



**FACULTAD DE DERECHO**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**TESIS**

**“EI FONCOMUN:**

**La aplicación de nuevos criterios para una adecuada distribución en las  
Municipalidades”**

**PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE:**

**ABOGADO**

**AUTOR:**

**LAURA VANESSA GRADOS CASTILLO**

**ASESOR:**

**DR. RAFAEL ALDAVE HERRERA**

**LINEA DE INVESTIGACION:**

**DERECHO ADMINISTRATIVO**

**TRUJILLO - PERÚ**

**2016**

## DEDICATORIA

Dedico esta tesis primeramente a Dios, que me permitió culminar con éxito esta etapa de mi vida; en la cual pude entender que todo sacrificio es valorado.

A mis Hijos, ETHEL EILLEN y RICARDO GAEL que son el motor de mi vida, gracias por cada momento en familia sacrificados para ser invertidos en la realización de la presente tesis; gracias por entender que para alcanzar el éxito debía de sacrificar parte de los momentos con Ustedes.

Gracias a mis padres y esposo por compartir mi entusiasmo; por el apoyo y consejos, los cuales contribuyeron a la realización de una de mis metas que me he trazado en la vida.

## **AGRADECIMIENTO**

Asimismo, para la realización de la presente tesis debo agradecer a Dios por las bendiciones, y permitir los éxitos que con esfuerzo voy logrando.

A la Universidad Cesar Vallejo por la oportunidad de permitirme estudiar y ser un buen profesional.

También me gustaría agradecer al Dr. Rafael Aldave Herrera, por su visión crítica; rectitud en su profesión como docente, por sus consejos que me ayudaron a formarme como persona y profesional; infinitas gracias por formarme como persona e investigador.

## DECLARATORIA DE AUTENTICIDAD

Yo, **LAURA VANESSA GRADOS CASTILLO**, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Cesar Vallejo, con la tesis titulada: “El FONCOMUN: La aplicación de nuevos criterios para una adecuada distribución en las Municipalidades”.

### Declaro bajo juramento que:

1. El trabajo de investigación que se presente bajo la modalidad de tesis, es de autoría propia.
2. Se ha respetado las normas APA para citar adecuadamente las fuentes consultadas y referirlas al final del documento.
3. La tesis no ha sido auto plagiada, no ha sido presentada antes para obtener algún grado académico previo o título alguno.
4. Las conclusiones de la investigación son reales, han sido contrastados en la realidad y con las fuentes del derecho.

Trujillo, mayo de 2016

LAURA VANESSA GRADOS CASTILLO

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Grados Castillo', with a horizontal line underneath.

## **PRESENTACIÓN**

Señores miembros del Jurado:

Siguiendo con lo establecido en la normatividad pertinente tanto de la Facultad de Derecho como de la Universidad Cesar Vallejo, para optar con el Título profesional de Abogado, pongo a vuestro criterio la tesis titulada: “El FONCOMUN: La aplicación de nuevos criterios para una adecuada distribución en las Municipalidades”.

El presente trabajo de investigación se ha realizado siguiendo los pasos de metodología de investigación científica, que determina nuestra facultad, cumpliendo con los requisitos estipulados sobre la base de la Doctrina, Jurisprudencia y Legislación; por lo que pongo a vuestra consideración esperando de su parte críticas constructivas y objetivas.

Trujillo, mayo de 2016

La Autora

**INDICE**

DEDICATORIA .....	i
AGRADECIMIENTO .....	iii
DECLARATORIA DE AUTENTICIDAD.....	iv
PRESENTACIÓN.....	v
INDICE.....	vi
RESUMEN .....	ix
ABSTRACT.....	x
CAPÍTULO I: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN .....	1
1.1 REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	2
1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA .....	4
1.3 JUSTIFICACIÓN.....	4
1.4 OBJETIVOS .....	6
1.5 HIPOTESIS .....	6
1.6 VARIABLES.....	7
1.7 TIPO DE INVESTIGACIÓN .....	7
CAPITULO II: MARCO METODOLÓGICO .....	8
2.1 Categorización.....	9
2.2Escenario de Estudios .....	9
2.3Caracterizacion de Sujetos.....	9

2.4 Técnicas e Instrumentos.....	10
2.5 Mapeamiento .....	11
CAPÍTULO III: MARCO TEORICO .....	12
SUBCAPÍTULO I: MARCO DE REFORMA Y MODERNIZACION DEL ESTADO.....	13
1.1 VINCULACIÓN DEL ESTADO Y LA CIUDADANÍA.....	13
1.2. ESTADO SOCIAL DE DERECHO.....	15
SUBCAPITULO II: FONDO DE COMPENSACIÓN MUNICIPAL.....	18
2.1 Antecedentes .....	18
2.2 Definición.....	23
2.3 Componentes .....	23
2.4 Evolución histórica de los criterios del FONCOMUN:.....	26
2.5 Recursos .....	28
2.6 Fuentes que determinan el Financiamiento de las Municipalidades ....	29
2.7 Forma de cálculo del FONCOMUN .....	30
2.8 ¿Cómo se calcula el FONCOMUN, es equitativa la distribución? .....	31
2.9 La finalidad del FONCOMUN .....	32
SUBCAPITULO III: TRANSPARENCIA COMO PRINCIPIO DE BUEN GOBIERNO .....	32
3.1 Nociones generales sobre buen gobierno.....	32
3.2 Los principios de buen gobierno.....	33
3.3 El principio de transparencia .....	34

3.4	Conceptos generales de ética.....	44
3.5	Ética de máximos y ética de mínimos.....	47
3.6	Ética pública: imperio de la ley y los derechos ciudadanos.....	53
3.7	Ética aplicada a la función pública.....	55
3.8	Otros principios de la ética de la función pública.....	68
3.9	Normas que promueven los principios éticos.....	79
	SUBCAPITULO IV: PRACTICAS COMPARADAS.....	82
4.1	Antecedentes.....	82
4.2	Definición.....	82
4.3	Reconociendo legal.....	83
4.4	Forma de entrega.....	84
4.5	Conformación.....	84
4.6	Distribución.....	86
4.7	Identificación del problema de la legitimidad.....	87
4.8	La conformación del FCM y el FONCOMUN.....	88
	CAPÍTULO III: DISCUSION DE RESULTADOS.....	89
	CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES.....	91
	CAPÍTULO V: RECOMENDACIONES.....	93



## RESUMEN

La presente investigación consta como objetivo principal promover la transparencia en el Fondo de Compensación Municipal garantizando una mejor distribución y mejorando los niveles de la Gestión Municipal, generando un uso adecuado de los recursos del Estado, y optimizando los niveles de acceso a la información pública.

Por tales motivos se analizó dicho proceso teniendo como punto de partida el contexto social desde la reforma y modernización del Estado, la normatividad existente, llegándose a determinar qué existe la necesidad de fortalecer algunos niveles del gobierno local ya que ahora se encuentra frágil e irreconocible por los ciudadanos debido al inadecuado acceso a la información y la corrupción existente en nuestra Administración Pública.

A tal efecto se planteó la transparencia en el Fondo de Compensación Municipal. Por ello se recomienda a los legisladores delimitar de forma más precisa las atribuciones y responsabilidades asociadas a la implementación de los comités de vigilancia a través de una regulación legal y manejo adecuado de recursos propios.

**Palabras claves: FONCOMUN, transparencia, uso de la cosa pública, acceso a la información.**

## **ABSTRACT**

This research aims to propose transparency in the process FONCOMUN to ensure effectiveness and efficiency in municipal management, transparency understood as the proper use of public affairs and access to information.

For these reasons this process taking as its starting point the social context since the reform and modernization, the existing legislation was analyzed, getting itself to determine why there is a need to strengthen some levels of local government as it now is fragile and unrecognizable citizens due to inadequate access to information and corruption in our public administration.

For this purpose transparency in the Municipal Compensation Fund it was raised. Why lawmakers recommended more precisely define the powers and responsibilities associated with the implementation of the monitoring committees through legal regulation and proper management of own resources.

**Keywords: FONCOMUN, transparency, use of public affairs, access to information.**

## **CAPÍTULO I: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

## 1.1 REALIDAD PROBLEMÁTICA

Dentro de la Constitución Política del Perú se reconoció por primera vez al Fondo de Compensación Municipal que en su artículo 196° que se encarga de regular los bienes y rentas municipales, asimismo incluyo el carácter redistributivo y la forma de cómo distribuir adecuadamente el Fondo antes mencionado, que en adelante será FONCOMUN.

La metodología actual consiste en distribuirlo bajo dos modalidades:

- A nivel provincial, se identifican dos criterios, la demografía donde se identifica a la población y la pobreza que se manifiesta con la carencia de servicios básicos.
- A nivel distrital, se identifica la ruralidad, gestión municipal y extensión territorial.

En la doctrina se identifica al FOMCOMUN como aquella bolsa nacional, que se manifiesta con una transferencia económica que sigue el proceso de descentralización, en línea vertical, desde el gobierno Nacional y/o Central al Gobierno Subnacional y/o Local, ya que estos últimos se encuentran más directos y cernos a la comunidad que se desea beneficiarse y de esta forma interpretar adecuadamente sus necesidades.

Es así, que los Gobiernos Subnacionales representan al Estado, se encargan de cubrir las necesidades de la comunidad o de la sociedad de su jurisdicción a través de la prestación efectiva de los servicios dentro del ámbito local, interpretando adecuadamente las necesidades.

En ese contexto la finalidad del FONCOMUN, busca promoverla inversión adecuada dentro de cada Municipalidad, otorgando a los Gobiernos

Subnacionales recursos que hagan efectivas sus funciones que básicamente son gestionar el desarrollo de la comunidad y la prestación de servicios, priorizando a las zonas marginales. Cuenta con el reconocimiento legal desde el marco constitucional como leyes conexas y vinculantes que garanticen la protección normativa y que vinculen las necesidades de la población con la distribución adecuada de los recursos del Estado, desde la normatividad general como específica dentro del ámbito nacional como regional y local.

Es por ello, que consideramos que la finalidad de la presente investigación es determinar si reformular los criterios antes descritos del FONCOMUN garantizara la transparencia dentro del proceso de transferencia económica, entendiendo a esta como el uso adecuado de los recursos del Estado y el acceso a la información pública.

En Chile, por su parte se han logrado invertir recursos del Estado basados en resultados, donde se evidencia el grado de responsabilidad como la ejecución adecuada del presupuesto que permite una mejor vinculación y satisfacción de las necesidades de la sociedad, centrando su atención en la ciudadanía, por su parte el Fondo Común Municipal es un claro ejemplo de la legitimidad que logra el Estado a partir de una organización estratégica basada en criterios que se ajustan a la realidad, teniendo una distribución equitativa y considerando criterios de proporcionalidad que garantice la necesidad de cada uno de los habitantes de las provincias del Gobierno Chileno.

## 1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿De qué manera la aplicación de nuevos criterios para una adecuada distribución en las Municipalidad del **FONCOMUN** garantizará la transparencia en la gestión?

## 1.3 JUSTIFICACIÓN

El estudio de los criterios de distribución del FONCOMUN, determinarán su aplicabilidad en la realidad, en otras palabras, será posible identificar si cubren necesidades y propician el desarrollo sostenible o no; en consecuencia, a esto se podrá conocer en que magnitud dichos criterios hacen factibles un Gobierno Local Legítimo, además de una identificación de los obstáculos que no han permitido el buen uso del FONCOMUN.

