

**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**

Lima, cinco de setiembre  
de dos mil trece.-

**VISTOS;** por sus fundamentos pertinentes; y **CONSIDERANDO:**

**1. DEL RECURSO DE APELACION:**

**Primero:** Es objeto de apelación la sentencia de fecha veinticuatro de abril de dos mil trece, obrante a fojas ochocientos tres, que declara **infundada la excepción de incompetencia** deducida por la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional; y **fundada la demanda de acción popular**, en consecuencia se declara la inconstitucionalidad del numeral 2.2 del artículo 2 del Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el veinticinco de agosto de dos mil doce que establece: "la zona comprendida por encima de las cinco hasta las diez 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 a la definición contenida en el numeral 1.2 del citado Decreto Supremo".

**2. SOBRE LA EXCEPCION DE INCOMPETENCIA:**

**Segundo:** Respecto a la apelación contra el extremo de la sentencia que declara infundada la **excepción de incompetencia** deducida por don Luis Alberto Huerta Guerrero – Procurador Público Especializado Supranacional encargado de la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional, sustenta este medio impugnatorio en lo dispuesto

**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**

en el artículo 85 del Código Procesal Constitucional, considerando que la presente demanda debe ser conocida por la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior de Justicia de Lima, por tratarse de un asunto relacionado con la función administrativa del Estado en materia de ordenamiento pesquero y protección de los recursos hidrobiológicos.

Tercero: Debemos iniciar este análisis a partir de la norma fundamental, que en su artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Estado establece como principio de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso. Este principio admite dos dimensiones; una formal o procedimental y otra de carácter sustantivo o material. La primera está concebida como un derecho continente que abarca diversas garantías y reglas que garantizan un estándar de participación justa o debida durante la secuela de todo tipo de procedimiento (sea este judicial, administrativo, corporativo particular o de cualquier otra índole). En tanto que la segunda exige que los pronunciamientos o resoluciones con los que se pone término a todo tipo de proceso respondan a un referente mínimo de justicia o razonabilidad, determinado con sujeción a su respeto por los derechos y valores constitucionales. Es precisamente en esta segunda dimensión que el debido proceso comprende un repertorio de derechos que forman parte de su contenido esencial, entre ellos, el derecho al juez natural, **el derecho al procedimiento preestablecido**, el derecho de defensa, el derecho a la pluralidad de instancias, el derecho a la motivación de las resoluciones, el derecho a los medios de prueba, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, entre otros. Por lo que, la sola inobservancia de cualquiera de estas reglas o derechos, convierte el proceso en irregular. (Énfasis nuestro)

4

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente  
Corte Suprema de Justicia de la República

**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**



**Cuarto:** Dentro de este marco constitucional y legal, se advierte que el proceso de acción popular desde el punto de vista sustantivo está estrechamente vinculado a la declaración de la ilegalidad o la expulsión de una norma del ordenamiento jurídico, por lo tanto la vía procedimental es la establecida en el Código Procesal Constitucional, cuyo artículo 85 determina su competencia: "La demanda de acción popular es de competencia exclusiva del Poder Judicial. Son competentes: 1) La Sala correspondiente, por razón de la materia de la Corte Superior del Distrito Judicial al que pertenece el órgano emisor, cuando la norma objeto de la acción popular es de carácter regional o local; y 2) La Sala correspondiente de la Corte Superior de Lima, en los demás casos", sin señalar especialidad; en consecuencia tratándose de un Decreto Supremo que no tiene carácter regional y local que es objeto de un proceso de acción popular, regulado por la Ley N° 28237, no resultan aplicables las normas invocadas por la parte recurrente relativas a la competencia de la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo por cuanto la ley que regula el proceso contencioso administrativo – Ley N° 27584 desarrolla las normas de competencia funcional en su artículo 9 modificado por el Decreto Legislativo N° 1067 exclusivamente respecto a las actuaciones impugnables y pretensión detallada en los artículos 4 y 5 de la citada Ley referidos a las actuaciones de la administración pública que no constituye materia de la acción popular regulada en el artículo 76 del Código Procesal Constitucional. En tal virtud corresponde confirmar la apelada en cuanto declara infundada la excepción de incompetencia.



**3. SOBRE LA DECISIÓN DE FONDO:**

**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**

**Quinto:** Respecto de la apelación de la sentencia contra la resolución que declara: "Fundada la demanda de acción popular", en consecuencia se declara la inconstitucionalidad del numeral 2.2 del artículo 2 del Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el veinticinco de agosto de dos mil doce que establece: "la zona comprendida por encima de las cinco hasta las diez 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 a la definición contenida en el numeral 1.2 del citado Decreto Supremo"; debemos exponer previamente lo siguiente: que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 200 inciso 5 de nuestra Constitución Política, 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.

**Sexto:** 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 el velar por la defensa del artículo 51 de la Carta Magna (...), 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 (...)"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> GARIBALDI PAJUELO, Giancarlo, "El proceso de Acción Popular", en CORDOVA SCHAEFER, Jesús (coord.), *Garantías Constitucionales*, Lima, Ediciones Caballero Bustamante, 2009, pp. 396-397.

**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**



**Sétimo:** Bajo esa perspectiva, el tema 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<sup>2</sup>. Esto, según lo explica la doctrina nacional<sup>3</sup>, 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 tipo de controversias contiene a ambos estratos.

**4. SOBRE EL PETITORIO DE LA DEMANDA:**



**Octavo:** El Sindicato Único de Pescadores de Nuevas Embarcaciones del Perú – SUPNEP en su demanda subsanada por escrito de fecha trece de diciembre de dos mil doce, solicita se declare la infracción parcial del Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE respecto al numeral 2.2. del artículo 2 de Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE, que establece: “La zona comprendida por encima de las cinco millas hasta las diez millas marinas se encuentran reservadas preferentemente para el consumo humano directo, siendo exclusivo para la realización de

---

<sup>2</sup> *Ibíd.*

<sup>3</sup> CHIRINOS SOTO, Enrique, *La Constitución: lectura y comentarios*, 6ta. Edición, Lima, Rodhas, 2008, pp. 574.

**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**

actividades pesqueras de menor escala, conforme a lo descrito a la definición contenida en el numeral 1.2 del presente Decreto Supremo”.

Noveno: Que, para sustentar su petitorio, la parte accionante señala en su escrito de demanda y subsanación que la norma objeto de cuestionamiento vulnera lo dispuesto en los artículos 66, 67 y 68 de la Constitución Política del Estado, la Ley General de Pesca (Decreto Ley N° 25977) y su reglamento (Decreto Supremo N° 012-2001-PE), la Ley N° 26920 y el Decreto Legislativo N° 1084; debido a que, en su opinión, la norma cuestionada establece un corredor marino, entre las cinco y diez millas marinas, reservado para embarcaciones denominadas de menor escala, que contradice lo dispuesto en la Ley General de Pesca y en su reglamento.

Décimo: Que, asimismo, sostiene la parte demandante que, al contemplar una zona de pesca exclusiva para este tipo de embarcaciones, la referida norma entra en contradicción de los artículos 66, 67 y 68 de la Constitución Política del Estado y de los artículos 20 y 28 de la Ley N° 25977, expresando que “La norma cuestionada así diseñada legaliza un corredor exclusivo entre la milla cinco a la diez para que sigan faenando más de mil quinientas embarcaciones consideradas de menor escala, que deberán “pescar preferentemente” para el Consumo Humano Directo CHD, cuando esta pesca que es de promedio anual de tres millones de toneladas de las cuales solo se usa un cinco por ciento para la industria conservera y consumo humano directo, se tiene pues, que el resto de esta producción es para hacer harina de pescado residual, originando lo que en el argot se conoce como la “pesca negra” que no paga impuestos, no está registrada y, sobre todo, que para ella no habrá veda”.

