la actualización del porcentaje de aporte destinado al fondo de pensiones de los trabajadores del Sector Público. En aquella oportunidad el legislador omitió pronunciarse sobre el tema durante casi tres años luego de haber vencido el plazo propuesto para regular dicho asunto. Otro caso resaltante a manera de ejemplo sucedió con la expedición de la Ley 28934, que estableció la ampliación de determinadas disposiciones relativas a la justicia militar policial, pues, pese a la existencia de sentencias en las que el Tribunal Constitucional había declarado la inconstitucionalidad de tales disposiciones estableciendo una *vacatio sententiae*; el legislador no expidió la normatividad sobre el tema; en su lugar, a través de esta ley, prorrogó indefinidamente la vigencia de las normas declaradas inconstitucionales.
12. Que mediante Sentencia de Vista [Resolución 17] de fecha 24 de abril de 2013 [fojas 53-69], la Cuarta Sala Civil de Lima declaró entre otro, fundada la demanda de acción popular interpuesta por el Sindicato Único de Pescadores de Nuevas Embarcaciones del Perú – SUPNEP; y, en consecuencia se declaró la inconstitucionalidad del numeral 2.2 del artículo 2° del Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 25 de agosto de 2012 que establece: “La zona comprendida por encima de las 5 hasta las 10 millas marinas se encuentran reservadas preferentemente para el consumo humano directo, siendo exclusivo para la realización de actividades pesqueras de menor escala, conforme a lo descrito en la definición contenida en el numeral 1.2 del presente Decreto Supremo.
13. Como fundamentos jurídicos la autoridad jurisdiccional refirió con relación a dichos hechos, lo siguiente: **a)** Que el numeral 2.2 del artículo 2° del Decreto Supremo 005-2012-PRODUCE vulnera los artículos 61°, 66°, 67° y 68° de la Constitución relativo a los recursos naturales, política ambiental y conservación de la diversidad biológica y áreas naturales protegidas, en cuanto privilegia a las embarcaciones de menor escala como una zona reservada de pesca para el consumo humano directo del recurso anchoveta y anchoveta blanca comprendida entre las 5 y 10 millas; **b)** Afecta el derecho a la igualdad señalada en el inciso 2°) del artículo 2° y el artículo 61° de la misma carta política al establecer

diferencias injustificadas, sin sustento técnico ni jurídico por cuanto los demandantes merecen recibir un trato igual bajo las mismas condiciones entre personas dedicadas a una misma actividad como es la pesca; c) El Informe 009-2012-PRODUCE/OGA-J-J del Mozo de fecha 14 de diciembre de 2012 dirigido por José Luis del Mozo Alcántara, abogado de la Oficina General de Asesoría Jurídica en informe dirigido a la Directora General de Asesoría Jurídica, no guarda relación con la presente demanda de acción popular interpuesta por la otra parte, como lo es la Asociación Nacional de Armadores de la Ley 26920 que petitiona cuestión diferente a lo que es materia de autos, máxime si no puede ser tomado en cuenta para resolver la presente controversia la cual esta relacionada a la infracción parcial del Decreto Supremo 005-2012-PRODUCE publicado en el Diario Oficial El Peruano sólo en lo atinente al numeral 2.2 del artículo 2°.