Si bien una Política pública es la decisión del Gobierno, que se desarrolla en acciones y está orientada a resolver un problema o aprovechar una oportunidad en beneficio de la sociedad. La distribución del FONCOMUN como política pública contribuye en dos aspectos fundamentales; por un lado, con el proceso de descentralización en tanto que son los Gobiernos Locales quienes reciben directamente este fondo y los encargados de utilizarlo (desde el año 2004) con libre disposición, y por otro lado, propicia el fortalecimiento institucional, por ser la municipalidad una institución comprende tres planos: misión, organización y recursos; el FONCOMUN es uno de los recursos que le permiten a los Gobiernos Locales cumplir con su función, como representante del Gobierno Central. Como política pública prioriza las zonas rurales. A pesar que los criterios del FONCOMUN buscan

fortalecer a la municipalidad como institución, lo que ha logrado es una dependencia de los Gobiernos Locales al Gobierno Central, y la denominada pereza fiscal, y en vez de propiciar el fortalecimiento institucional se genera una fragilidad de las finanzas municipales.

Abarcar la investigación de este tema genera beneficiarios:

🇵🇪 **Directos:** los Gobiernos Locales, ya que el presente trabajo contribuye a determinar cuan favorables son los actuales criterios de distribución del FONCOMUN a su proceso de legitimación como municipalidad.

🇵🇪 **Indirectos:** los estudiantes por generarles un precedente con respecto al tema y la sociedad.

Los criterios de distribución del FONCOMUN, buscan y pueden dirigir una distribución más ajustada a las necesidades que a su vez conseguirán un mejor desempeño de las autoridades, arrojando como consecuencia el desarrollo de la comunidad aprovechando dicho fondo.

Una restricción que podría cobrar fuerza es la contradicción que se genera entre los criterios de distribución del FONCOMUN y el criterio constitucional redistributivo expreso en el art. 196° de la constitución política del Perú. Ya que los actuales criterios favorecen las comunidades rurales al duplicar su ingreso.

Habiendo contrastado con la realidad, y teniendo en cuenta las restricciones, la legitimidad de los gobiernos locales que los criterios de distribución del FONCOMUN es a largo plazo.

## 1.4 OBJETIVOS

### General:

- Determinar si la aplicación de nuevos criterios para una adecuada distribución en las Municipalidad del FONCOMUN garantizará la transparencia en la gestión.

### Específicos:

- Analizar el Fondo de Compensación Municipal.
- Determinar las bases jurídicas y doctrinaras de la transparencia.
- Comparar las bases aplicativas del Fondo de Compensación Municipal en el Derecho Comparado

## 1.5 HIPOTESIS

Una correcta aplicación de nuevos criterios para una adecuada distribución en las Municipalidad del FONCOMUN si garantizará la transparencia en la gestión, porque a través de indicadores técnicos, criterios de convivencia en Gobiernos Locales y las Buenas Prácticas Políticas registradas en el Derecho Comparado se ejercitará un buen uso y distribución de los Recursos del Estado.



## 1.6 VARIABLES

### Independiente:

Una correcta aplicación de nuevos criterios para una adecuada distribución en las Municipalidad del FONCOMUN.

### Dependiente:

La transparencia en la gestión.

## 1.7 TIPO DE INVESTIGACIÓN

La investigación es Correlacional, porque tiene como propósito evaluar la relación que existe entre los criterios de distribución del FONCOMUN y la transparencia en las Municipalidades, es decir se busca identificar en qué medida estos criterios propician la legitimidad de los Gobiernos Locales.

## **CAPITULO II: MARCO METODOLÓGICO**

## **2.1 Categorización**

En el presente trabajo de investigación se desarrollara teniendo en cuenta la estructura donde se refleje el tratamiento de las variables de estudio como los niveles de contraste, es por ello, que se desarrollara teniendo en cuenta al proceso de reforma y modernización del Estado, luego se contrastara con cada una de las variables de estudio, como es el Fondo de Compensacion Municipal, y la Transparencia, para finalmente considerar al Derecho Comparado de Chile para poder entender que la adecuada distribución de este fondo, lograra ser efectivo cuando se modifiquen los presupuestos establecidos en la normatividad comparada y hacer un seguimiento detallado para observar su inversión y los resultados luego de una efectiva y eficiente distribución.

## **2.2 Escenario de Estudios**

Trujillo

## **2.3 Caracterizacion de Sujetos**

Los sujetos intervinientes son:

- Los funcionarios públicos
- La sociedad
- El Estado en su conjunto

## **2.4 Técnicas e Instrumentos**

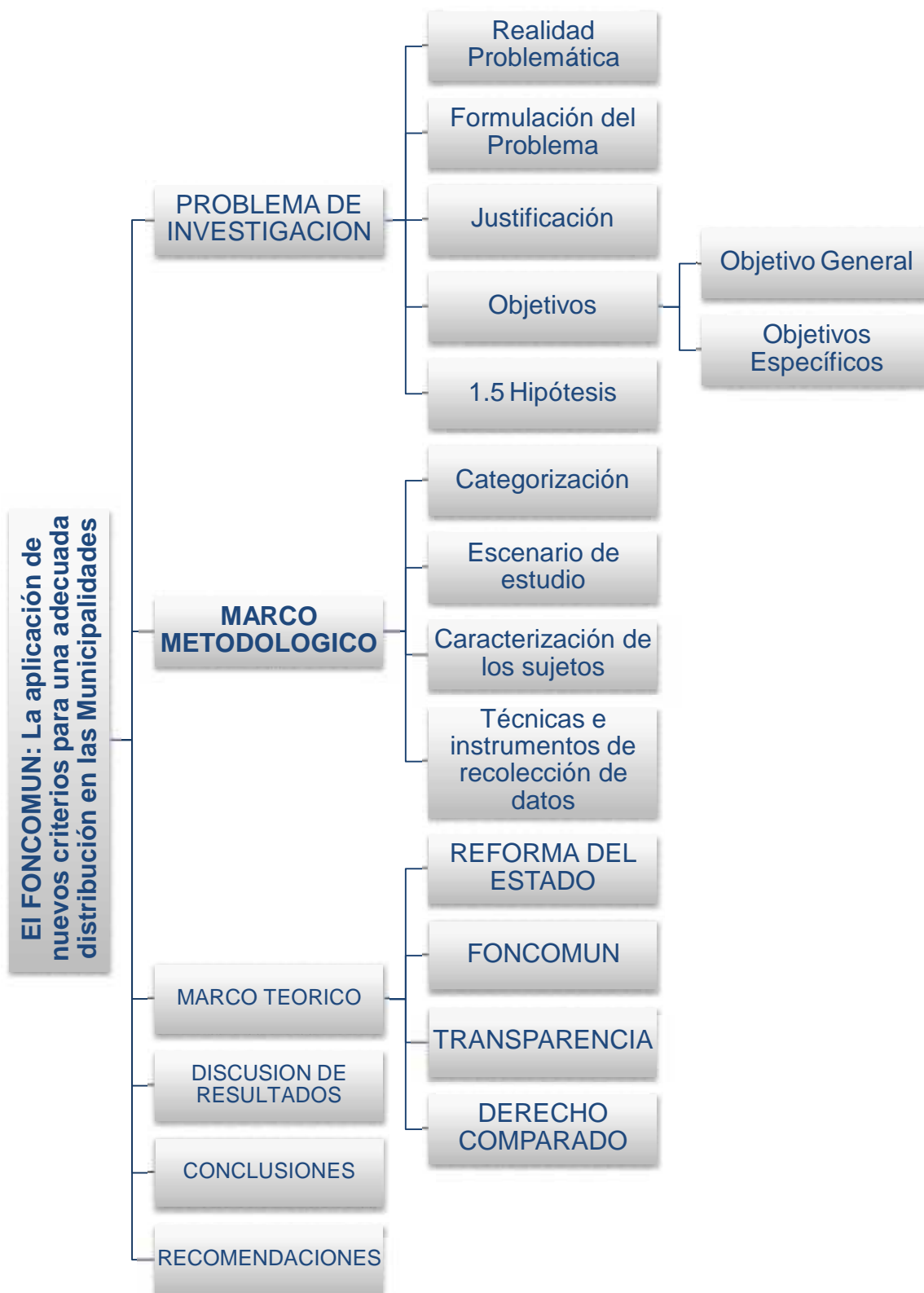
Como técnicas se han utilizado las siguientes:

- Observación, y
- Análisis de documentos

Y como instrumentos:

- La guía de observación, y
- La guía de análisis de documentos

## 2.5 Mapeamiento



### **CAPÍTULO III: MARCO TEORICO**

## **SUBCAPÍTULO I: MARCO DE REFORMA Y MODERNIZACION DEL ESTADO**

La reforma y modernización del Estado, se enmarca dentro de sus políticas, y estas fueron estructuradas teniendo en cuenta el Acuerdo Nacional y el Plan Bicentenario, dichos presupuestos garantizan un adecuado servicio de las entidades públicas.

Asimismo, el proceso de globalización que se ha manifestado en la relación entre la economía y la comunicación, a veces afectiva, y otras no, así como el surgimiento de nuevas tendencias como el terrorismo o fundamentalismo, la criminalidad organizada que han llevado a que el Estado se oriente y busque reformarse para cumplir efectivamente con las metas y objetivos planteados, tal y como la plantea Odette (2015) en su investigación sobre ciudadanía.

### **1.1 VINCULACIÓN DEL ESTADO Y LA CIUDADANÍA**

En este apartado hemos iniciado vinculando la concepción de ciudadanía con el proceso de reforma y como este debe formar parte de aquella realidad en la que el Estado hace al ciudadano eje principal y primordial dentro de cada proceso, tal como podemos observar en la Ley Marco de Modernización del Estado.

### **1.1.1 Concepto de Estado**

Con la palabra Estado, como lo menciona Rubio (2012) podemos referirnos a dos conceptos básicos, tanto dentro de las discusiones y doctrina nacional, se menciona como aquella parte del territorio donde interactúan un grupos de personas y que se ciñen a las formas del Estado de turno, que mediante sus instituciones se encargan de llevar a cabo las políticas nacionales o sectoriales que beneficien a cada actor social dentro de un contexto determinado. En este contexto se puede advertir que el Estado los formamos todas las personas que interactuamos dentro de un territorio determinado con el objetivo de lograr los fines de la sociedad. Un segundo concepto se centra en determinar cómo Estado a todos los organismos que lo conforman en cada uno de sus niveles, bajo su normatividad específica.

### **1.1.2 Funcionarios, servidores y autoridades públicas**

Según Camargo (2005), se consideran a aquellas personas que se encuentran laborando para el Estado, y se les asigna dicha categoría de acuerdo a las actividades y labores que realizan, siendo así que los funcionarios públicos son aquella que tienen dentro de sus funciones dirigir y decidir sobre asuntos públicos, de igual forma contamos con servidores públicos que son aquellos trabajadores del Estado que se encuentran en relación directa con la ciudadanía y se encargan de llevar las demandas a las autoridad competentes.



## 1.2. ESTADO SOCIAL DE DERECHO

En ese contexto, el Estado Peruano trato, o aún sigue intentando, convertir al ente estatal en eficiente, eficaz y ágil, y que el centro principal sea el ciudadano, y en esa perspectiva debe tenerse en cuenta que los procesos de reforma y modernización del Estado son disimiles y las transformaciones son distintas en cada procedimiento.

La principal diferencia que existe entre Reforma y Modernización del Estado, radica en los objetivos que tratan de alcanzar y los efectos que ellos producen en la sociedad, en el gobierno, en la administración y dentro de la gestión pública.

Por tal motivo, siguiendo a Ramírez (1997), la reforma es un cambio en la ejecución de diversos eventos que cambian las dimensiones, ajustando el actuar político con cada una de las instituciones del Estado y la sociedad en su conjunto.

Por su parte Fleury (2000) menciona que dentro del proceso de reforma se produce una “redefinición de sus relaciones con la sociedad (del Estado), es un proceso eminentemente político, a través del cual se están configurando las relaciones de poder en las sociedades” (p. 21).

Por otro lado, la modernización el Estado puede evidenciarse mejor dentro de la gestión pública, donde la eficiencia y eficacia del aparato administrativo llegue a alcanzar los objetivos de modernidad.