**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**

**5. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA APELADA:**

**Décimo Primero:** La Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución número diecisiete, de fecha veinticuatro de abril de dos mil trece, obrante a fojas ochocientos tres, declaró **INFUNDADA** la excepción de incompetencia deducida por la parte emplazada y **FUNDADA** la demanda, al considerar que el numeral 2.2 del artículo 2 del Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE colisiona con los artículos 9 y 20 de la Ley General de Pesca – Decreto Ley N° 25977 y el artículo 30 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PE, al establecer medidas de reordenamiento de los recursos hidrobiológicos en base a información obsoleta y, a su vez, modificar la clasificación de la extracción marina prevista en estas últimas normas; y con los artículos 2 inciso 2, 61, 66, 67 y 68 de la Constitución Política del Estado, al privilegiar a las embarcaciones de menor escala con una zona reservada de pesca para el consumo humano directo del recurso anchoveta y anchoveta blanca comprendida entre las cinco y diez millas, estableciendo una diferencia injustificada, sin sustento técnico ni jurídico “entre personas dedicadas a una misma actividad” como es la pesca.

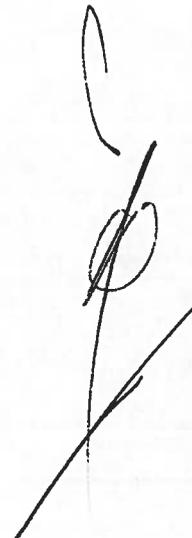
**Décimo Segundo:** Que, la sentencia apelada en el fundamento décimo quinto cita al artículo 9 del Decreto Ley N° 25977 (modificado por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1027, publicado el veintidós de agosto de dos mil ocho) que facultó inicialmente al Ministerio de Pesquería y luego al Ministerio de la Producción a determinar los sistemas de ordenamiento pesquero, “sobre la base de evidencias científicas disponibles y de factores socio económicos” también al artículo 22 del mismo Decreto Ley que precisa: que el Ministerio de

**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**

Pesquería establecerá periódicamente "medidas de ordenamiento de los recursos hidrobiológicos en función de las evidencias científicas provenientes del Instituto del Mar del Perú y otras entidades dedicadas a la investigación, así como de factores socio económicos.". Asimismo la recurrida en el considerando dieciséis expresa que la demandada adjuntó información obsoleta como "información técnica que se tuvo a la vista para emitir el Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE" y que no cumplió con "lo dispuesto mediante resolución número dos de fecha dieciocho de diciembre de dos mil doce (fojas treinta y siete-treinta y nueve) respecto a la remisión del expediente administrativo conteniendo todos los informes y documentos que dieron origen al artículo 2 numeral 2.2. del Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el veinticinco de agosto de dos mil doce.

Señala la resolución apelada además en sus fundamentos diecisiete a diecinueve, que: el artículo 20 del Decreto Ley N° 25977 - Ley General de Pesca clasifica la extracción marina en a) Comercial, que puede ser: i) de menor escala o artesanal, y ii) de mayor escala; y, b) No comercial, que puede ser: i) de investigación científica, ii) deportiva y iii) de subsistencia; es decir, considera como una sola categoría dentro de la clasificación comercial a la pesca artesanal como la de menor escala; mientras que el numeral 2.2 del artículo 2 del Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE crea una nueva clasificación distinta, y asigna a una de ellas, a la de menor escala, una franja para pescar, en detrimento de la otra, y privilegia además a las embarcaciones pesqueras de menor escala con una zona reservada de pesca entre las cinco y diez millas marinas para que se puedan dedicar preferentemente a la pesca de consumo humano directo, sin impedimento para la pesca de consumo humano indirecto.

**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**



**Décimo Tercero:** Que, además, respecto de los artículos 2 inciso 2, 61, 66, 67 y 68 de la Constitución Política del Estado, la sentencia apelada señala que la norma cuestionada infringe dichas normas constitucionales al privilegiar a las embarcaciones de menor escala con una zona reservada de pesca para el consumo humano directo del recurso anchoveta y anchoveta blanca comprendida entre las cinco y diez millas, estableciendo una diferencia injustificada, sin sustento técnico ni jurídico entre personas dedicadas a la misma actividad "por cuanto los demandantes merecen recibir un trato igual". Señala la resolución apelada en el fundamento veintisiete que: "conforme al artículo 61 de la Constitución Política del Estado, el Estado facilita y vigila la libre competencia".

**6. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN:**



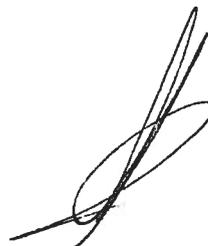
**Décimo Cuarto:** Que, mediante escrito de fecha ocho de mayo de dos mil trece, el Procurador Público Especializado en Materia Constitucional interpone recurso de apelación, expresando respecto al fondo de la controversia: 1. "Que la sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima objeto de apelación adolece de falta de motivación...", 2. "Ha emitido juicios de valor respecto a los informes presentados como sustento de la norma impugnada sin plantear razones expresas y contundentes que sustenten tales juicios de valor", 3. "Que existe falta de motivación sobre la supuesta inconstitucionalidad de la norma", 4. "Que existe un sustento jurídico – constitucional del Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE", 5. "Que existe competencia del gobierno nacional a través del Ministerio de la Producción para aprobar y modificar los ordenamientos pesqueros", 6. "Que no existe trato a favor

**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**

de la pesca de menor escala y que la afirmación de la Sala Superior sobre la afectación del Derecho a la Igualdad no ha cumplido con desarrollar el "Test de Igualdad".



**Décimo Quinto:** Que, el Procurador Público Especializado en Materia Constitucional señala en los numerales del cuarenta y dos al cincuenta de su recurso de apelación: que la Sala Superior califica a los informes presentados por PRODUCE como obsoletos, y precisa que como se adelantara en puntos precedentes los juicios de valor o calificaciones sobre hechos no pueden ser sustento bajo los cuales descansa la estimación de la demanda en un proceso de acción popular, puesto que los mismos no están sujetos a verificación, precisamente porque en este tipo de proceso no existe "estación probatoria". Añade que, "el Ministerio de la Producción ha utilizado los Informes Científicos 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" (...) "Los informes del Instituto del Mar del Perú (anexados al expediente de fojas noventa y uno a quinientos treinta y siete), cubren investigaciones científicas de los años dos mil uno, dos mil dos, dos mil tres, dos mil cuatro, dos mil cinco, dos mil diez y dos mil doce, que permiten precisamente analizar la conveniencia y la necesidad del ordenamiento"; y expresa que: "el juzgador no ha tomado en cuenta el carácter científico de los informes .... Y las estadísticas recolectadas por IMARPE" y "La Sala no ha indicado el criterio que fundamentó su declaración de "obsolescencia", de los informes de IMARPE y ésta no puede calificarse simplemente por la fecha de referencia de los informes en la medida que precisamente lo que se requiere para definir zonas de