14. Que mediante Sentencia de Acción Popular N° 8301-2013-Lima [fojas 28-45], la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la Republica confirmó la sentencia impugnada, entre otro, al declarar fundada la demanda de Acción Popular dejando establecida la *vacatio sententiae* hasta el 15 de diciembre de 2013, en atención a las cuestiones jurídicas siguientes: **a)** El Decreto Supremo 005-2012-PRODUCE solo se limitó a mencionar el artículo 9° de la Ley General de Pesca más no cumplió con referir ni mencionar cual es su evidencia científica o los factores socio económicos para establecer el ordenamiento pesquero y establecer en consecuencia, zonas de reserva para el consumo humano directo de la anchoveta y de la anchoveta blanca; **b)** De acuerdo con las exigencias de la Ley General de Pesca no basta con señalar que es de necesidad el establecimiento de determinadas zonas, sino que dicha necesidad debe estar fundamentada sobre la base de necesaria evidencia científica que en este caso, está del todo ausente; **c)** La exposición de motivos del Decreto Supremo 005-2012-PRODUCE realiza afirmaciones que no pueden ser estimadas en modo absoluto como satisfactorios de la exigencia de evidencia científica requerida por la Ley General de Pesca. El referido texto de la exposición de motivos utiliza la expresión “sin número” para referir una cantidad indeterminada de embarcaciones pesqueras artesanales y de menor escala, con lo cual queda demostrado que el ordenamiento pesquero dispuesto por el Decreto Supremo antes aludido, carece de evidencia científica mínima, pues ni siquiera se ha podido establecer alguna cifra aproximada en el Decreto Supremo 005-2012-PRODUCE; **d)** El Decreto supremo 005-2012-PRODUCE deviene en ilegal al incumplir con lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley General de Pesca pues establece un ordenamiento pesquero que no se ha trazado sobre la evidencia de

estudios científicos concretos y comprobados con el rigor correspondiente por lo que corresponde su expulsión del sistema jurídico nacional; e) Respecto a la *vacatio sententiae* corresponde su aplicación el caso en concreto a fin de que la norma cuestionada permanezca vigente hasta la culminación de la primera legislatura ordinaria es decir hasta el 15 de diciembre de 2013, de allí que el numeral 2.2 del artículo 2° del Decreto Supremo 005-2012-PRODUCE al ser declarada ilegal, dejará de surtir efectos luego de la fecha indicada precedentemente.

15. El artículo 139° inciso 2°) de la Constitución Política del Estado dispone que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, modificar sentencias y retardar su ejecución.
16. Que, el artículo 4° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que toda persona y autoridad esta obligada a acatar y dar cumplimiento a las resoluciones judiciales o de índole administrativo emanadas de autoridad judicial competente en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances bajo responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala. Ninguna autoridad cualquier sea su grado o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional.
17. El artículo 22° del Código Procesal Constitucional dispone que la sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata y cumplimiento obligatorio, bajo responsabilidad. Para su debida ejecución y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud de agravio constitucional, el juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso la destitución del responsable.
18. En el presente caso, analizando el Decreto Supremo N° 011-2013-PRODUCE se tiene que éste resulta ser nulo e ilegal por las cuestiones siguientes: a) Porque vulnera flagrantemente el principio de jerarquía y coherencia normativas, pues, si bien los artículos 11° y 12° del Decreto Ley 25977, Ley General de Pesca, facultan al Poder Ejecutivo a través del

Ministerio de la Producción, a reordenar la actividad pesquera en el Perú, atribución que está subordinada al respeto de los principios de jerarquía normativa y supremacía constitucional consagrados en el artículo 51° de la Constitución Política del Estado; esto es, que si bien la facultad de reglamentación mediante el Decreto Supremo 011-2013-PRODUCE es una manifestación de la potestad reglamentaria que el Ejecutivo posee en virtud de lo dispuesto en el artículo 118° inciso 8°) de la Constitución política del Estado, la misma que debe ser ejercida sin trasgredir ni desnaturalizar las leyes, condición que en este caso en particular no se ha cumplido, afectándose además, el principio de separación de poderes; **b)** Asimismo, el Decreto Supremo 011-2013-PRODUCE reproduce en su integridad lo que señalaba el Decreto Supremo 005-2012-PRODUCE en lo referido a crear una zona de reserva para la extracción del recurso anchoveta, apreciándose en su Segunda Disposición Complementaria Final, que el antecedente normativo del Decreto Supremo 011-2013-PRODUCE, esto es, el Decreto Supremo 005-2012-PRODUCE, fue expulsado del ordenamiento legal, por lo que, si la norma de creación de las “zonas de reserva para la pesca de anchoveta” ya no forma parte del ordenamiento jurídico peruano, como es que el Decreto Supremo 011-2013-PRODUCE regula lo mismo que el Decreto Supremo 005-2012-PRODUCE; ello atenta, definitivamente, contra el principio de coherencia normativa; **c)** Igualmente se transgrede el principio de igualdad y no discriminación consagrado en el numeral 2.2 del artículo 2° de nuestra Constitución Política del Estado. El derecho a la igualdad ha sido ampliamente desarrollado por el Tribunal Constitucional reconociéndole 2 dimensiones: formal y material. En su dimensión formal, impone una existencia del legislador para que éste no realice diferencias injustificadas, pero también a la administración pública, y aún a los órganos de la jurisdicción, en el sentido de que la ley no puede aplicarse en forma desigual frente a supuestos semejantes [igualdad en la aplicación de la ley]. En su dimensión material, el derecho a la igualdad supone no solo una exigencia negativa, es decir, la abstención de tratos discriminatorios, sino además, una exigencia positiva por parte del Estado, que se inicia con el reconocimiento de la insuficiencia de los mandatos prohibitivos de discriminación y la necesidad de equiparar situaciones, per se, desiguales: tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, pues no se traduce en el derecho a ser objeto del mismo trato, con independencia del contexto o las circunstancias en las que un sujeto se encuentre, sino que se realice un tratamiento diferenciado si es que 2 sujetos no se encuentran en una situación igual; **d)** El Decreto Supremo 011-2013-PRODUCE, establece un trato discriminatorio y diferenciado al señalar o crear zonas de reserva para la extracción de