Según Hormazábal (1996) la modernidad se centra en el progreso humano que garantice resultados efectivos para los seres humanos, es por ello que se considera a la modernización como un factor que hace al Estado

conducirse a la modernidad, contribuyendo de esta forma a garantizar una adecuada realidad social.

Asimismo, Orellana (2002) menciona que dentro de la modernización resaltan procesos tales como reingeniería social, benchmarking, outsourcing, todo ello con la finalidad de superar a la administración burocrática de nuestro Estado. En ese sentido, debe entenderse que este proceso se encarga de otorgar mejores competencias a los funcionarios públicos y mejorar la administración de los recursos del Estado, buscando finalmente la eficacia y eficiencia en sus resultados específicos, que estos últimos sean percibidos por la sociedad beneficiada, y que su actuar se oriente a satisfacer las necesidades de la sociedad.

Este proceso se enfoca en el nuevo concepto que enmarca el concepto de la Nueva Gestión Pública, en donde puede evidenciarse el paso de la burocracia a la efectividad en el cual el término gerencia logra adquirir los presupuestos necesarios que permitan incorporar elementos que han tenido éxito en el mercado. Convirtiéndose así, en un aspecto trascendental y fundamental que permite mejorar la calidad y se demuestre en la eficacia de la administración pública teniendo como objetivo alcanzar la gobernabilidad democrática donde el involucramiento de cada uno de los actores involucrados sea efectivo..

Por su parte Arrigada (1995), para que pueda cumplirse con los objetivos del Estado debe iniciar por una transformación estructural de la organización que caracteriza a la administración pública, la burocrática, por tal motivo debe darse un giro en cada una de las costumbres y hábitos de hacer efectivos cada uno de los servicios públicos, creándose e implementándose

mecanismos innovadores que garanticen calidad y eficiencia en el servicio prestado, y estos cambios contemplan a todos los funcionarios públicos por eso deben implementarse políticas de fortalecimiento de recursos humanos, fomentar una formación integral y garantizar el perfeccionamiento profesional.

## **SUBCAPITULO II: FONDO DE COMPENSACIÓN MUNICIPAL**

### **2.1 Antecedentes**

Para tener en cuenta de donde nace este fondo económico debemos hacer referencia a las forma como el Estado distribuye la riqueza del país.

Es por ello que debemos entender los siguientes tipos de presupuesto:

#### **a. PRESUPUESTO TRADICIONAL**

Este tipo de presupuesto se centra en otorgar dinero de acuerdo a las compras que realiza cada entidad, no permitiendo efectivamente la planificación, a veces carece de elementos de información, no permite determinar adecuadamente los objetivos o metas del proceso de planificación.

Se encarga de asignar recursos a los organismos administrativos según su objetivo de gasto, se basa además en el control administrativo y legal, y debido a que no puede medirse los avances no se puede evaluar la eficiencia de los resultados.

Por lo tanto, este presupuesto se encarga de establecer mecanismos que solo buscan determinar la responsabilidad de los funcionarios, significando un proceso único y mecánico.

#### **b. PRESUPUESTO POR PROGRAMAS:**

Mientras que el presupuesto tradicional se centra en las compras del Estado en este tipo de presupuesto se centra en lo que el

gobierno hace, y la programación depende de la forma de cómo se realice, ya sea sectorial, intersectorial, transversal u horizontal, buscando la relación con los objetivos y con los parámetros establecidos en cada necesidad.

Como se basa en programas atiende a la planificación y por tanto se evalúan los objetivos a corto, mediano o largo plazo atendiendo a los objetivos e indicadores planteados en cada programa.

El otorgar presupuesto depende de las metas establecidas y los resultados que puede verificar en el contraste con las necesidades de la sociedad.

En cuanto a la responsabilidad además de verificar la legal y/o financiera, se encarga de establecer responsabilidad por falta de ejecución de metas.

**c. PRESUPUESTO BASE CERO:**

Este presupuesto se encarga de verificar un proceso analítico y estructurado, considerándose como una reevaluación de los programas, teniendo en cuenta que para evaluar cada uno de los programas debe de realizarse desde la partida y tener el valor cero para evaluar los resultados, buscando la eficiencia y eficacia de cada programa.

**d. PRESUPUESTO FUNCIONAL PROGRAMÁTICO:**

Este tipo de presupuesto, se encarga de garantizar la mejora continua del proceso presupuestario, basada en la normatividad y en la puesta en marcha de planes estratégicos que se orienten a mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, considerando para la vía de su ejecución el presupuesto específico, el programa y la función, asimismo se considera como un elemento de análisis a los beneficiarios finales de cada uno de los programas establecidos con metas y objetivos.

**e. DINÁMICA OPERATIVA DEL PRESUPUESTO FUNCIONAL PROGRAMÁTICO:**

El ciclo de acondicionamiento del presupuesto antes mencionado se centra en los siguientes niveles de análisis:

- Institucional, es aquel que es desinado por la Ley de presupuesto cada año, es decir, se tiene en cuenta los Pliegos Presupuestarios.

- Funcional Programáticos, que tiene en cuenta las siguiente categorías:
  - Función, depende de las funciones que deba cumplir cada entidad del Estado, fundamentando su pliego presupuestario en su misión o propósitos propios de cada Entidad.
  - Programa, esa segregación se concentra en cada tipo de función de las entidades del Estado, es decir, que al existir más funciones se encontraran más programas.

En este apartado podemos observar la necesidad de la existencia de los programas, ya que a través de estos se expresan las políticas institucionales, muchas veces se centran en acción independientes para lograr objetivos generales establecidos en su PIA. En ese orden, se puede advertir que los programas se encargan de recoger los lineamientos de cada sector e institucional que se orientan a alcanzar objetivos generales del gobierno de turno.

La selección y ejecución de cada programa puede ser de naturaleza típica o atípica de cada Entidad, ya que estos deben centrarse en la consecución de los objetivos del planeamiento estratégico de cada Sector.

Asimismo encontramos subprogramas que analizaremos a continuación:

- Se dirige a alcanzar objetivos parciales, dependiendo de la especialidad o especificidad de cada Objetivo General.
- Se encarga de mostrar la gestión presupuestaria a nivel de los objetivos parciales, a través de actividades y proyectos, convirtiéndose en las categorías básicas sobre las que se orienta la Gestión del presupuesto, orientados a lograr los objetivos específicos planteados.

En este sentido, debe distinguirse entre actividades y proyectos, en los siguientes considerandos:

- La actividad, se centra en la operatividad y mantenimiento de cada uno de los servicios estatales básicos. Asimismo, representa una producción de acuerdo a las funciones de cada Entidad, considerando para tal fin los procesos vigentes; puede ser medida de acuerdo a lo propuesto teniendo como techo a los componente y metas.



- El proyecto, es un conjunto de acciones que buscan que el servicio se expanda o se perfeccione de acuerdo a cada necesidad, representando en algunos casos, creación, modernización o mejoramiento, se encuentra limitado en el tiempo, y cuando culmina se integra u origina una actividad de cumplimiento permanente.

## **2.2 Definición**

El Fondo de Compensación Municipal (FONCOMUN) es un concepto económico que se encuentra regulado en la Constitución Política de nuestro País, cuyo objetivo es promover la inversión a nivel de los gobiernos subnacionales, y con la modificatoria Normativa de la Ley de Tributación Municipal, este fondo puede ser destinado a gasto corriente y pago de deuda, desnaturalizando la finalidad con la que fue concebido por los legisladores dentro de nuestro Estado.

## **2.3 Componentes**

El Fondo de Compensación, se compone de contribuciones obligatorias tanto de personas naturales como jurídica, recolectada para lograr los fines públicos del gobierno, estas contribuciones tiene carácter no ser recuperadas ni son contraprestativas.

En ese sentido, Cabanellas (1998), sostiene que los impuestos son la contribución, gravámenes, o tributos que se deben pagar, mayormente se realizan con dinero con la finalidad de poder cubrir los gastos del Estado, así como de todas las entidades que dependen de ellos.

*TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE TRIBUTACIÓN MUNICIPAL. D.S. N° 156-2004-EF*

*Artículo 76.- El Impuesto de Promoción Municipal grava con una tasa del 2% las operaciones afectas al régimen del Impuesto General a las Ventas y se rige por sus mismas normas.*

*La devolución de los pagos efectuados en exceso o indebidamente, se efectuarán de acuerdo a las normas que regulan al Impuesto General a las Ventas.*

*Tratándose de devoluciones del Impuesto de Promoción Municipal que hayan sido ordenadas por mandato administrativo o jurisdiccional que tenga la calidad de cosa juzgada, autorizase al Ministerio de Economía y Finanzas a detraer del FONCOMUN, el monto correspondiente a la devolución, la cual se efectuará de acuerdo a las normas que regulan al Impuesto General a las Ventas. Mediante Decreto Supremo se establecerá, entre otros, el monto a detraer, plazos así como los requisitos y procedimientos para efectuar dicha detraición.*

*Artículo 77.- El rendimiento del Impuesto se destinará al Fondo de Compensación Municipal.*

## **El rendimiento del Impuesto de Promoción Municipal.**

### **a) El rendimiento realizado sobre el Impuesto al Rodaje.**

Este gravamen o impuesto se aplica a los combustibles, con una tasa del 8% que varía de acuerdo a los pliegos del presupuesto que afectan a los combustibles dentro de nuestro país, como la variación de los precios en el mercado nacional que se ve afectado por el mercado internacional.

Dentro de la normatividad específica de la Tributación Municipal, expresamente en el artículo 78° del Decreto Supremo N° 156-2004-EF, donde se establece el impuesto de rodaje se rige por el D. Leg. N°8 y el D.S. 009-92-EF, y en el artículo 79° del texto normativo inicialmente mencionado, se establece que el rendimiento de este impuesto se destinara para el FONCOMUN.

**b) El Impuesto a las Embarcaciones de Recreo.**

El porcentaje del 5% del valor del impuesto de las embarcaciones.

En la normatividad que se vienen analizando, respecto a la Tributación Municipal, en su artículo 81° menciona la necesidad crear un impuesto para que paguen las embarcaciones de Recreo, estableciéndose que debe de realizarse de manera anual, y que el responsable de poder pagar ese tributo es del propietario de las embarcaciones o similares, que tendrán que obligatoriamente registrarse en las capitanías de Puerto que se encuentren determinadas por Decreto Legislativo N° 952.

**c) Objetivos**

Dentro de los objetivos que busca el Fondo de Compensación Municipal, es facilitar el cumplimiento de sus objetivos, metas, y lineamientos específicos, así como buscar promover la inversión en cada una de las municipalidades provinciales y distritales, así como

priorizar las localidades rurales (alejadas y deprimidas), brindándoles el doble de la ayuda.

#### **2.4 Evolución histórica de los criterios del FONCOMUN:**

El origen del Fondo de Compensación Municipal (FONCOMUN) data del año 1984, por el artículo 160° de la ley N°24030, surge en un contexto de democracia instaurada por el segundo gobierno de Belaunde Terry. Con una distribución centralista y parcializada que se componía del 1% de IGV, distribuyendo de la siguiente forma: 30% para la Municipalidad de Lima, 35% para las Municipalidades provinciales y el restante 35% para las Municipalidades Distritales.

Luego, en la Constitución Política de Perú de 1993, en su artículo 196° que se encarga de regular los bienes y rentas municipales, menciona que el Fondo de Compensación Municipal tiene una naturaleza redistributiva conforme la normatividad específica, en el mismo año de la aprobación del marco constitucional se aprobó el DL N° 776 donde los recursos para los gobiernos subnacionales se duplicaron, en el sentido que el artículo 76° de la Carta Magna manifestó que el Impuesto de Promoción Municipal (IPM) también se constituiría por 2 puntos porcentuales del IGV (por mandato del artículo 43° de la ley N°24971 de 1988), y su distribución se dio en tres fases: en la 1<sup>ra</sup> fase, el total se repartía en las provincias en base a dos criterios DEMOGRAFIA con el indicador del total de habitantes y POBREZA con el indicador de tasa de mortalidad infantil; en la 2<sup>da</sup> fase, la distribución se daba a nivel distrital, otorgándose el 20% a los municipios provinciales y el 80% para los municipios

distritales, considerando criterios como la población, la pobreza y la ruralidad, finalmente en la 3<sup>ra</sup> fase, se dispuso que el monto mínimo distribuido sea de 8 UITs.