**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**

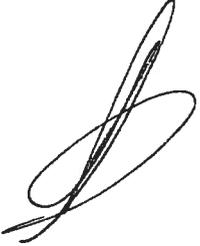
reserva en la definición de las particularidades del zócalo continental, que no cambia con el transcurso del tiempo, como tampoco lo hace la condición de las primeras cinco millas como zona reproductiva por excelencia, donde se concentra históricamente los mayores promedios de desove.". Afirma también, la parte recurrente, que el A-quo en el considerando décimo noveno efectuó una interpretación errónea y considera erradamente que, al diferenciar entre pesca artesanal y de menor escala, el numeral 2.2 del artículo 2 del Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE introduce una clasificación de la extracción marina distinta de lo dispuesto en la Ley General de Pesca, cuando ello no es así, pues las diferencias existentes entre la actividad extractiva artesanal y la actividad extractiva de menor escala provienen del propio Reglamento de la Ley General de Pesca, el cual en sus artículos 30 y 31 diferencia la extracción comercial en i) artesanal, la realizada por personas naturales o jurídicas artesanales sin embarcaciones con el empleo de embarcaciones de hasta treinta y dos punto seis metros cúbicos (32.6 m<sup>3</sup>) de capacidad de bodega, pero con predominio del trabajo manual, y ii) de menor escala, la realizada con embarcaciones de las mismas dimensiones de las anteriores, pero implementadas con modernos equipos y sistemas de pesca, cuya actividad no tiene la condición de artesanal, concluyendo en el numeral ciento dieciséis de su recurso de apelación que el Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE, no establece una nueva clasificación entre la actividad extractiva artesanal y la actividad extractiva de menor escala.

**Décimo Sexto:** Que, por otro lado, respecto de los artículos 2 inciso 2, 61, 66, 67 y de la Constitución Política del Estado, el Procurador Público Especializado en materia constitucional refiere que en los numerales cincuenta y uno al cincuenta y cinco de su recurso de apelación, la Sala

**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**



nuevamente incurre en una ausencia de motivación en el fundamento veinticuatro de la recurrida, puesto que no expresa ninguna razón que permita determinar cómo así ha llegado a la conclusión de que la norma cuestionada infringe el principio de igualdad y tampoco ha desarrollado el test de proporcionalidad. En sus fundamentos cincuenta y seis al setenta y uno desarrolla sus argumentos respecto al sustento jurídico constitucional del Decreto Supremo 005-2012-PRODUCE, señalando que la Sala no ha realizado una ponderación entre los bienes jurídicos constitucionales que la norma cuestionada pretende proteger: los recursos naturales y su aprovechamiento sostenible y "manejo racional", la obligación del Estado de "promover preferentemente la actividad extractiva de los recursos hidrobiológicos destinados al consumo humano directo"; el derecho "a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado"; el principio de "prevención", de conservación" y el principio precautorio. Argumenta además sobre la competencia del Gobierno Nacional a través del Ministerio de la Producción para aprobar y modificar el ordenamiento pesquero. Niega un presunto trato a favor de la pesca de menor escala y desarrolla en los numerales del ochenta y cinco al ciento dieciséis de su apelación los supuestos fundamentos científicos que a su juicio sustentan la diferenciación, precisando que: "el Ministerio de la Producción, como ya se ha demostrado tiene la facultad de crear zonas de reserva y avocar esfuerzos pesqueros en determinadas zonas de reserva", justificando la conveniencia de establecer tres franjas o zonas de reserva en el Informe N° 002-2012-PRODUCE-DGP, reitera que el Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE no privilegia a ningún sector pesquero en detrimento de otro; - sin embargo, señala en el numeral noventa y cuatro que la norma cuestionada (artículo 2, numeral 2.2. del Decreto Supremo N° 005-2012-



**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**



PRODUCE), ha asignado zonas de pesca diferenciadas, atendiendo a una evidente realidad que obliga a su tratamiento diferenciado, lo que ha sido desarrollado en nuestra alegación sobre los fundamentos científicos para la protección de las millas cero - diez". Para explicar el término "preferentemente" hace mención al artículo 20 de la Resolución N° 433-2012-PRODUCE, publicada en el diario Oficial "El Peruano" el diez de octubre de dos mil doce. Y por último en los numerales del ciento treinta al ciento cuarenta y seis pretende desarrollar una justificación de la norma cuestionada conforme al "test de igualdad".

**7. FUNDAMENTOS DE LA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA.**

**Décimo Sétimo:** Corresponde ahora que esta Sala Suprema se pronuncie sobre la invocada ilegalidad y/o inconstitucionalidad de la norma cuestionada objeto del proceso de acción popular, para lo cual será necesario tomar en consideración los fundamentos que siguen a continuación.


**Décimo Octavo:** Que, la Constitución Política del Estado es la norma fundamental de todo nuestro sistema jurídico, vincula a todos los organismos públicos, y establece los parámetros de validez formal y material de todos los actos públicos y privados; es pues la norma jurídica suprema y de mayor relevancia, y en tal virtud resulta vinculante *erga omnes*, además de constituir también y de manera primigenia un Código Político donde se regula, controla y limita el ejercicio del poder político, así como también constituye un cuerpo axiológico donde se promueve un conjunto de valores de la mayor trascendencia, y se establece un

**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**

esbozo de sociedad a seguir y alcanzar en términos de democracia, protección y promoción de derechos fundamentales.

**Décimo Noveno:** Que, vistas las distintas dimensiones que constituyen y conforman la Constitución Política del Estado, sus intérpretes vinculantes no pueden desconocer tales matices y naturalezas, por lo que sus decisiones deberán tomar en cuenta, por un lado, su carácter de norma jurídica suprema, y en tanto tal, obligatoria para todo poder público o privado, así como sus citadas dimensiones de código político y de cuerpo axiológico. De allí que el juez, primer defensor de la Constitución, se encuentra habilitado por la propia norma fundamental para ejercer el control de constitucionalidad de las normas jurídicas, sea a través de la aplicación del control difuso, o a través del control concentrado, en los casos del proceso de Acción Popular.

**Vigésimo:** Que, de acuerdo con el modelo peruano de jurisdicción constitucional, nuestro sistema contempla dos magistraturas constitucionales encargadas de impartir justicia en esa materia, como son el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. La Constitución Política del Estado establece las formas de interconexión y vinculación entre ambos organismos constitucionalmente autónomos; sistema de jurisdicción constitucional que ha recibido, de acuerdo con diferentes tendencias teóricas, las denominaciones de modelo dual, paralelo o mixto.

**Vigésimo Primero:** Que, en ese orden de ideas, la Constitución Política del Estado ha establecido un modelo de interconexión entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en los denominados procesos de la jurisdicción constitucional de la libertad, esto es, en los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento, que tienen por finalidad ser aquellos mecanismos

17

**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**

procesales específicos destinados a la protección de los diferentes derechos fundamentales. Así, corresponde al Poder Judicial, a través de sus jueces que ejercen una labor constitucional, conocer en primer y segundo grado las demandas de a que se refieren los incisos 1, 2, 3 y 6 del artículo 200 de nuestra Norma Fundamental; en tanto que le corresponde al Tribunal Constitucional, como indica el artículo 202 inciso 2, conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de dichos procesos.

**Vigésimo Segundo:** Que, ya en el plano del control de la compatibilidad normativa con la Norma Fundamental, el modelo peruano de jurisdicción constitucional tiene previstos tanto el control difuso como el control concentrado o abstracto de constitucionalidad de las normas jurídicas. Así, al amparo del segundo párrafo del artículo 138 de la Norma Fundamental, todo juez, en cualquier proceso, tiene la potestad de ejercer el control difuso e inaplicar, en consecuencia, una norma con rango legal por estimarla incompatible, formal o materialmente, con el texto constitucional.