anchoveta, en 3 categorías distintas, sin ningún sustento técnico o científico válido, en perjuicio de la flota pesquera industrial y favoreciendo a la flota de menor escala, al otorgarle a ésta última un trato privilegiado al crearle un corredor de pesca dentro de las 5 millas hacia delante; **e)** Se transgrede el artículo 103° de nuestra Constitución Política que señala que pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas y no por razón de la diferencia entre las personas; **f)** Se vulnera el artículo 20° de la Ley General de Pesca, al establecer la clasificación de la extracción pesquera, pues dicha norma solo habilita a la norma reglamentaria [Decreto Supremo] a determinar aspectos puntuales, pero no lo habilita a efectuar una reclasificación de la extracción comercial, separando la pesca de menor escala de la pesca artesanal; **g)** Adicional a ello, el Decreto Supremo 011-2013-PRODUCE vulnera las siguientes normas: **1)** Párrafo primero del artículo 4° del Decreto Legislativo 1084, “Ley sobre Límites Máximos de Captura por Embarcación” que determina el ámbito de aplicación de la ley; **2)** El literal c) del artículo 36° de la Ley 27783 “Ley de Bases de la Descentralización”, que determina que la pesquería es competencia compartida entre el Gobierno Nacional y los Gobiernos Regionales; **3)** El inciso 2°) del artículo 10° de la Ley 27867 – Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales” que determina que la pesquería es competencia compartida entre el Gobierno Nacional y los Gobiernos Regionales; **4)** El literal j) del artículo 52° de la Ley 27867 que establece que los Gobiernos Regionales con competentes para regular el cumplimiento de las normas jurídicas sobre pesca artesanal y su exclusividad dentro de las 5 millas; **h)** Porque vulnera de forma flagrante el principio de jerarquía normativa, pues estas materias están reservadas para ser reguladas mediante una Ley Orgánica o Especial mas no así mediante un Decreto Supremo; **i)** Porque la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República en la sentencia dictada en el caso de Acción Popular 8301-2013-LIMA ratificó la ilegalidad e inconstitucional del Decreto Supremo 005-2012-PRODUCE aplicando la *vacatio sententiae* a fin de que sea la autoridad competente [Congreso de la República] sea la encargada de emitir una norma legal que respete la Constitución y las leyes, lo cual no ha sido cumplido en el presente caso, pues el Ministerio de la Producción de manera ilegal procedió a tramitar y lograr que se dicte el Decreto Supremo 011-2013-PRODUCE; **j)** Porque la Cuarta Sala Civil de la Corte de Justicia de Lima mediante Resolución 28 de fecha 13 de enero de 2014 [fojas 70-78] señaló que la referencia a la *vacatio sententiae* de la Ejecutoria Suprema [fojas 77] se refería a que el Congreso de la República y no así el Ministerio de la Producción tenía como plazo máximo hasta el 15 de diciembre de 2013 [fecha en la que concluyó la