Los criterios antes mencionados se reglamentaron en el DS N° 006 – 94 –EF, donde la lógica adecuada para la distribución no fue la adecuada, considerando que entre los años 2005 al 2009 el presupuesto en FONCOMUN se ha incrementado, pero esto no ha ido de la mano con la ejecución adecuada de los municipios en cada uno de sus niveles.

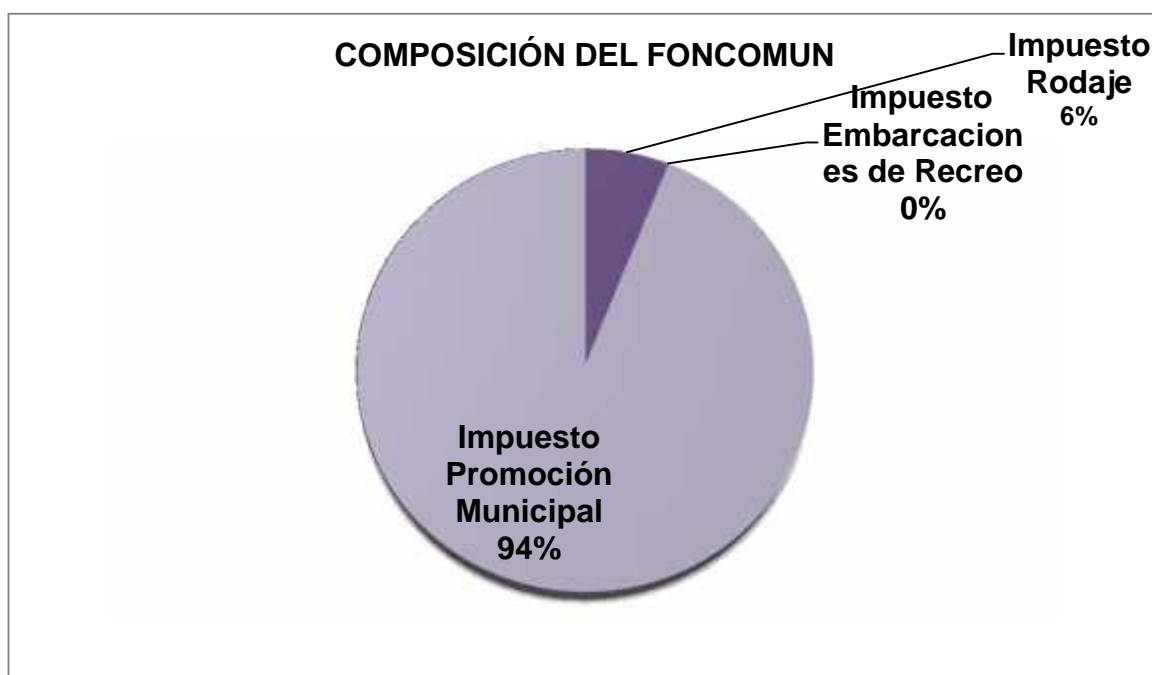
La actual estructura del FONCOMUN, aprobado por el Decreto Supremo N°060-2010-EF, establece en cuanto a asignación geográfica por provincia los criterios de distribución: DEMOGRAFIA con el indicador de población Y POBREZA con el indicador de carencia de servicios básicos. Del monto provincial, el 20% a favor de la municipalidad provincial y el 80% a favor de todas las municipalidades distritales de la provincia, incluida la municipalidad provincial (que participa como un distrito más en esta última distribución) en base a criterios de: RURALIDAD (la población rural será ponderada por dos y la urbana por uno), GESTION MUNICIPAL (con indicadores: generación de ingresos propios y priorización del gasto en inversión) Y EXTENSION TERRITORIAL.

Cuando se menciona servicios básicos, se hace referencia a servicios de agua, energía eléctrica y desagüe tal como está establecido en ley

## 2.5 Recursos

Los recursos del FONCOMUN se han convertido en recursos públicos obtenidos a través de tres fuentes que se obtienen de tres fuentes:

1. Impuesto de Promoción Municipal (IPM): Se financia con el 2% del IGV afectado a todas las compras y ventas realizadas en el territorio nacional, que son recaudadas por el Gobierno a través de la SUNAT, este impuesto representa el 94% del Fondo de Compensación Municipal.
2. Impuesto de Rodaje, se obtiene con el 8% de los impuestos cobrados sobre el combustible, excepto en el GLP y Diesel 2, este impuesto es recaudado por la SUNAT, y ese a su vez representa el 6% del Fondo de Compensación Municipal.
3. Impuesto a las Embarcaciones de Recreo: Se evidencia en el 5% que se cobra como impuesto por la compra de embarcaciones, y representa el 0.13% del Fondo de Compensación Municipal.



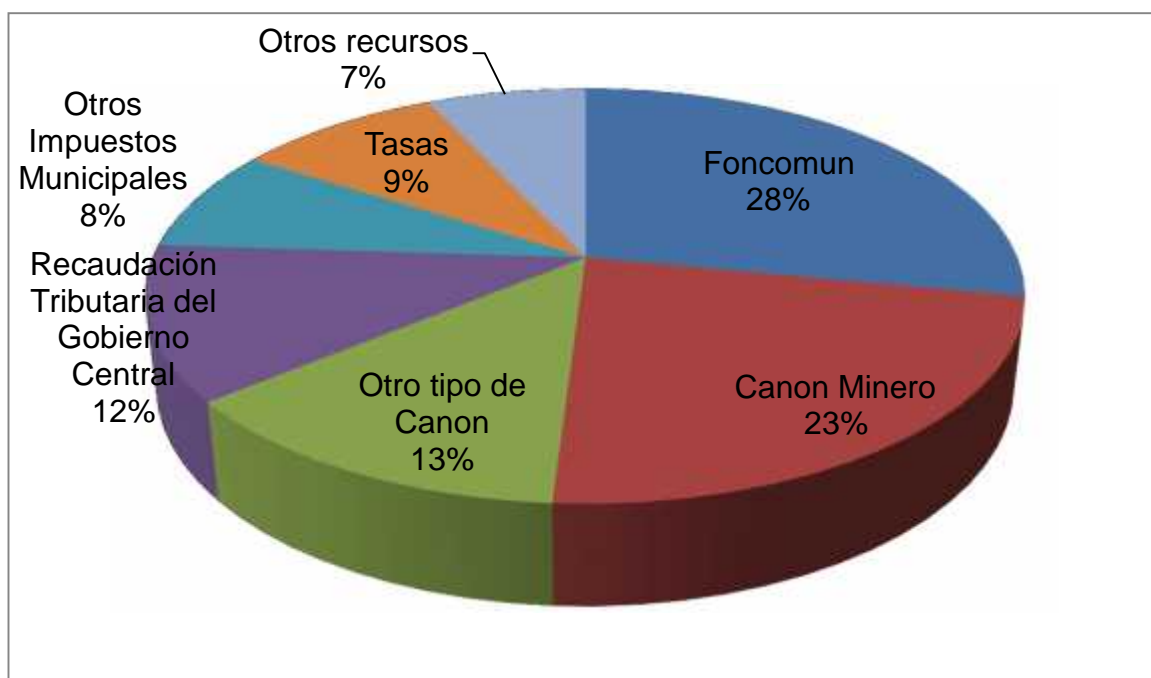
Fuentes: MEF

Debe indicarse que el IPM, es la fuente principal del FONCOMUN, y este a su vez representa solo el 2% que pagamos por nuestras compras por concepto de IGV, es decir, a grosso modo que de cada compra que realiza el ciudadano de a pie el 2% va dirigido directamente al IPM, en contraposición que el Canon Minero se financia con el 50% del impuesto de la renta que pagan las empresas por realizar actividades extractivas.

## **2.6 Fuentes que determinan el Financiamiento de las Municipalidades**

Debe entenderse que la estructura del financiamiento de los Gobiernos Subnacionales provienen de diversas fuentes de financiamiento, como el IGV, impuesto a la renta, tasas cobradas por los servicios prestados, impuestos propios de la Entidad local, tales como el alcabala, el vehicular, predial, entre otros. Debe entenderse que otros conceptos que completan el presupuesto son las transferencias directas que realiza el Gobierno Central tanto a los Gobiernos Regionales como Distritales, siendo estos el Canon Minero, Gasífero y el FONCOMUN.

En ese sentido, debe entenderse que los Gobiernos Subnacionales, pueden financiarse con donaciones o préstamos, quedando la distribución de la siguiente manera:



Fuente: MEF

En el cuadro anteriormente revisado se puede observar que el FONCOMUN representa el 28% del presupuesto de los gobiernos subnacionales, en ese sentido debemos apreciar los procedimientos de recaudación y distribución adecuada de los recursos del Estado.

## 2.7 Forma de cálculo del FONCOMUN

Este fondo depende del número de pobladores, situación de pobreza y del tipo de ruralidad de las municipalidades, es por ello, que se tienen los siguientes criterios para su adecuada distribución:

- Población, donde coherentemente se determina que a más pobladores se otorgaran mayor monto.



- Pobreza, para determinar este indicador se tienen en cuenta la tasa de analfabetismo, mortalidad y aquellas necesidades básicas que no han sido insatisfechas por el Estado.
- Ruralidad, solo se determina dicha condición para poder recibir un monto mayor.
- Monto mínimo, dicho presupuesto no puede ser menor de 8 UITs.

La distribución del FONCOMUN se basa en indicadores e índices tanto provinciales como distritales, que se actualizan cada año por el Ministerio de Economía y Finanzas, siendo los estándares más comunes, los siguientes indicadores:

- Asignación del FONCOMUN, utilizando indicadores como el número de pobladores y las tasas de mortalidad infantil
- Se busca financiar a los Municipios de la siguiente forma
  - A la Municipalidad Provincial se le asigna el 20%
  - A las Municipalidades Distritales, utilizando sub indicadores mencionados en la normatividad se le asigna 80%
- La asignación se realizan de forma mensual, y este debe ser mayor a 8 UITs.
- Transferencia a cada Gobierno Subnacional.

## **2.8 ¿Cómo se calcula el FONCOMUN, es equitativa la distribución?**

La necesidad de una distribución adecuada debe de determinarse teniendo en cuenta la necesidad y la equidad dentro de nuestra población, esta distribución se inicia con la estructura propia de la

pobreza dentro de cada departamento, agrupando a los distritos de cada provincia, y cada provincia dentro de cada uno de los departamento se comparado los índices de pobreza y mortalidad.

## **2.9 La finalidad del FONCOMUN**

Debe entenderse que al inicio este fondo se instituyo para promover la inversión, luego se modificó para permitir un uso más efectivo. Según información de la Contraloría General de la Republica para el año 1999, disponía de un fondo para su gasto corriente, el cual significo el 27% del FONCOMUN.

En el año 2006, el presupuesto por gasto corriente se incrementó hasta el 49%, ya que estos se encargan de cubrir gastos tales como el pago de personal, y los bienes y servicios necesarios para el funcionamiento de las municipalidades.

## **SUBCAPITULO III: TRANSPARENCIA COMO PRINCIPIO DE BUEN GOBIERNO**

### **3.1 Nociones generales sobre buen gobierno**

La necesidad de crear un bueno gobierno, se cimienta en la necesidad de tener un cambio acorde con la estructura de nuestra sociedad, donde se encuentre inmerso las categorías del uso adecuado de los recursos del Estado. Tal como señala Cerrillo (2005) citando a Pierre y Peters, donde

mencionan que las principales deficiencias se centra en la crisis financiera de nuestros Estados, así como la concepción nueva de mercado que maneja en términos globales, exigiendo de esta forma una nueva manera de gobernar y dirigir al país.