**Vigésimo Tercero:** Que, asimismo, en cuanto al control concentrado o abstracto de las normas jurídicas, que implica ya no un análisis incidental de la norma cuestionada, sino una evaluación concreta sobre ella al margen de sus aplicaciones materiales, con la consecuencia no de la inaplicación para un caso determinado, sino con la pérdida de efectos generales, oponible a todos los poderes públicos o privados, nuestro ordenamiento constitucional ha reservado dicho examen tanto al Tribunal Constitucional, para el caso de las normas jurídicas de rango y fuerza legal, a través del proceso de inconstitucionalidad, cuanto al Poder Judicial, para el caso de las normas jurídicas con rango infralegal, mediante el proceso de acción popular.

18

**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**

**Vigésimo Cuarto:** Que, en ese orden de ideas, si bien los procesos de inconstitucionalidad y de acción popular tienen por finalidad la expulsión del ordenamiento de normas legales e infralegales que contravengan la Constitución, existen importantes diferencias entre uno y otro modelo, como por ejemplo, en el caso de la acción popular, la posibilidad de deducir medidas cautelares y los efectos retroactivos de la sentencia que declara fundada la demanda, en tanto que se entiende que su sanción es la de la nulidad, tal como se encuentra establecido con detalle en el Código Procesal Constitucional.

**Vigésimo Quinto:** Que, sin embargo, ambos procesos, de inconstitucionalidad como de acción popular, se encuentran animados actualmente por el desarrollo jurisprudencial de la Justicia Constitucional, donde la labor de control constitucional, como ha sido trabajado sobre todo por la Corte Constitucional Italiana, y luego ha sido recepcionado por los diferentes tribunales y cortes constitucionales, ya no puede circunscribirse exclusivamente a la figura de una magistratura constitucional con fisonomía de legislador negativo, sino que, gracias al desarrollo de las denominadas sentencias interpretativas, es tarea indelegable de todo juez constitucional evaluar dicha norma a la luz de un conjunto de principios o criterios de interpretación constitucional que precisamente recojan, como se anotaba en los considerandos precedentes, las diferentes dimensiones y naturalezas que presenta la norma constitucional, donde además de ser la norma jurídica suprema, es también un código político y un cuerpo axiológico.

**Vigésimo Sexto:** Que, en ese sentido, corresponde al juez constitucional no solo evaluar la norma reputada como inconstitucional y/o ilegal, sino aplicar un conjunto de criterios de interpretación con la finalidad de poder establecer una interpretación que, antes que derogar la norma, o dejar

**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**

que siga surtiendo efectos, pueda tornarla compatible con el modelo prefigurado por la norma fundamental, aplicando para ello la conocida distinción entre disposición y norma que ha sido trabajada por la jurisprudencia constitucional italiana, y que el Perú también ha acogido.

**Vigésimo Séptimo:** Que, en consecuencia, todo juez constitucional encargado de dirimir una controversia en esa materia, como es el caso de un proceso de control concentrado o abstracto como el de acción popular, deberá apreciar en cuanto, resulten pertinentes, además de los métodos propios de la interpretación jurídica general, los criterios de presunción de constitucionalidad, unidad de la Constitución, concordancia práctica, fuerza normativa, eficacia integradora, corrección funcional, preferencia por los derechos humanos, razonabilidad, fórmula política, previsión de consecuencias, autorrestricción, interpretación convencional, entre otros. Y ello con la finalidad de que, si no es posible, a través de ellos, obtener una interpretación que torne constitucional la norma cuestionada objeto de análisis, entonces solamente allí corresponderá declarar su inconstitucionalidad y/o ilegalidad, y en consecuencia quede anulada y expulsada de nuestro ordenamiento.

**Vigésimo Octavo:** Que, no obstante lo anterior, y precisamente sobre la base del criterio de previsión de consecuencias, corresponde al Tribunal o Sala Constitucional tomar en consideración las posibles repercusiones de sus decisiones, pero no con la finalidad de fallar en función de ellas, sino para poder adoptar, en términos de prudencia y plausibilidad, los recaudos que resulten precisos para que la decisión de la justicia constitucional provoque las menores distorsiones posibles, el menor caos social y se cumpla, en contra partida, con otro criterio de interpretación constitucional como es el de eficacia integradora, por el cual, el juez, la sala o el tribunal deberá tomar en cuenta también la

**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**

promoción, en la medida de lo posible, de la mayor integración de la sociedad en términos de pacificación social.

**Vigésimo Noveno:** Que, por ello, de no ser posible una interpretación constitucional compatible con la Norma Fundamental respecto de la norma objeto de análisis, en aplicación de los criterios anteriormente citados de previsión de consecuencias y de eficacia integradora, es una exigencia de prudencia dictar una sentencia estimatoria de ilegalidad, pero sujeta a una vacancia respecto de sus efectos, para poder otorgar a la instancia competente el plazo necesario para que pueda emitir una nueva norma jurídica que, de acuerdo con los fundamentos expresados en la sentencia, respete el catálogo normativo establecido tanto por la Constitución como por sus normas de desarrollo.

**Trigésimo:** Que, como canon interpretativo a utilizarse para evaluar la inconstitucionalidad y/o ilegalidad del Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE, objeto de este proceso de acción popular, resulta importante recordar las atribuciones legislativas y/o legisferantes del Presidente de la República establecidas por la Norma Fundamental. En el primer caso, como se sabe, el Jefe de Estado y Gobierno tiene la facultad de iniciativa legislativa y de reforma constitucional, así como también presenta la potestad de vetar, parcial o totalmente, las autógrafas de leyes aprobadas por el Congreso de la República. En el segundo caso, el titular del Poder Ejecutivo o Gobierno puede dictar, con el rango de normas legales, decretos legislativos y decretos de urgencia; y con rango infralegal, reglamentos vía decretos supremos.

**Trigésimo Primero:** Que, en todos los casos, las atribuciones legisferantes del Presidente de la República se encuentran sujetas a las restricciones y limitaciones previstas en la Constitución. Así, por ejemplo, los decretos legislativos requieren, con carácter previo, una ley

21

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente  
Corte Suprema de Justicia de la República

**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**

autoritativa del Parlamento que establezca las materias y el plazo para su emisión, con las mismas restricciones materiales que las dispuestas para la Comisión Permanente del Congreso. De igual modo, corresponde la dación de decretos de urgencia, pero exclusivamente respecto de materias económicas y financieras, no tributarias. Por último, y para el caso que nos ocupa, corresponde la emisión de reglamentos como normas con carácter general que tienen por finalidad desarrollar las normas con rango de ley previstas en nuestro ordenamiento, pero respecto de las cuales la Constitución ha establecido como límite material de los citados reglamentos el que no puedan transgredir ni desnaturalizar las leyes y normas legales. Específicamente, el inciso 8 del artículo 118 de la Constitución Política del Estado, señala que "Corresponde al Presidente de la República: (...) 8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas (...)".

**Trigésimo Segundo:** Que, en consecuencia, es una competencia constitucionalmente establecida para el Presidente de la República, titular del Poder Ejecutivo, la atribución de reglamentar las leyes y normas con rango legal, pero con las limitaciones, constitucionalmente establecidas también, de no transgredirlas ni desnaturalizarlas. Estos, a su vez se encuentran sujetos a los límites de discrecionalidad, tal como se puede advertir en la siguiente cita: *"Por lo tanto, hay que decir que estos límites se pueden agrupar en dos categorías: por una parte, los llamados límites sustanciales, es decir, los límites que afectan al contenido mismo de la norma reglamentaria; por otra, los límites formales relativos al aspecto externo del Reglamento"*<sup>4</sup>. Aunado a ello este mismo jurista precisa que: *"En lo que se refiere a la elaboración de*

<sup>4</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. 2006. Palestra. Lima. Pág. 201.