legislatura ordinaria del año 2013] para emitir una norma con rango de ley que sustituya lo normado por el Decreto Supremo 005-2012-PRODUCE, lo que tampoco ha sido cumplido a cabalidad; k) Porque dicho dispositivo legal no fue pre publicado ni en el Diario Oficial “El Peruano” ni en el portal de Internet del Ministerio de la Producción sin explicar de manera sustentada ni adecuada las razones de su no publicación vulnerando así el artículo 19° del Acuerdo de Promoción Comercial – Perú – Estados Unidos o llamado TLC del Perú con Estados Unidos, aprobado mediante Resolución Legislativa 28766 de fecha 28 de junio de 2006; l) Porque no ha sido trazado sobre la base de evidencias científicas disponibles pues el Informe Científico denominado “Informe Análisis Poblacional de la Pesquería de Anchoqueta en el Ecosistema Marino Peruano” [fojas 94-131] no se encuentra suscrito ni rubricado por el Presidente Ejecutivo del IMARPE, tampoco contiene un estudio científico actualizado de la biomasa actual del recurso anchoqueta, debido a que los informes de IMARPE datan de los años 2002 a 2012 respectivamente.

19. Por consiguiente, atendiendo a que las disposiciones contenidas en el Decreto Supremo N° 011-2013-PRODUCE vulnera los artículos 66°, 67° y 68° de la Constitución Política del Estado relativos a los recursos naturales, política ambiental y conservación de la diversidad biológica y áreas naturales protegidas, en cuanto privilegia a las embarcaciones de menor escala con una zona reservada de pesca, también resulta ser que afecta el derecho de igualdad señalado en el inciso 2°) del artículo 2° y el artículo 61° de la Carta Política del Estado debido a que se han establecido diferencias injustificadas, sin sustento técnico ni jurídico, y así también tampoco se ha cumplido con los parámetros de las resoluciones emitidas por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima y la Sentencia emitida por la Sala de Derecho Social y Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República.

RESOLUCIÓN:

Por estos fundamentos la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, **FALLA** declarando **FUNDADA** la demanda de acción popular; en consecuencia se declara la inconstitucionalidad del Decreto Supremo 011-2013-PRODUCE publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 14 de diciembre de 2013 que establece: “ zona de reserva para el consumo humano directo del recurso anchoqueta y anchoqueta blanca aplicable desde el extremo norte del dominio marítimo hasta las 16° 00’ 00” Latitud Sur. En los seguidos por la ASOCIACION NACIONAL de ARMADORES PESQUEROS DE LA LEY N° 26920 representado por su Apoderado: VICENTE PANTA IPANAQUE con el MINISTERIO DE LA PRODUCCION y PROCURADOR PUBLICO ENCARGADO DE

ASUNTOS JUDICIALES DEL MINISTERIO DE LA PRODUCCION sobre PROCESO de ACCION POPULAR.

CARBAJAL PORTOCARRERO
Presidente

DÍAZ VALLEJOS
Juez Superior

VILCHEZ DÁVILA
Juez Superior

LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO EN DISCORDIA DEL SEÑOR JUEZ SUPERIOR JAEGER REQUEJO, AL CUAL SE ADHIERE LA SEÑORA JUEZ SUPERIOR PALACIOS TEJADA SON COMO SIGUEN:-----