Siguiendo a Cerrillo (2005), y teniendo en cuenta este contexto,

el modelo tradicional de gobernar centrado en el rol exclusivo del Estado y sus diferentes organizaciones, con una estructura jerárquica en la cual el proceso de toma de decisiones se adopta en el nivel más alto, ha tenido dificultades para conseguir los objetivos que satisfagan las expectativas y necesidades de la sociedad (p. 11).

Por su parte Peters (2007) atendiendo a la falta de credibilidad de los gobernantes se crearon mecanismos legales donde cada uno de los actores interviniente logre satisfacer las necesidad de su comunidad por tanto se necesitan de mecanismos eficaces y efectivos que conseguir los resultados esperados.

### **3.2 Los principios de buen gobierno**

Según Cerrillo (2005), la concepción de bueno gobierno es aquel que llega a cada uno de los niveles de gobierno de manera oportuna haciendo que la necesidad de cada una de las realidad se logre teniendo en cuenta la necesidad de resultados que sean apreciados por la sociedad en su conjunto, y que la participación se realice teniendo en cuento la gobernabilidad democrática y social, en ese sentido encontramos los siguientes principios:

- De participación, donde se evidencia el involucramiento de cada uno de los niveles de gobierno, así como de los actores intervinientes en cada proceso social.
- De transparencia, que implica en término de gestión pública, un uso adecuado de los recursos del Estado y acceso a la información.
- De responsabilidad, mención que deben internalizar tanto los funcionarios como servidores públicos en el afán de lograr satisfacer las necesidades básicas de la sociedad, y que su atención sea de calidad y oportuna.
- De rendición de cuenta
- De Eficacia
- De coherencia (PUEBLO, 2010) .

### **3.3 El principio de transparencia**

#### **3.3.1 Definición de transparencia**

La transparencia es un principio de los Estados democráticos según el Tribunal Constitucional (Exp. N° 1997-2002-HD/TC), que impone a todos los que ejercen el poder público o participan en funciones públicas el deber de actuar de manera transparente frente a la ciudadanía.

Por lo tanto, se es transparente cuando se ejerce el poder público en público, y se hace conocer a la ciudadanía cómo actúa, qué resultados obtiene y por qué es que funciona como funciona.

### **3.3.2 Aspectos fundamentales del principio de transparencia**

Según Cerrillo (2005) para tener una definición cabal de lo que debemos entender por principio de transparencia, resulta necesario referirnos a tres aspectos esenciales:

- El contenido del principio de transparencia; es decir, qué obligaciones se derivan del mismo por las entidades de la administración pública y, por lo tanto, cuándo puede considerarse este como satisfecho.
- El objeto del principio de transparencia; es decir, qué es lo que debe hacerse transparente
- Las condiciones para el adecuado cumplimiento del principio de transparencia

#### **a. El contenido del principio de transparencia**

Según Alexy (1997), del principio de transparencia se derivan tres tipos de obligaciones para todas las entidades de la administración pública y todos los funcionarios públicos:

- La obligación pasiva de exponerse ante la ciudadanía, como si los funcionarios ocuparan oficinas con paredes de cristal.
- La obligación activa de difundir información sobre los asuntos públicos a su cargo para conocimiento de la ciudadanía

- La obligación de maximizar la transparencia; es decir, de adoptar las medidas que hagan a su función y a los asuntos públicos a su cargo cada vez más transparentes

En consecuencia, solo si un funcionario se expone y difunde los asuntos públicos a su cargo y lo hace disponiendo de medidas que aumentan cada vez más esta exposición y difusión, se puede decir que cumple con el principio de transparencia.

Así, por ejemplo, las disposiciones que establecen que las sesiones del parlamento, de los consejos regionales y municipales, y las audiencias de los tribunales tienen carácter público, en tanto cualquier ciudadano o ciudadana puede observar cómo se desarrollan, son parte del deber de transparencia en su dimensión pasiva de exposición (ALEXY, 1997).

Mientras que las normas que regulan el deber de publicar las normas jurídicas —leyes, decretos, e incluso ciertos actos administrativos— se derivan de la dimensión activa del principio de transparencia, que ordena la difusión o divulgación de los asuntos públicos.

Al deber de maximizar la transparencia, responde, por ejemplo, la implementación de la transmisión televisada de las sesiones del parlamento o la transmisión por la web de las audiencias del Tribunal Constitucional, pues, en ambos casos, el medio adoptado de exposición —la televisión— permite ampliar el número de ciudadanos y ciudadanas a los que se expone este órgano público; es decir, que, gracias a ello, más personas pueden observar su desempeño.

Por eso, cabría esperar que también los Consejos Regionales o Municipales cumplan con el mandato de maximización implementando medidas como las anteriormente descritas, respecto de la publicidad de sus sesiones de Consejo.

Según Aguilar (2006), el deber de maximización requiere no solo que cada funcionario lo considere al momento de ser transparente, sino que obliga al Estado a adoptar una política pública de transparencia, que establezca los lineamientos mínimos que deben seguir los funcionarios para ser transparentes y los mecanismos de control y evaluación que permitan identificar los avances y problemas en el objetivo de maximizar la transparencia. A esto responde, por ejemplo, el seguimiento que hace la Defensoría del Pueblo a los portales de transparencia de los gobiernos regionales y de las municipalidades provinciales en capitales de departamento.

Finalmente, debe señalarse que la exposición y la difusión son obligaciones complementarias. Por eso, los gobiernos no solo deben permitir que la ciudadanía los observe, sino también deben divulgar activamente la información que poseen (AGUILAR, 2006). Así, por ejemplo, filmar las sesiones del Consejo Provincial y enviar copia de los videos a la biblioteca de la universidad pública de la zona son medidas que combinan exposición y difusión con el fin de maximizar la transparencia.

#### **b. Objeto del principio de transparencia**

En lo que se refiere a lo que debe ser objeto de transparencia, el TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública señala que son todas las actividades y disposiciones de las entidades públicas.

Más precisamente Salazar (2008), podemos hablar de tres objetos:

- La organización y funcionamiento de las entidades públicas, que abarcan sus reglas de organización, criterios de decisión, los procesos que desarrolla, etc., con el objeto de mostrar no solo sus resultados institucionales sino también cómo se generan estos
- La gestión de los recursos públicos, y darse cuenta de su origen, conservación y utilización
- Las razones que según las propias entidades públicas justifican las decisiones adoptadas sobre la organización, el funcionamiento y la gestión de los recursos públicos

El tercer objeto de transparencia que exige a la administración pública dar razones de su actuación viene a servir de garantía de que la discrecionalidad de los poderes públicos no terminará en su ejercicio arbitrario (SALAZAR, Pedro (Coord.), 2008).

Pues, como veíamos en el tema anterior, la discrecionalidad puede estar presente tanto en las labores más generales de la función pública, como es la elaboración de las políticas públicas, pero también en las más concretas, como sería determinar si un grupo de personas califica para ser beneficiarias del seguro integral de salud o de cualquier otra ayuda social financiada con fondos públicos. Entonces, será transparente la entidad pública cuando cumpla con dar las razones que motiva la adopción de determinada política



pública en el primer caso, o cuando publicite las razones de su rechazo o aceptación del empadronamiento de personas en el segundo caso.

### **c. Condiciones para el adecuado cumplimiento del principio de transparencia**

Según Cunill (2006) no cualquier tipo de información que la administración pública difunda sobre los objetos antes vistos cumple con los fines de la transparencia; se requiere, además, que esta satisfaga los requisitos de accesibilidad, relevancia, confiabilidad, calidad, comprensibilidad y oportunidad.

#### **– Accesible**

Para ser accesible la exposición o difusión de la información debe colaborar a reducir las barreras que la ciudadanía tiene que superar para poder participar de la observación de la función expuesta o de la información difundida (CUNILL, 2006).

Así, en el ejemplo antes citado, cuando el Tribunal Constitucional coloca en su página web sus audiencias, las hace más accesibles, puesto que reduce el obstáculo de la distancia que tienen los ciudadanos y ciudadanas que viven en provincias para participar en la observación del desarrollo de estos procesos. Por eso, también valdría reclamar que otras instituciones públicas —a nivel nacional o subnacional— también hagan accesible su exposición a las personas que residen en lugares muy distantes de donde se encuentran tales instituciones.

Sin embargo, la distancia es solo una de las barreras de acceso que las entidades públicas deben procurar reducir para efectos de hacer que la publicidad de sus actos sea accesible a toda la ciudadanía. Otra, igual o más importante, es la barrera del idioma, de ahí la importancia de adoptar las medidas necesarias para que la información expuesta o difundida a la ciudadanía se exprese, por lo menos, en las lenguas predominantes en la zona en que actúa la entidad pública.

– **Relevancia**

Se considera que la información expuesta o difundida por las entidades de la administración pública es relevante cuando sirve para que la ciudadanía pueda formarse juicios completos sobre el estado de los asuntos públicos y el desempeño de la función pública (CUNILL, 2006).

Para ello, se necesita, por lo menos, que la información dada a conocer se presente de manera conjunta en torno a los servicios públicos que presta la entidad de la administración pública. Así, por ejemplo, si bien hacer público el presupuesto general de la Dirección Regional de Educación resulta útil, ello no debería impedir que la entidad haga público cuál ha sido la evolución de la inversión realizada en la educación inicial o educación bilingüe en el transcurso de los años.

– **Confiabilidad**

La información es confiable cuando la entidad pública la transmite respetando el principio de neutralidad, que le impide tomar partido por alguna de las partes involucradas en el asunto público del que se informa, aun cuando ella misma esté implicada (CUNILL, 2006).

Por eso, la información sobre obras públicas u otro asunto público que se transmite en los actos proselitistas no constituye parte del principio de transparencia pública aquí estudiado, porque no se presenta neutralmente y está animadas por un interés de destacar solo los éxitos y obtener un beneficio por su difusión.

– **Calidad**

La información presentada por las entidades públicas no debe tener errores u omisiones, pues, aunque involuntarias, estas terminan afectando directamente su calidad e indirectamente su confiabilidad (CUNILL, 2006).

– **Comprensibilidad**

La información no cumple con su función si no es presentada bajo formas que la hagan comprensible, sobre todo con respecto al lenguaje o las formas de expresión. Los ejemplos más comunes suelen ser los casos de información económica —presupuestos— o jurídicos, puesto que el lenguaje que utilizan contiene expresiones técnicas que requieren una explicación adicional (CUNILL, 2006).

Sin embargo, en algunos casos, no solo se usa este lenguaje técnico, sino que también se “abusa” del mismo, defecto del que mayormente

padece la información que sobre ejecución presupuestal se difunde a través de los portales de transparencia.

Por eso, ser transparente no solo exige la publicación de este tipo de información, sino también un esfuerzo de la autoridad por utilizar un lenguaje más comprensible a la ciudadanía.

Sin perjuicio del deber de las entidades de la administración pública de hacer más comprensible la información que exponen o difunden, debe destacarse la función de “traductores” que cumplen entidades, o de la sociedad civil, como las ONG; en tanto, hacen más entendible la información pública con el objetivo de facilitar la comprensión entre el Estado y la ciudadanía (CUNILL, 2006).

– **Oportunidad**

La información debe ser puesta a disposición de la ciudadanía con la previsión suficiente como para que esta pueda cumplir con su fin principal de sostener y promover un sistema democrático, sobre todo, permitir la participación ciudadana en los asuntos públicos.

De lo dicho hasta el momento se puede señalar que el buen gobierno implica una adecuada participación de la ciudadanía en la toma de decisiones y en el control de los funcionarios , pero ello solo será posible si existe transparencia en la actuación de los diferentes niveles de gobierno, se

respete el Estado democrático de derecho y haya responsabilidad de los gobernantes frente a los gobernados.