**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**

*las disposiciones reglamentarias, la observancia del procedimiento en cuestión tiene un carácter formal ad solemnitatem, de modo que la omisión o defectuoso cumplimiento del mismo arrastra la nulidad de la disposición que se dicte, según doctrina jurisprudencial reiterada. El procedimiento constituye así un límite importante al ejercicio de la potestad reglamentaria*<sup>5</sup>.

**Trigésimo Tercero:** Que, en atención a ello, nuestro ordenamiento constitucional ha prefigurado el proceso constitucional de Acción Popular para evaluar la legalidad y/o inconstitucionalidad de las normas reglamentarias. Así, corresponde analizar, a través del citado proceso constitucional de control concentrado, si un determinado reglamento reputado como ilegal y/o inconstitucional, no ha respetado los límites constitucionalmente establecidos, esto es, ha transgredido o desnaturalizado la norma legal que ha desarrollado. Y en tal virtud le compete al Poder Judicial no cuestionar la actuación discrecional que pueda tener el Poder Ejecutivo para, dentro del ámbito de lo que estima más oportuno, reglamentar las normas legales, sino evaluar, en términos constitucionales, si tal ejercicio reglamentario discrecional ha sido respetuoso de las previsiones previstas en la Constitución Política, según las cuales tal potestad reglamentaria, por más discrecional que esta pueda y deba ser no puede desconocer los límites de la no transgresión y la no desnaturalización de la norma legal objeto de su emisión. Tal como convenientemente lo ha señalado este connotado jurista: *"Se comprende que, en efecto, el poder reglamentario deba de estar subordinado a los principios generales del Derecho, en tanto que éstos expresan los pensamientos jurídicos básicos de la comunidad, las ideas*

<sup>5</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. 2006. Palestra. Lima. Pág. 208.

23

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente  
Corte Suprema de Justicia de la República

**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**

*sustanciales que articulan y animan el ordenamiento en su conjunto. La Administración no puede contradecir esos principios; más bien, en virtud de ellos, se justifica y actúa*<sup>6</sup>.

**Trigésimo Cuarto:** Que, como se ha anotado en precedencia, es objeto de cuestionamiento el numeral 2.2 del artículo 2 del Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE, que dispone lo siguiente: "Establézcase las zonas de reserva para el Consumo Humano Directo del Recurso Anchoqueta (ENGRAULIS RINGENS) y Anchoqueta Blanca (Anchoa Nasus), de la siguiente manera: (...) 2.2 La zona comprendida por encima de las cinco y hasta las diez millas marinas, se encuentra reservada preferentemente para el Consumo Humano Directo, siendo exclusivo para la realización de actividad pesquera de menor escala, conforme a lo descrito a la definición contenida en el numeral 1.2 del presente Decreto Supremo"; por lo que corresponde a esta Sala Suprema evaluar, en primer término, la consideración de ilegalidad invocada en contra de la citada norma; y, en segundo lugar, de superarse este primer examen, analizar su compatibilidad material y formal con el texto constitucional.

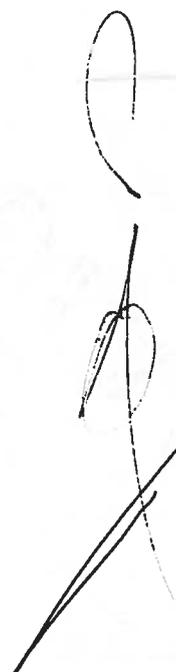
**Trigésimo Quinto:** Que, para efectos de esta evaluación, resulta de la mayor pertinencia referirse a la Ley General de Pesca, aprobada mediante Decreto Ley N° 25977, cuyo artículo 9, modificado por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1027, el veintidós de junio de dos mil ocho, dispone lo siguiente: "El Ministerio de la Producción, sobre la base de evidencias científicas disponibles y de factores socioeconómicos, determina, según el tipo de pesquerías, los sistemas de ordenamiento pesquero, las cuotas de captura permisible, las temporadas y zonas de pesca, la regulación del esfuerzo pesquero, los

<sup>6</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. 2006. Palestra. Lima. Pág. 216.

24

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente  
Corte Suprema de Justicia de la República

**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**



métodos de pesca, las tallas mínimas de captura y demás normas que requieran la preservación y explotación racional de los recursos hidrobiológicos". En ese sentido, esta Sala Suprema ingresará a examinar no si el Ministerio de la Producción cuenta o no con la atribución discrecional de dictar un reglamento de ordenamiento pesquero del recurso de anchoveta y anchoveta blanca, lo que no está bajo ninguna discusión, en tanto es una competencia que le resulta exclusiva; sino, por el contrario, si dicha norma reglamentaria, esto es, el Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE, ha sido dictado con observancia de lo dispuesto previamente por la Ley General de Pesca, que dispone que para establecer los sistemas de ordenamiento pesquero, como el caso de autos, se requiere que dicha norma se base en evidencias científicas disponibles y factores socioeconómicos. En consecuencia, corresponderá a esta Sala Suprema examinar si el Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE respeta, en los términos previstos por la propia Constitución, de reglamentar las normas legales sin transgredirlas ni desnaturalizarlas, lo dispuesto por el artículo 9 de la citada Ley General de Pesca.



**Trigésimo Sexto:** Que, en ese sentido, se aprecia que el citado Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE, en su tercer considerando, dispone que "Que, el artículo 9 de la Ley General de Pesca - Decreto Ley N° 25977, dispone que el Ministerio de la Producción, sobre la base de evidencias científicas disponibles y de factores socioeconómicos, determinará, según el tipo de pesquerías, los sistemas de ordenamiento pesquero, las cuotas de captura permisible, las temporadas y zonas de pesca, la regulación del esfuerzo pesquero, los métodos de pesca, las tallas mínimas de captura y demás normas que requieran la preservación y explotación racional de los recursos hidrobiológicos; (...)". Sin



**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**

embargo, el decreto supremo impugnado solo se ha limitado a mencionar el citado dispositivo legal, mas no ha cumplido con él, porque no refiere ni menciona cuál es su evidencia científica o de factores socioeconómicos 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.

**Trigésimo Sétimo:** Que, corresponde ahora analizar los considerandos del decreto supremo objeto de control por parte de esta Sala Suprema, a efectos de establecer si en ellos puede advertirse que se cumple con las exigencias establecidas por la Ley General de Pesca.

**Trigésimo Octavo:** Que, en ese sentido, no puede sostenerse que en el décimo segundo considerando que a continuación se transcribe: "Que, resulta pertinente advertir que algunas embarcaciones han sido construidas y se encuentran equipadas para realizar faenas de pesca fuera de las cinco millas marítimas, lo cual evidencia la existencia de diferencias objetivas entre los pescadores artesanales y de menor escala; (...)" satisface, a pesar de utilizarse el término "evidencia", la exigencia dispuesta por la Ley General de Pesca; pues, como es a todas luces obvio, no basta decir que existe evidencia, sino que debe presentarse ella en el informe científico correspondiente.