Primero.- que en lo relativo a la ponencia presentada por el Juez Superior Carbajal Portocarrero, debo manifestar mi discrepancia y a través de este voto hago saber las consideraciones que respaldan mi posición discordante; **Segundo.**- que se ha interpuesto Proceso de Acción Popular por la Asociación Nacional de Armadores Pesqueros de la Ley 26920 contra el Ministerio de la Producción por la dación del Decreto Supremo N° 011-2013-PRODUCE publicado en el Diario Oficial El Peruano el catorce de diciembre del dos mil trece, señalando que el referido decreto supremo es inconstitucional e ilegal pues vulnera su derecho a la igualdad, al trabajo, a la libertad de empresa; asimismo, al principio de jerarquía normativa y el de publicidad y transparencia. También se señala que se vulnera la Ejecutoria Suprema recaída en la Acción Popular N° 8310-2013-Lima. **Tercero.**- que con respecto a la vulneración del derecho a la igualdad, al trabajo y a la libertad de empresa, debe señalarse que la ejecutoria suprema recaída en el otro proceso de acción popular aludido señala en su quincuagésimo tercer considerando que el Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE, publicado en el Diario Oficial El Peruano el veinticinco de agosto del dos mil doce, sí resultaba compatible con los principios y valores del Estado Constitucional, y que no colisiona con la Constitución, sólo se refirió a la carencia que se advertiría en cuanto a la fundamentación científica y socioeconómica; por tanto, las alegadas vulneraciones no pueden prosperar; **Cuarto.**- que sobre las afectación a la jerarquía normativa y a lo resuelto por la Corte Suprema en el Proceso de Acción Popular N° 8310-2013-Lima, es necesario señalar que la referida ejecutoria suprema precisó que el Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE no colisiona con la Ley General de Pesca, es decir, no la ha trasgredido ni desnaturalizado (fundamento cuadragésimo noveno de la ejecutoria). El Decreto Supremo N° 011-2013-PRODUCE tampoco colisiona la ley porque ha sido expedido acatando lo dispuesto por la ejecutoria suprema, esto es, cumple con la fundamentación científica y socioeconómica mencionada y que fue el único punto que exige esa ejecutoria. Por tanto, ahora y tal como lo precisa la ejecutoria suprema no hay afectación a la jerarquía

de normas; **Quinto.-** que respecto al derecho a la igualdad alegada por la parte actora, es menester anotar que cuando se expidió la ejecutoria suprema, tantas veces aludida, se hizo en la misma el test de igualdad y resultó del mismo que la única omisión exigible fue la de las fundamentaciones científica y socioeconómica. Por lo que toca a la presente colisión de normas, el examen arrojó un resultado negativo; **Sexto.-** que por lo que toca a la supuesta infracción del principio de publicidad y transparencia, es de verse de autos que al dictarse el Decreto Supremo N° 011-2013-PRODUCE se ha cumplido con la publicación conforme se aprecia de fojas veinte a veintidós, y que no aparece de autos la conexión que pueda existir entre la política pesquera que debe desarrollar un estado soberano y la exigencia de sujetar esa política nacional a preceptos que en todo caso no se ha probado en forma concreta tengan vinculación directa con el caso de autos; **Sétimo.-** que respecto a la *vacatio sententiae* dispuesta, cabe señalar que del estudio del texto de la ejecutoria suprema que corre de autos (fojas veintiocho a cuarenta y cinco) fluye que todo el desarrollo de la misma está referido al Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE y a la omisión en esta norma de la exigencia de evidencia científica y factores socioeconómicos; es en razón de esto que se estima la demanda pero a fin que se dicte una nueva norma, de ese rango, se dicta la *vacatio sententiae*. Por ello, en el considerando decimosétimo de la resolución número veintiocho (dictada en ejecución en el Proceso de Acción Popular N° 001-2013), ante una redacción poco feliz de la ejecutoria suprema se concluye que lo que debe dictarse es una ley pero no es así, el suscrito salva su criterio señalando que lo que se ordena es la dación de un nuevo decreto supremo que tenga como sustento evidencias científicas y factores económicos; **Octavo.-** que, finalmente, se aprecia del tenor del decreto supremo cuestionado que a partir del decimotercer hasta el decimosexto párrafo de la parte considerativa del mismo están incluidas las motivaciones científicas y socioeconómicas que le han sido exigidas por la Corte Suprema en el Proceso de Acción Popular N° 8310-2013-Lima, por lo que se ha cumplido con los mismos; consecuentemente, no existiendo vulneración alguna a la Ley General de Pesca y a la Constitución, **NUESTRO VOTO** es porque se declare **INFUNDADA** la demanda de acción popular interpuesta la Asociación Nacional de Armadores Pesqueros de la Ley 26920, mediante el escrito de su propósito.-

JAEGER REQUEJO

PALACIOS TEJADA