En nuestra realidad, se puede observar que los servidores o funcionarios que ingresan a cargos públicos carecen de la funcionalidad del mismo, y “el llegar a aprender” implica un desgaste para la estructura del estado, desperdicio de presupuesto y de materia prima, en ese sentido el control por parte de la ciudadanía o el propio debe garantizar antes que un menoscabo a las funciones del funcionario, una apertura a garantizar la transparencia dentro de la gestión pública.

Según Mezones (2006), la desconfianza que se ha generado en la administración pública por parte de los ciudadanos quebranta la relación entre la sociedad y el Estado. Por ello, resulta urgente restablecer esa confianza y siendo necesario para lograr dichos objetivos crear estándares de valor ético dentro del sector público, asimismo es necesario una ética pública, entendida como el conjunto de usos y costumbres que deberían garantizar la efectividad de las decisiones y el control debe permitir la transparencia dentro de la gestión de cada gobierno, fortaleciendo de esta forma el sistema democrático de nuestro país.

Ello implica, la necesidad de construir nuevos lineamientos de realidad social, donde la relación de costumbre y el actuar sean coetáneas y no superficiales que permitan tener una concepción clara de la realidad, donde se manifieste la necesidad de crear mecanismos eficaces y efectivos dentro de cada estrato social, garantizando de esta forma transparencia dentro del

actuar de cada gobierno y que la necesidad de repensar realidades modernas, no nos aleje de lo real. (MEZONES, 2006).

### **3.4 Conceptos generales de ética.**

#### **3.4.1 Ética y moral**

Debemos comenzar precisando que si bien algunas corrientes de estudios asignan a las palabras ética y moral significados distintos, en el presente trabajo vamos a utilizarlas como sinónimos, pues las raíces griega –ethos- y latina –mos- de cada una de ellas hace referencia al mismo significado: costumbre o carácter de un individuo o una sociedad (Giusti, 1999).

Ambas inciden en la íntima vinculación de la ética con el comportamiento humano, en el ámbito individual y como parte de un colectivo o comunidad política.

#### **3.4.2 Los distintos planos de la ética**

Cuando hablamos de ética, podemos hacerlo en tres planos diferentes: el plano teórico, el plano práctico, y el plano del juicio ético o moral.

- a. En el plano teórico de la ética, se plantean las propuestas de cuál es la “mejor manera de vivir y convivir” y cómo deberían comportarse los ciudadanos para alcanzarla. En la historia, se han planteado diferentes propuestas de este tipo.

Los defensores de la ética del bien común sostienen que la mejor manera de vivir es respetar y cultivar el sistema de valores de la

propia comunidad y, por eso, los individuos deberían guiar su comportamiento por los valores de la tradición o los valores que la comunidad ha transmitido durante el tiempo a todos sus miembros (Giusti, Debates de ética contemporánea, 2007).

Así, por ejemplo, si en una sociedad la “reciprocidad” es un valor fundamental, porque consideran que ser recíprocos es la mejor forma de vivir y convivir, entonces, quien acepte esta propuesta teórica de la ética (la ética del bien común) dirá que los ciudadanos en esa sociedad deberían comportarse de manera que sean recíprocos.

De otra parte, Giusti (2007), los que defienden la ética de la autonomía sostienen que la mejor manera de vivir es construir una sociedad justa para todos los seres humanos; para eso, los ciudadanos deberían ejercer su libertad sin que ello restrinja la libertad de los otros, deberían comportarse según la norma general que permite esta convivencia de la libertad de todos.

Así, por ejemplo, si para que sea posible que todos ejerzan su libertad se requiere que el Estado se abstenga de imponer una determinada religión (libertad de religión), entonces, quien asuma esta concepción ética dirá que ningún ciudadano puede imponer a otro ciertos valores religiosos en contra de su voluntad.

- b. En el plano práctico, más que reflexionar sobre cuál es ese sistema de valores o creencias que puede ser la “mejor manera de vivir y convivir”, la ética se fija en cuál es la manera en que los individuos se

están comportando en los hechos, cuál es su forma de vivir o la forma en que ellos están viviendo, porque, detrás de sus comportamientos, está implícita su idea de cuál es la mejor manera de vivir, es decir, su concepción valorativa de la vida como lo expresáramos más arriba.

Sucede con la dimensión práctica de la ética lo mismo que con la dimensión práctica del pensamiento. En efecto, nosotros pensamos, razonamos y tomamos decisiones; pero no reflexionamos sobre cómo pensamos, simplemente pensamos. Sucede así, que nosotros actuamos pero no siempre reflexionamos sobre cómo o por qué actuamos de una manera y no de otra; si reflexionamos sobre nuestro comportamiento y los valores que están guiando nuestra forma de vivir, podemos encontrar nuestra concepción ética y, siendo conscientes de ella, ya será nuestra opción mantenerla o modificarla (Giusti, *Alas y raíces. Ensayos sobre ética y modernidad*, 1999).

Así, por ejemplo, si los ciudadanos de una comunidad que renuevan constantemente y en plazos muy breves sus bienes, tales como aparatos eléctricos o vestidos, aunque estos todavía sirvan para su fin original –ver televisión o cubrirse del frío– o adquieran en exceso bienes poco útiles –como joyas, etc. – puede que no tengan una concepción elaborada sobre cuál es la mejor “manera de vivir y convivir”; pero si ellos u otras personas reflexionan sobre su comportamiento, pueden descubrir que implícitamente en esta sociedad la mejor manera de vivir y convivir es accediendo a bienes nuevos aunque poco útiles, y no lo es preocuparse por los recursos que se necesitan para producir esos bienes.



- c. El juicio moral vincula el plano teórico y práctico de la ética, ya que juzga si una forma de comportarse de un sujeto o una sociedad (el plano práctico) se adecua o difiere del ideal que tenemos de cómo debería comportarse ese sujeto o esa sociedad para alcanzar la mejor manera de vivir o convivir (el plano teórico) (Giusti, Debates de ética contemporánea, 2007).

Por ejemplo, si en esa comunidad en que la reciprocidad era parte de la mejor forma de vivir y convivir los pobladores del Anexo A no devuelven la jornada de trabajo con la que antes les ayudaron los pobladores del Anexo B, este comportamiento puede juzgarse moralmente. Y el juicio moral dependerá de cual sea la concepción teórica de la ética que acepta quien juzga. Así, si quien juzga acepta la ética del bien común, dirá que la actuación de los pobladores del Anexo A no es ética, mientras que si el que juzga tiene una ética utilitaria –conseguir el máximo beneficio–, dirá que el comportamiento sí es ético, porque ellos no les prometieron a los pobladores del Anexo B que les devolverían el apoyo de la misma manera.

### **3.5 Ética de máximos y ética de mínimos.**

Según Giusti (2007) para hablar de ética en las sociedades modernas es necesario diferenciar entre dos dimensiones de ésta. De un lado, está la denominada ética de máximos o ética privada, que se refiere a las doctrinas comprensivas del bien; y, del otro, la ética de mínimos, ética cívica o ética pública, que corresponde a la concepción moral de la justicia para la estructura básica de la sociedad.

### **3.5.1 Ética de máximos (ética privada o individual).**

La ética privada es construida libremente por los individuos; son ellos quienes eligen los valores o normas que los guiarán hacia su propia realización como ser humano; es, en suma, su proyecto personal de felicidad. Pero el sujeto no la construye desde cero, lo que suele suceder es que para formarla elige de entre los valores y normas que le ofrecen la familia, la comunidad, la formación académica, etc.

Si bien la ética se forma en mi mundo privado, su expresión no se restringe al ámbito privado de mi hogar o de mi comunidad, todo lo contrario, tiene una vocación por expresarse en el escenario público (Cortina, 1998).

Así, por ejemplo, tanto la religión que profeso como mi opción política son parte de mi ética privada, las elegí libremente y guían mi comportamiento para lo que yo creo permite mi realización y mi felicidad; sin embargo, las manifiesto en mi comportamiento público, ya sea en procesiones o en campañas políticas.

Por eso, en una misma sociedad, existe una pluralidad de éticas privadas o proyectos morales individuales o grupales conviviendo, y lo que hace posible esa convivencia es precisamente la ética de mínimos o ética pública.

### **3.5.2 Ética de mínimos (ética ciudadana o ética pública).**

El objetivo de la ética pública no es sustentar un proyecto personal de felicidad, sino establecer los valores y normas que permitan que todos los

individuos que participan en el escenario público puedan relacionarse o convivir de la mejor manera posible, realizando sus proyectos personales de felicidad, sin interferir en los proyectos de otras personas.

Por eso, la ética pública no es fruto de una decisión personal como la ética privada, sino que se ha construido en el proceso histórico. Los valores y principios que en diferentes momentos las sociedades utilizaron para regular la convivencia de sus ciudadanos han sido puestos a prueba por la historia, de tal manera que, en ese proceso, algunos se han ido descartando y otros se han ido reservando; estos últimos –que son los que han pasado la prueba– son los que conforman la ética pública (Cortina, 1998).

Pero así como la ética individual no era una ética restringida al ámbito de la vida privada, tampoco la ética pública debe confundirse con la ética de las organizaciones del Estado.

Cortina (1998), la ética pública no es estatal, es más amplia, porque se proyecta en ese espacio público en el que se encuentran, tanto la ciudadanía – organizada o no organizada- como las instituciones del Estado.

Entre los valores y normas que conforman la ética pública de las sociedades modernas, destaca la dignidad humana como valor último; por su dignidad, todo ser humano es un fin en sí mismo y nunca un medio para conseguir otro fin. Los derechos humanos o fundamentales desarrollan los diferentes contenidos de la dignidad humana; y por ello, la mejor manera de convivir es que todos los sujetos que actúan en el espacio público respeten y promuevan estos derechos.

Pero la ética pública también comprende valores que hacen posible este respeto y promoción de los derechos humanos, tales como la libertad, igualdad, solidaridad, seguridad jurídica, tolerancia, actitud de diálogo y el principio de la limitación del poder, que grosso modo pueden ser resumidos en el valor de justicia (Cortina, 1998).

Por eso podemos definir a la ética pública como:

El sistema de relaciones en la esfera pública, basados en el criterio de justicia, respetuosas de las normas y derechos humanos, en las que intervienen instituciones del Estado, entidades económicas y empresariales, organizaciones y asociaciones cívicas, actividades profesionales y la opinión pública en general.

Finalmente, hay que tener presente que buena parte de los valores y principios de la ética pública han sido incorporados en las constituciones de los Estados contemporáneos –en lo que se ha llamado constitucionalismo de principios– bajo el nombre de principios y derechos fundamentales (como la transparencia y la libertad de acceso a la información) y bienes constitucionales (como la seguridad jurídica).

### **3.5.3 Ética de mínimos (pública o cívica) y la participación de la ciudadanía**

Según Giusti (2007), las relaciones que ciudadanos y ciudadanas establecen en el ámbito público con las instituciones del Estado se desarrollan sobre un carril de doble vía, pues mientras las instituciones del Estado tienen como fin defender y promover los derechos fundamentales y los bienes

constitucionales, por su parte, ellos también tienen el compromiso de participar para que esto sea posible.

Así, el primer nivel en que la ciudadanía hace valer este compromiso es ejerciendo sus derechos electorales; para ello, constituyen organizaciones políticas, buscan ser elegidos para ejercer funciones públicas o eligen. Mediante este derecho no sólo decide quienes ejercerán el poder político, sino que también controlan su ejercicio. En efecto, si reeligen a un candidato es porque aprueban su gestión, mientras que si no lo reeligen se considera que lo sancionan.

Sin embargo, los ciudadanos también tienen derecho a participar en los asuntos públicos –políticos, económicos, sociales y culturales– de la nación, sea individual u organizadamente. Esta participación puede insertarse en los diferentes momentos en que se ejerce el poder público –al tomar las decisiones públicas o luego de implementadas–, así como ante las diferentes instancias de éste –gobiernos locales, entidades especializadas, etc. –.