**Trigésimo Noveno:** Que, en igual entendimiento, en el décimo tercer considerando se señala: "Que, asimismo, **corresponde establecer zonas reservadas para el consumo humano directo del recurso**, aplicables a los pescadores artesanales y de menor escala, garantizando el abastecimiento sostenible y el aprovechamiento responsable de los recursos hidrobiológicos, en armonía con la preservación del medio ambiente y la conservación de la biodiversidad", tampoco puede estimarse como satisfactorio de las evidencias científicas exigidas por la

26

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente  
Corte Suprema de Justicia de la República

**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**

referida Ley General de Pesca, pues solamente expresan consideraciones generales que sin duda justifican en términos generales o discrecionales la dación de una norma reglamentaria, pero que no alcanzan a cumplir con lo que la ley a reglamentar ha exigido adicionalmente, en términos de mayor gravosidad, para dictar el ordenamiento pesquero; toda vez que ha sido la propia norma legal la que ha establecido esa limitación o habilitación para el dictado de un reglamento en ese sentido.

**Cuadragésimo:** Que, adicionalmente, el Decreto Supremo objeto de control señala en el décimo quinto considerando lo siguiente: "Que, a fin de realizar un reordenamiento del sector pesca, resulta relevante el desarrollo sostenido para las generaciones futuras del recurso Anchoqueta y Anchoqueta Blanca, flota que se encuentra sobredimensionada y que ejerce un mayor esfuerzo pesquero sobre el recurso, poniendo en riesgo la conservación y el aprovechamiento sostenido de los citados recursos, lo que a su vez limita la labor de fiscalización y control; (...)", donde se señala, también en términos generales, que esta norma resulta relevante para el desarrollo sostenido del recurso hidrobiológico para las generaciones futuras, si bien la preservación de los recursos es compatible con la política ambiental de promover el sostenible de los recursos, conforme al artículo 67 de la Constitución; empero, la norma reglamentaria no presenta la exigida evidencia científica que justifique la afirmación de sobredimensión, al amparo de lo dispuesto por la Ley General de Pesca.

**Cuadragésimo Primero:** Que, finalmente, se tiene en el décimo sexto considerando lo siguiente: "Que, asimismo, resulta necesario modificar y precisar algunas disposiciones para la creación de zonas de reserva, así como también, para la regulación de las embarcaciones de menor

27

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente  
Corte Suprema de Justicia de la República

**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**

escala, en aspectos vinculados al registro, control y descarte de productos; (...)", donde puede advertirse que, en términos de competencia del Ministerio de la Producción, del uso regular de sus atribuciones, y de su actuación válidamente discrecional no puesta en discusión en este proceso de Acción Popular, ha estimado "necesario modificar y precisar algunas disposiciones para la creación de zonas de reserva", lo que siempre podrá realizar, pero no de manera ilimitada, sino que deberá ser llevado a cabo observando lo dispuesto por la Ley General de Pesca, que precisamente señala que el ordenamiento pesquero que decida efectuar el citado ministerio deberá realizarse sobre la base de evidencia científica, exigencia que no ha podido ser satisfecha en ninguno de los considerandos expresados en el Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE.

**Cuadragésimo Segundo:** Que, al no verificar dentro del listado de considerandos del Decreto Supremo cuestionado en el presente proceso de acción popular, la exigencia prescrita en el artículo 9 del Decreto Ley N° 25977, modificado por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1027, tal hecho podría considerarse suficiente para decidir respecto al análisis de constitucionalidad o legalidad por tratarse de un proceso constitucional de Acción Popular que "en puridad es uno de puro derecho"<sup>7</sup>; sin embargo al haberse requerido por la Sala Superior los antecedentes del Decreto Supremo cuestionado mediante resolución número dos de fecha dieciocho de diciembre de dos mil doce, conforme al artículo 90 del Código Procesal Constitucional, esta Sala Suprema procede a revisar la Exposición de Motivos del Decreto Supremo N°

<sup>7</sup> BLUME FORTINI, Ernesto, Comentarios del Art. 9 del CODIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMENTADO en Homenaje a Domingo García Belaunde, N° 35 de la Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, pág. 766, 1ra. ed., Enero 2009, Ed. ADRUS, Arequipa.

20

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente  
Corte Suprema de Justicia de la República

**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**

005-2012-PRODUCE, para comprobar si en tal documento puede evidenciarse la exigencia prevista en el artículo 9 del Decreto Ley N° 25977 modificado por el Decreto Legislativo N° 1027, refiriendo que el aludido documento que obra a fojas sesenta y ocho a setenta y uno presentado por el Ministerio de la Producción en copia fotostática con dos sellos y rúbricas, cuyo contenido es el mismo presentado en el escrito de contestación de demanda por el Procurador Público Especializado Supranacional, encargado de la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional, también en copia fotostática con cinco sellos y rúbricas, destacándose que en el encabezado del mismo figura textualmente lo siguiente: "Este texto no ha sido publicado en el Diario Oficial "El Peruano", a solicitud del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, ha sido entregado por el Despacho Presidencial el día veinticinco de setiembre de dos mil doce"

**Cuadragésimo Tercero:** Dicha exposición de motivos contiene un primer apartado titulado "Antecedentes y Justificación de la necesidad de la propuesta normativa". Sin embargo, tras su lectura, puede observarse que ella contiene solamente, en primer término, el listado de las normas que resultan pertinentes a modo de marco jurídico, y, en segundo lugar, consideraciones generales respecto de la necesidad de establecer "(...) zonas reservadas para el consumo humano directo, zonas donde se podrán desarrollar los pescadores artesanales y de menor escala, garantizando el abastecimiento sostenible y el aprovechamiento responsable de los recursos hidrobiológicos, en armonía con la preservación del medio ambiente y la conservación de la biodiversidad". Empero, como es de apreciación, 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

25

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente  
Corte Suprema de Justicia de la República

**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**

estar fundamentada sobre la base de necesaria evidencia científica, que, en este caso, está del todo ausente.

**Cuadragésimo Cuarto:** Que, asimismo, en el párrafo precedente al anteriormente citado, se indica que "(...) existe una diferencia objetiva entre las embarcaciones artesanales y las embarcaciones de menor escala (...)", así como en el subsiguiente párrafo se señala que "(...) debemos advertir que existe un sin número (sic) de embarcaciones pesqueras artesanales y de menor escala que vienen extrayendo el recurso Anchoveta y Anchoveta Blanca (...)". Como puede advertirse, la Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE realiza afirmaciones que no pueden ser estimadas, en modo absoluto, como satisfactorias de la exigencia de evidencia científica requerida por la Ley General de Pesca. Es más, inclusive 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 impugnado carece de evidencia científica mínima, pues ni siquiera se ha podido establecer alguna cifra aproximada, en la referida norma ni en el Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE, ni las consideraciones por las que se optaron señalar en la norma "preferentemente" cuando el texto solo se refiere a consumo humano.

**Cuadragésimo Quinto:** Es obvio que la exigencia del artículo 9 de la ley General de Pesca debe ser evidenciada en el texto de la disposición cuestionada, empero ni en el Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE, ni en la exposición de motivos se observa el cumplimiento de la exigencia formal habilitadora exigida en el artículo 9 de la Ley General de Pesca.

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente  
Corte Suprema de Justicia de la República

**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**

**Cuadragésimo Sexto:** Que, en consecuencia, si bien tanto en las consideraciones del Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE como en su exposición de motivos se señalan afirmaciones respecto de las cuales no puede invocarse que carecen de plausibilidad, sí adolecen de la exigida evidencia científica y socioeconómica para poder fundarlas no en estimaciones genéricas sino en realidades concretas, comprobadas y previamente estudiadas con el rigor correspondiente.