Pero junto con los derechos viene la responsabilidad. Por eso, los ciudadanos no sólo eligen a sus representantes, sino que también son responsables de la calidad de los candidatos que se presentan para ser elegidos –porque, para ello, organizan partidos políticos– o de no votar por quien consideran mejor capacitados –absteniéndose–; también son responsables de ejercer una oposición política constructiva, de velar por el buen uso del patrimonio público, del patrimonio ambiental y cultural de la nación, por el correcto comportamiento de las corporaciones privadas, etc.

En resumen, la ética pública hace de la participación ciudadana no sólo un derecho sino también un deber. El ciudadano/a no sólo puede ejercer sus derechos, sino que es responsable por su no ejercicio o por la manera en que lo ejerce, porque tanto su omisión como su acción afectan la esfera pública que todos compartimos.

#### **3.5.4 Relaciones entre la ética privada y la ética pública**

Si bien ética privada y ética pública son diferentes, la salud de la sociedad moderna requiere que ambas se desarrollen en una relación dinámica e interdependiente en la que:

- a. Se mantengan separadas y no se confundan en una, ya que ni el Estado puede negarles a las personas un ámbito de autonomía en el que deciden sus proyectos morales de felicidad, ni puede imponerles un proyecto concreto, como sucedería si les impusiese una religión. Un Estado con estas características dejaría de ser democrático y pasaría a ser totalitario (Cortina, 1998).
- b. La ética de mínimos garantice la realización y convivencia de las diferentes éticas de máximos de los individuos o grupos en la sociedad (Cortina, 1998).

Esto exige que la ética mínima o ética pública acepte y defienda el pluralismo; esto significa que cada persona pueda optar por su proyecto personal de felicidad, que pueda manifestarlo en el escenario público y, finalmente, que también pueda contar con que el

Estado protegerá cada uno de estos proyectos para que no puedan ser interferidos por otros sujetos.

- c. Se dejen abiertas las posibilidades para que la ética de mínimos pueda nutrirse de las propuestas de las diferentes éticas de máximos, siempre y cuando se respeten los criterios impuestos por la ética de mínimos, como, por ejemplo, el requisito de un consenso o una mayoría especialmente cualificada (Cortina, 1998).

Cortina (1998) citando a Walzer relata una experiencia que podría ser la de cualquiera de nosotros. Nos dice que, mientras se encontraba viendo el noticiero en su casa de EE.UU, era testigo de una marcha en Praga en la que los manifestantes llevaban pancartas que reivindicaban valores de justicia, libertad e igualdad. Walzer señala que, a pesar de estar lejos de Praga, sentía como si él mismo estuviera marchando con aquellos manifestantes, identificándose con los valores que defendían en ese momento. Aunque también es cierto que, en un segundo momento, si se discutiera respecto al contenido de los valores que reivindicaban los manifestantes, habría diferencias importantes sobre lo que cada uno considera que representan.

### **3.6 Ética pública: imperio de la ley y los derechos ciudadanos**

Del paradigma acogido en la modernidad según el cual el sujeto es valioso en tanto es siempre un fin en sí mismo y nunca un medio –como expresión de su dignidad humana–, de modo que precede a la sociedad y al propio

Estado, se deriva uno de los principales contenidos de la ética pública: los derechos fundamentales.

Pero reconocer y declarar a los derechos como fines valiosos –que derivan de la calidad del propio individuo– supone establecer un medio eficaz para realizarlos, protegerlos y promoverlos; este medio no es otro que el Estado y todas las instituciones que lo conforman. De esta manera, afirmar la naturaleza instrumental del Estado es reconocer que su principal función – que es la que da sentido a su existencia– es la realización y promoción de los derechos fundamentales (Giusti, *Alas y raíces. Ensayos sobre ética y modernidad*, 1999).

A su vez, también existen valores que, si bien no pueden ser considerados directamente como derechos humanos, constituyen una condición para su adecuada realización. Estos se conocen como bienes constitucionales; entre ellos, están la justicia, la solidaridad, la seguridad y salud pública.

Por lo tanto, ambos, derechos fundamentales y bienes constitucionales, conforman el interés público o bien común, único objetivo para el cual fueron constituidas las instituciones del Estado.

Sin embargo, Prieto (2000) para asegurar que el Estado cumpla con esta función, es decir, que ejerza su poder únicamente con este fin, se requiere de varias garantías; la primera de ellas en su sometimiento al derecho o a lo que también se conoce como el imperio de las leyes por contraposición a la figura del gobierno de los hombres.

De igual forma, Garcia de Enterría (2001), mediante esta formulación se quería dar a entender que, siendo todas las personas iguales, ninguna de



ellas podía gobernar sobre las otras, sino sólo la ley sobre todas. Por eso, las instituciones públicas sólo podían ejercer las funciones que la ley les había reconocido –realizar el interés público– en la medida, con los procedimientos y bajo las condiciones que la propia ley ha establecido de manera previa.

Pero la fórmula del imperio de las leyes es reformulada de manera más detallada en la figura del Estado de derecho, que –informado por la ética pública– condensa la relación entre Estado y ciudadanía en cuatro principios (Díaz, 1981):

- a. El imperio de la ley, entendida ésta como expresión de la voluntad popular
- b. La división de poderes, con la finalidad de que esta dispersión entre sus titulares genere un sistema de “frenos y contrapesos” que limite la actuación de cada uno de ellos
- c. Legalidad de la administración, o actuación de ésta según ley y suficiente control judicial.
- d. El respeto por los derechos fundamentales

### **3.7 Ética aplicada a la función pública**

La ética aplicada a la función pública hace referencia a los valores y principios que, derivados de la ética pública, guían la actuación de todas las instituciones que conforman el Estado, y; le permiten mantener niveles aceptables de legitimidad y confianza ciudadana.

La infracción de estos principios ocasiona una progresiva pérdida de confianza en el Estado, que afecta directamente a la gobernabilidad, es decir, a la eficiencia y eficacia del gobierno y, con ello, a la realización del interés público.

La ética de la función pública no se identifica con el derecho, pues este resulta insuficiente para asegurarla. Para ello –para formar hombres virtuosos (Cortina, 1998). Por ejemplo–, la ética de la función pública requiere abarcar otros campos, como las reformas educativas, la gestión administrativa, la cultura organizativa, etc. Sin embargo, lo cierto es que, luego de experimentar momentos de crisis de la confianza en las instancias públicas, las sociedades han recurrido a la vía jurídica para “reforzar” los valores y principios que consideran indispensables en la función pública (Odette Vélez, 2015).

Esto es precisamente lo que ha sucedido en nuestro país luego de quedar en evidencia los bajos niveles éticos de nuestras instituciones públicas y de sus funcionarios durante la década de los noventa. Para reforzar los valores y principios de la función pública se ha intentado constituir comisiones de ética y establecer cuerpos normativos que regulan de manera precisa o general diferentes aspectos de la ética pública. Entre estos últimos, destaca el Código de Ética de la Función Pública.

Pero, antes de revisar cuáles son estos valores y principios de la función pública, debe precisarse quienes son los destinatarios de la misma, ya que si bien aparentemente lo son los funcionarios públicos, quiénes son éstos no resultan tan evidentes.

### **3.7.1 Los sujetos de la ética de la función pública: entre funcionarios públicos y entidades de la administración pública**

Nuestro sistema normativo hace mención, a veces en forma conjunta y a veces por separado, a las entidades de la administración pública y a los funcionarios públicos.

Las normas pueden tener una definición amplia o restringida de qué se entiende por funcionario público. Así, mientras que el Código de Ética de la Función Pública considera que son empleados públicos, todo funcionario o servidor, ya sea que labore de forma remunerada o gratuita. En cambio, la Ley Marco del Empleo Público acoge una definición más estricta al diferenciar entre funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos. Nosotros vamos a asumir la definición amplia del Código de Ética.

De otra parte, la Ley del Procedimiento Administrativo General señala que son entidades de la administración pública no sólo los organismos del Estado o las entidades sujetas a normas de derecho público, sino también las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia, así como las empresas del Estado.

Por lo tanto, si tenemos en cuenta que el Código de Ética de la Función Pública se aplica, según él mismo lo dispone, a todas las personas que desempeñan una labor en una entidad de la administración pública; entonces, también los empleados de las personas de derecho privado, como

la Telefónica o Luz del Sur, y los empleados de las empresas del Estado están obligados a cumplir con los principios, deberes y prohibiciones que dispone este Código.

Asimismo, la función notarial tiene naturaleza de función pública, razón por la cual, en principio, por lo menos, valdría considerar que también el notario se encuentra sujeto a las disposiciones del Código de Ética de la Función Pública, las mismas que coinciden en mucho con el Código de Ética del Notariado.

En consecuencia, los que deben sujetar su actuación a los principios éticos de la función pública son todas las persona que laboran, sea de forma remunerada o gratuita, en un organismo sujeto a derecho público, una empresa del Estado, o en una persona jurídica de derecho privado que presta servicios públicos, incluyendo a los notarios.

### **3.7.2 Principio de vinculación positiva a la ley de la administración pública**

El principio de limitación del poder o del gobierno de las leyes y no de los hombres se traduce en el terreno de la administración pública, en el principio de vinculación positiva a la ley. Según éste, la administración sólo puede actuar si existe una norma que habilite su actuación o si puede sustentarse en una norma que la respalde (García de Enterría, 2001).

¿Pero a qué le vincula la ley? Si, como hemos visto, el Estado es instrumental en tanto su fin es servir al interés público, conformado por derechos fundamentales y bienes constitucionales, la ley no puede sino

vincular a la administración pública a la realización de este interés, y no a ningún otro.

En otras palabras, la ley vincula a la administración pública a la realización de los fines que cumplen el interés público en casos concretos. Pero también la vincula a que lo haga bajo ciertas formas, procedimiento y circunstancias que ella misma establece.

Así, por ejemplo, cuando el artículo 21 de la Constitución señala que el patrimonio cultural está protegido por el Estado, vincula a la administración pública a actuar para procurar su conservación, defensa y demás medidas que conduzcan a su protección. De igual manera, cuando el artículo 138 de la misma Carta Fundamental señala que los jueces prefieren la norma constitucional sobre la legal, vincula a la administración judicial a todas las medidas que deben adoptar para hacer primar la Constitución.

Este principio constitucional es desarrollado por la Ley 27444, cuando precisa que la administración pública debe servir a la protección del interés general, garantizando los derechos y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico general; siempre dentro de las facultades que se le han atribuido y de acuerdo a los fines para los cuales les fueron conferidas.

Pero, a pesar de su amplio reconocimiento en las sociedades democráticas, el desarrollo del principio de vinculación positiva de la administración no ha estado libre de dificultades que afrontar; la más importante es aquella referida a la atribución y regulación de los poderes discrecionales o de cuotas de discrecionalidad en los mismos. En efecto, ya nadie niega la inevitable existencia –más allá que unos los consideren positiva y tiendan a

ampliarla, y otros negativa y tiendan a reducirla— de una cuota de discrecionalidad en los poderes no sólo políticos —de las autoridades representativas electas— sino también públicos —como son los de las autoridades no elegidas— de las autoridades en un Estado de derecho.

Por lo tanto, el debate se reconduce actualmente a la magnitud de discrecionalidad que un Estado de derecho puede soportar sin que se disuelva el principio de limitación del poder y que, por ello, deje de ser tal; así como a las posibilidades de su reducción o control por diferentes mecanismos (García de Enterría, 2001).

#### **a. La arbitrariedad prohibida**

Para comprender la discrecionalidad debe partirse por diferenciarla radicalmente de la arbitrariedad, pues ésta debe ser rechazada por contraria al derecho mientras que aquella debe ser admitida por necesaria para el derecho.

Por eso, un primer elemento fundamental que diferencia la discrecionalidad de la arbitrariedad es la motivación. El poder discrecional da razones que explican y justifican su ejercicio en el derecho, mientras el poder arbitrario no da razón alguna porque es pura voluntad.