**Cuadragésimo Séptimo:** Que, en tal virtud, el Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE deviene 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 (...)", por lo que no corresponde sino su expulsión dentro de nuestro sistema jurídico.

**Cuadragésimo Octavo:** Que, por otro lado, es importante anotar que esta Sala Suprema no solamente se ha circunscrito a un examen de formalidad al evaluar si el decreto supremo impugnado cumple o incumple lo previsto por la Ley General de Pesca que ha reglamentado en un extremo, sino que precisamente ha centrado su atención en la evaluación del cumplimiento de tal requisito porque ha apreciado, en conjunto, las consideraciones de orden público y los derechos fundamentales cuyo ejercicio se encuentra vinculado con estas actividades económicas extractivas de recursos hidrobiológicos, por lo que lo estipulado por el artículo 9 de la Ley General de Pesca, en cuanto exige que el ordenamiento pesquero a establecerse se base en evidencia científica y socioeconómica, busca precisamente que dicha regulación normativa, por los derechos que se encuentran en posible tensión, entre las diferentes agentes participantes y sectores socioeconómicos involucrados, tome en cuenta, con el mayor rigor y

31

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente  
Corte Suprema de Justicia de la República

**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**

exhaustividad posible-de allí la exigencia de evidencia científica-, todos estos factores, y el establecimiento de dicho ordenamiento responda exactamente a tales consideraciones. De allí que la exigencia prevista en el artículo 9 de la Ley General de Pesca, cuyo incumplimiento por parte del decreto supremo impugnado ha sido causal para su ilegalidad, no es un mero formalismo, o un exceso formal de ritualismo, sino que encuentra sólidas razones para la referida exigencia. Un tema de tal complejidad, con el número de sectores involucrados, donde los administrados tienen un conjunto de derechos y expectativas, y donde la defensa de la biodiversidad y de los recursos hidrobiológicos son consideraciones de indiscutible orden público, torna indispensable que su regulación responda a la mayor rigurosidad posible, que en los términos de la Ley General de Pesca se traduce en la exigencia de evidencia científica y socioeconómica.

**Cuadragésimo Noveno:** Que, por lo señalado, es también relevante anotar que esta Sala Suprema no ha ingresado, en modo alguno, en competencias que son de exclusiva atribución del Poder Ejecutivo a través del Ministerio de la Producción, ni ha cuestionado que su ejercicio discrecional vaya en uno u en otro sentido, sino que, por mandato constitucional, se ha circunscrito a evaluar si el decreto supremo impugnado ha reglamentado una ley sin transgredirla ni desnaturalizarla, y como en este caso, ante la omisión respecto de lo estipulado en el artículo 9 de la Ley General de Pesca, corresponde que sancione dicha transgresión con su subsecuente nulidad. De lo expresado en considerandos anteriores podemos advertir que: al incumplir con el mandato imperativo previsto en el artículo 9 del Decreto Ley N° 25977 se infringe el numeral 8 del artículo 118 de la Constitución Política del Estado.

82

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente  
Corte Suprema de Justicia de la República

**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**

Quincuagésimo: Que, a pesar de que esta Sala Suprema ha demostrado suficientemente la ilegalidad en la que ha incurrido el Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE, en el numeral 2.2 del artículo 2: "La zona comprendida por encima de las cinco y hasta las diez millas marinas, se encuentra reservada preferentemente para el Consumo Humano Directo, siendo exclusivo para la realización de actividad pesquera de menor escala, conforme a lo descrito a la definición contenida en el numeral 1.2 del presente Decreto Supremo", en tanto ha sido invocado por la parte apelante, estima conveniente pronunciarse sobre el "test de igualdad" solicitado por el apelante, en tanto que dicha parte apelante ha señalado que el trato diferente dispuesto por el Decreto Supremo impugnado satisface las exigencias de dicho examen de igualdad, al tratarse si bien de un trato distinto, pero no discriminatorio o sustentado arbitrariamente. En primer lugar es evidente que el test de igualdad corresponde efectuarse cuando habiéndose expedido válidamente una norma legal o infralegal vulnera o infracciona un derecho fundamental. En el presente caso hemos verificado el incumplimiento de la exigencia habilitadora prevista en el artículo 9 del Decreto Ley N° 25977 modificado por el Decreto Legislativo N° 1027; sin embargo debemos expresar lo siguiente: Los principios de justicia e igualdad exige un mismo trato en similares circunstancias. Al respecto la Corte Europea de Derechos Humanos definió que solo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable"; en el sistema anglosajón americano el escrutinio establece que la carga de la prueba corresponde al Estado respecto al interés estatal gubernamental imperioso. En el sistema interamericano de Derechos Humanos la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) establece en su numeral veinticuatro: "todas las personas son

33

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente  
Corte Suprema de Justicia de la República

**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**

iguales ante la ley, en consecuencia tiene derecho sin discriminación a igual protección de la ley". Los estándares utilizados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto a la igualdad señalan: con toda claridad, que al tratarse de impugnaciones de decisiones gubernamentales relativas al principio a la igualdad en el goce de derechos humanos, se debe presumir la ilegitimidad de la norma o acto estatal que establece la diferenciación, recayendo sobre el Estado que estableció la norma todo el peso de la carga de la prueba sobre la razonabilidad, indispensabilidad y necesidad de la medida.<sup>8</sup> En nuestro país el Tribunal Constitucional ha acogido en diversa jurisprudencia tanto el principio de razonabilidad y el principio de proporcionalidad a efectos de determinar si el tratamiento diferenciador es o no discriminatorio (STC N° 00045-2004-AI/TC), considerando en el ejercicio del test de proporcionalidad desarrollo de los tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, luego de seguirse los pasos de: a) tratamiento legislativo "diferente"; b) determinación de la "intensidad" de la intervención y c) finalidad del tratamiento "diferente", siempre bajo el paradigma de prohibición de arbitrariedad.

**Quincuagésimo Primero:** Que, como se sabe, suele utilizarse como técnica: la ponderación, desde una opción teórica como la conflictivista, para resolver situaciones de derechos fundamentales en tensión u oposición. Dicho examen de ponderación es usualmente aplicado también al derecho a la igualdad con la finalidad de distinguir un trato

<sup>8</sup> GIARDELLI, Lucas / TOLLER, Fernando / CIANCIARDO, Juan; LA CIENCIA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL, Estudios en homenaje a Héctor Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, tomo IV, Derechos Fundamentales y Tutela Constitucional, pág. 329, 1ra. ed, 2008, Ed. Marcial Pons, México.

34

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente  
Corte Suprema de Justicia de la República

**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**

diferente de uno discriminatorio, esto es, respectivamente, un trato válido en términos constitucionales, de uno arbitrario e inconstitucional.

**Quincuagésimo Segundo:** Que, corresponde en primer término evaluar si nos encontramos en situaciones comparables, donde a dichas mismas situaciones se les aplica una consecuencia diferente; situación que se cumple en este caso al establecer una diferencia de trato entre embarcaciones artesanales de aquellas de menor escala y entre éstas y las embarcaciones de mayor escala.

**Quincuagésimo Tercero:** Que, en segundo lugar, es necesario examinar la finalidad perseguida por el Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE, a efectos de establecer si dicho fin resulta compatible con los principios y valores propios de un Estado Constitucional. Por las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes, es posible estimar que las finalidades perseguidas por el Decreto Supremo impugnado resultan del todo compatibles con nuestra Constitución Política, por lo que esta segunda fase del examen de igualdad ha quedado superada.

**Quincuagésimo Cuarto:** Que, en tercer lugar, corresponde ahora que esta Sala Suprema evalúe la idoneidad de la medida tomada por el Decreto Supremo cuestionado, a efectos de establecer si lo regulado por este reglamento resulta adecuado para conseguir, de manera efectiva, la finalidad buscada. Sin embargo, como puede apreciarse y ha sido desarrollado con detalle en los párrafos precedentes, el ordenamiento pesquero dispuesto por el Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE no ha cumplido con lo exigido por el artículo 9 de la Ley General de Pesca, pues en ninguno de sus extremos ha demostrado la evidencia científica y socioeconómica sobre la cual basa su decisión discrecional de establecer un trato distinto para las diferentes embarcaciones. Si esto es

05

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente  
Corte Suprema de Justicia de la República

**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**

así, es decir, si no ha logrado demostrar científica y socioeconómicamente las razones que justifican su opción reglamentaria, es imposible determinar que las medidas tomadas cumplan, en términos de idoneidad, con la finalidad perseguida. En consecuencia, el Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE no satisface el subprincipio de idoneidad, por lo que dicha norma deviene en arbitraria y lesiva del principio y derecho de igualdad.

**Quincuagésimo Quinto:** Por todo lo expresado en la parte considerativa que precede deben desestimarse los argumentos del Recurso de Apelación, señalándose además que lo expresado por el Procurador Público en su recurso, según lo detallado en el considerando décimo sexto de la presente resolución, respecto a la valoración de los informes del IMARPE, resulta contradictorio con su propia afirmación de que el proceso de acción popular "no existe estación probatoria", tal como señala los artículos 9, 75 y 76 del Código Procesal Constitucional, concordante con el artículo 200 numeral 5 de la Constitución Política del Estado por tratarse este proceso de un control abstracto, por lo que la ilegalidad o inconstitucionalidad debe verificarse evaluando el propio tenor de la norma cuestionada y de la ley o norma constitucional cuya ineficacia se postule como fundamentos y/o petitorio.

**Quincuagésimo Sexto:** Más aún si en la remisión de los once informes de IMARPE que presenta el Ministerio de la Producción en calidad de "expediente Administrativo" se puede constatar: N° 1) Informe, Volumen 32 N° 1 Cruceros de Evaluación Hidroacústica de Recursos Pelágicos de Tumbes a Tacna, Verano e invierno dos mil uno, de fecha enero a marzo de dos mil cuatro. N° 2) de fojas ciento cincuenta a ciento cincuenta y dos también de un crucero realizado en el invierno del año dos mil uno. N° 3) corriente a fojas doscientos seis y siguientes de

36

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente  
Corte Suprema de Justicia de la República

**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**

Cruceros de Verano de dos mil dos, de evaluación de recursos pelágicos. N° 4) corriente a fojas doscientos cuarenta y nueve y siguientes Crucero de Evaluación de la biomasa desovante de la anchoveta, durante el invierno de dos mil dos y otoño del dos mil. N° 5) Crucero BIC Humboldt durante el niño mil novecientos ochenta y dos – mil novecientos ochenta y tres, estudios de la condición reproductiva de la anchoveta y vinciguerra en los años dos mil dos a dos mil cinco. N° 6) corriente a fojas trescientos veintiséis y siguientes evaluación hidroacústica de la distribución y biomasa de recursos pelágicos de los años dos mil dos a dos mil cuatro. N° 7) Informe progresivo sobre análisis efectuado en noviembre de mil novecientos noventa y seis, corriente a fojas trescientos setenta y tres. N° 8) Crucero de Evaluación de Recursos Pelágicos de febrero de dos mil uno. N° 9) Informe sobre el crucero de la evaluación de la biomasa desovante de la anchoveta dos mil tres, dos mil cuatro y dos mil cinco. N° 10) Crucero de Evaluación de la biomasa desovante de agosto de dos mil uno. Evidentemente no existe en el supuesto “expediente Administrativo” evidencia científica ni informes actualizados que justifiquen el cambio previsto en el artículo 2 numeral 2.2 del Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE.

**Quincuagésimo Séptimo:** Debe tenerse presente también que cuando se contesta la demanda por el Procurador Público no se adjunta como medio probatorio anexo ninguno de los informes de IMARPE, solo la Exposición de Motivos y el Informe N° 002-2012-PRODUCE-DGC, de fecha veintitrés de agosto de dos mil doce que suscriben cinco funcionarios del Ministerio de la Producción: Director General de Políticas y Desarrollo Pesquero, Director General de Extracción y Producción Pesquera para consumo humano directo, Director

37

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente  
Corte Suprema de Justicia de la República

**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**

General de Sanciones, Director General de Supervisión y Fiscalización y el Director General de Asesoría General. Informe que también corre a fojas setenta y uno a noventa como parte del supuesto "Expediente Administrativo" que no tiene la calidad de evidencia científica exigida por el artículo 9 de la Ley General de Pesca, por el contrario en el Acápite III numeral 7.1. se aprecia que no se realizó la pre publicación exigida en el artículo 14 del Decreto Supremo N° 01-2009-JUS "por innecesaria dado que nos encontramos ante un claro motivo de interés público".

**Quincuagésimo Octavo:** Respecto a la *vacatio sententiae* conforme a la interpretación Constitucional del Tribunal Constitucional en las sentencias N° 0023-2003-AI/TC, N° 0005-2007-AI/TC, N° 00033-2004-AI/TC y N° 00006-2006-AI/TC, se determina que con criterio precautorio excepcional se puede postergar los efectos en el tiempo de la sentencia; y dada la trascendencia de la norma cuestionada en este proceso, resulta pertinente aplicar la *vacatio sententiae*, a fin de que la norma cuestionada, permanezca vigente hasta la culminación de la primera legislatura ordinaria, es decir hasta el quince de diciembre de dos mil trece; de allí que el numeral 2.2 del artículo 2 del Decreto Supremo N° 005-2012-PRODUCE al ser declarado ilegal, dejará de surtir efectos luego de la fecha indicada precedentemente.

Por estas consideraciones: **CONFIRMARON** la sentencia apelada de fecha veinticuatro de abril de dos mil trece, obrante a fojas ochocientos tres, que declaró **INFUNDADA** la excepción de incompetencia deducida por la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional; y **FUNDADA** la demanda de acción popular; dejando establecido la **VACATIO SENTENTIAE** hasta el quince de diciembre de dos mil trece,

ds  
27/

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente  
Corte Suprema de Justicia de la República

**SENTENCIA**  
**ACCIÓN POPULAR N° 8301 - 2013**  
**LIMA**

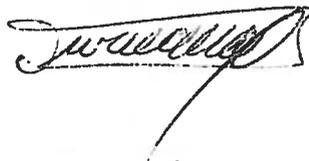
en los seguidos por el Sindicato Único de Pescadores de Nuevas Embarcaciones del Perú – SUPNEP, contra el Ministerio de la Producción y otro sobre acción popular; **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano” conforme a ley; y los devolvieron. Vocal Ponente: Acevedo Mena.-

**S.S.**

**SIVINA HURTADO**



**WALDE JAUREGUI**



**ACEVEDO MENA**



**VINATEA MEDINA**



**RUEDA FERNÁNDEZ**



**Se Publico Conforme a Ley**

**Carmen Rosa Diaz Acevedo**  
Secretaria  
De la Sala de Derecho Constitucional y Social  
Permanente de la Corte Suprema

29 NOV 2013