Así lo ratifica el Tribunal Constitucional cuando, en su jurisprudencia, deja sin efecto los actos realizados en ejercicio del poder público discrecional porque éstos no cuentan con una motivación que permita advertir que se han ejercido en respeto del principio de razonabilidad y, por lo tanto, devienen en arbitrarios (Así sucede en los Jesús Eloy Alfaro Rozas Exp. N.º 2763-2003-AC/TC; y Empresa de Transportes Sol del Perú, Exp. N.º 2488-2004-AA/TC.).

#### **b. La discrecionalidad permitida**

El poder público puede ser reglado o discrecional. Es reglado cuando las normas precisan no sólo el fin o el interés público que debe realizar, sino también cuándo, cómo y cuál debe ser la actuación que debe desarrollar la administración pública, dejando poco o nada a ser decidido por ella misma.

Así, por ejemplo, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información y su respectivo Reglamento establecen una potestad reglada cuando disponen qué deben publicar las entidades de la administración pública, dónde deben hacerlo (en sus portales institucionales) y cuándo tiene que hacerlo (por lo menos, una vez al mes).

Así, por ejemplo, las administraciones públicas tienen discrecionalidad para decidir cuál será el mecanismo que implementarán para cumplir con su función de permitir el acceso directo e inmediato a la información pública durante las horas de atención. Pueden elegir entre varias medidas que cumplan el fin –acceso a la información en su local–, puede

designar personal para que preste informes o implementar una cabina de Internet para los usuarios. En su búsqueda de criterios, deben tener en cuenta los establecidos por el Tribunal Constitucional sobre la necesidad de que la información sea cierta y completa, o el principio de igualdad, que exige que los mecanismos que implemente permitan el acceso a personas con discapacidad.

Para comprender mejor la discrecionalidad debemos hacer referencia a cuatro características esenciales de ésta:

- Se reduce a algunos elementos del ejercicio del poder público (poder discrecional).
- Existen diferentes tipos de discrecionalidad.
- El ejercicio de la discrecionalidad supone establecer los criterios suficientes y necesarios para su acción.
- El poder discrecional es siempre un poder de ejercicio debido y no libre.

A continuación, ampliaremos cada una de las características anteriores.

#### ○ **Los elementos no discrecionales de un poder discrecional**

Sin embargo, como hemos visto en el ejemplo anterior, la discrecionalidad sólo se reduce a algunos elementos del ejercicio del poder público, mientras los demás siempre son reglados y deben cumplirse tal como la norma lo prescribe. Estos elementos no discrecionales son los referidos a la competencia, la finalidad para cuyo cumplimiento ha sido establecido el poder público, la existencia de los hechos que autorizan su ejercicio, el procedimiento establecido en la ley,



y la obligación de expresar la motivación que justifica el ejercicio del poder y el sentido de éste (García de Enterría, 2001).

o **Los tipos de discrecionalidad**

Nuestro Tribunal Constitucional, al pronunciarse en el caso Juan Carlos Callegari Herazo, Expediente No. 00090-2004-AA/TC, ha establecido tipos o grados de discrecionalidad, dependiendo de cuál sea el elemento en que ésta se encuentre, es decir, en el cuándo, en el cómo debe ejercerse o en el cuál debe ser el resultado que su ejercicio produzca.

- Si las normas jurídicas no determinan cómo debe actuar el encargado del poder público, porque le permite optar entre varias alternativas sin decirle cuál de todas debe adoptar, estamos ante lo que el Tribunal llama discrecionalidad menor

Se presenta un caso de discrecionalidad menor cuando la Ley Orgánica de Municipalidades establece que el alcalde puede proponer la creación de empresas municipales bajo cualquiera de las modalidades previstas por la legislación que regula la actividad empresarial. Por lo tanto, será una decisión discrecional si la empresa municipal debe crearse bajo la forma de sociedad anónima abierta o cerrada.

- Si las normas jurídicas no determinan cuándo debe ejercerse el poder público, porque no ofrecen suficientes criterios jurídicos para determinar si es que el supuesto de hecho, del que dependen su

ejercicio, se ha verificado o no en el caso concreto, estamos ante lo que el Tribunal Constitucional llama discrecionalidad intermedia.

Así, por ejemplo, la norma que le encarga al presidente de la república aprobar el pase a retiro de personal policial por renovación de acuerdo a las necesidades que determine la institución policial es un poder discrecional en tanto no establece en qué supuestos corresponde el pase a retiro de unos y no de otros policías. Es decir, porque la norma no proporciona un criterio para decidir, entonces, la discrecionalidad consiste en elegir un criterio que permita decidir en estos casos.

- Si las normas jurídicas no ofrecen criterios necesarios y suficientes sobre cuál es el resultado que debe producir el ejercicio del poder público, estamos ante lo que el Tribunal llama discrecionalidad mayor y la doctrina llama discrecionalidad de planificación o configuración.

Las normas que atribuyen poderes públicos para planificar no establecen, por lo general, cuál debe ser este plan; en todo caso, no establecen todos los criterios que el funcionario público debe tomar en cuenta para ello. Así, por ejemplo, la norma que atribuye al gobierno regional el poder de desarrollar circuitos turísticos que puedan convertirse en ejes de desarrollo<sup>66</sup> no le ofrece todos los criterios que debe tomar en cuenta para diseñar su plan de desarrollo turístico. Por lo tanto, cómo elabora este plan o el contenido del mismo es una decisión discrecional, de discrecionalidad mayor.

Esta distinción entre tipos o grados de discrecionalidad importa porque permite establecer al Tribunal la siguiente regla:

Mientras mayor sea la discrecionalidad otorgada a la Administración, mayor debe ser la exigencia de la motivación (Así se pronunció en el caso Fernando Vásquez Wong, Exp. N.º 04168-2006-PA/TC; Fundamento 6). Ello es así debido a que la motivación es un elemento fundamental para diferenciar un acto arbitrario –que no tiene motivación fundada en derecho- de un acto discrecional.

- **El ejercicio de la discrecionalidad**

Cómo se genera la discrecionalidad cuando la norma jurídica que regula el poder público no le proporciona los criterios necesarios y suficientes para saber cuándo, cómo ejercerlo o cuál es el resultado que debería producir su ejercicio; entonces, la discrecionalidad consiste en determinar estos criterios ausentes, porque recién cuando cuente con ellos podrá ejercer el poder que se le ha sido atribuido.

Pero la administración pública debe buscar estos criterios –o más exactamente derivarlos– de los principios generales aplicables a cada caso, de la doctrina o la jurisprudencia. No puede derivarlos de sus preferencias personales o de los principios de su ética privada; si fuese así, el ejercicio del poder discrecional devendría en arbitrario.

Por eso, la motivación que sustenta el ejercicio del poder discrecional y lo separa de la arbitrariedad debe tanto manifestar expresamente los criterios seleccionados por la autoridad como justificarlos –acreditando su derivación de los principios generales–.

Pero lo realmente importante es el momento en que la administración pública debe determinar estos criterios de los que depende el cuándo, cómo y cuál del ejercicio de su poder. Si tenemos en cuenta el principio de seguridad jurídica, los que detentan un poder discrecional deben de establecer los criterios necesarios y suficientes para su ejercicio, de manera anticipada, en algún documento normativo, tales como un reglamento o una directiva.

En efecto, de esta manera, no sólo se respeta el principio de seguridad jurídica sino también el de transparencia, que es un principio de la ética de la función pública.

Así, por ejemplo, cuando la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales les atribuye a estos el poder público de organizar audiencias para rendir cuentas ante la ciudadanía, sin establecer ningún criterio que detalle cómo o cuándo debe ejercerse, resulta que el poder de regular estas audiencias es discrecional. Por eso, se ejerce la discrecionalidad estableciendo en un reglamento los criterios que permitirán determinar cuándo y cómo deben regularse esas audiencias.

- **El poder discrecional es un poder de ejercicio debido**

Si como veíamos anteriormente el poder público es instrumental, en tanto es atribuido para un único fin, que es el interés público –ya sea la realización, protección o promoción de derechos fundamentales o bienes constitucionales–, entonces, este poder siempre es un poder de ejercicio debido.

De tal manera, si el interés público lo requiere, la administración pública vinculada a su realización debe, como obligación y no como facultad, ejercer su poder público para atender a la procura de este bien.

Así, si la administración pública tiene como fin último la protección del interés público concretado en el patrimonio cultural de la nación y se constata que los restos arqueológicos de la Huaca de la Luna están en riesgo, la administración debe ejercer su poder para protegerlo. Pero de la misma manera, si la Huaca no está en riesgo, entonces, la administración no debe ejercer su poder público, porque, si lo hace, actúa fuera del principio de vinculación positiva.

No interesa si el poder público es reglado o discrecional; si se constata que el interés público al que está vinculado requiere de su actuación, éste debe actuar.

Este repaso sobre la discrecionalidad administrativa es valioso; primero, porque evita una mala comprensión del tema, lo cual pondría en riesgo el Estado de derecho al permitir el ingreso de la arbitrariedad –que es lo mismo que decir que se deja sin efecto el principio de limitación del poder y de vinculación positiva a la ley por parte de la administración– y se violaría así la propia ética pública. En segundo lugar, la actuación

discrecional resulta más frecuente de lo que se piensa; y por ello, tanto la ciudadanía como los funcionarios públicos de todo nivel se ven ante situaciones de discrecionalidad en las que, ante la falta de criterios normativos que determinen su actuación, deben recurrir a los criterios que le ofrecen los valores y principios de la ética pública, tanto los que han sido recogidos en las constituciones como los que todavía no lo son.

### **3.8 Otros principios de la ética de la función pública**

Es posible diferenciar los principios éticos de la función pública en razón de los objetivos que persiguen, así:

- Unos atienden directamente al respeto de los derechos fundamentales.
- Otros atienden a crear las mejores condiciones para que el funcionario cumpla con su encargo de servir al interés público procurando el bien colectivo; en fin, principios que garantizan que no se cause daño al interés público.
- Los últimos atienden a evitar situaciones de conflicto de intereses, entre intereses privados y el interés público encargado al funcionario público.

#### **a. Principios éticos relacionados al respeto de los derechos fundamentales**

Si bien todos los principios de la ética pública están relacionados con los derechos fundamentales, porque permiten que la función pública los respete,

realice o promueva; también es cierto que algunos de estos principios están más directamente conectados con algunos derechos fundamentales.

Debido a esta conexión, cuando los funcionarios públicos actúan sin tener presente uno de estos principios, ello también puede significar la violación de los derechos fundamentales conexos; por lo tanto, las personas pueden exigir su cumplimiento como parte del respeto a estos derechos.

– **Principio de Neutralidad e Imparcialidad**

Principio recogido en el artículo 7, inciso 1, del Código de Ética de la Función Pública, Ley 27815. Según este principio, los funcionarios públicos deben desempeñar sus funciones considerando por igual a todos los ciudadanos, sin prestar atención privilegiada a ninguno de ellos; tampoco tomar parte por ninguno en las controversias o disputas que se le presenten, ya que debe demostrar independencia a sus vinculaciones con personas, partidos políticos o instituciones.

Es evidente, entonces, la conexión entre este principio y el derecho de igualdad de trato ante la ley, también conocida como igualdad formal, que considera a todos los individuos por igual, sin hacer más diferencia que la dispuesta por la propia ley.

Así, por ejemplo, si el órgano encargado de otorgar licencias para negocios ha interpretado –en ejercicio de su discrecionalidad– que la disposición del reglamento, según la cual “sólo pueden permitirse negocios de comercio menor en zonas residenciales cuando no ocasionen disturbios en la convivencia vecinal”, permite abrir tiendas de abarrotes, actuando imparcialmente, también debe otorgar licencia de

funcionamiento a una tienda de abarrotes que tiene las mismas características que la anteriormente autorizada.

De no permitir tal licencia, el funcionario habría privilegiado al ciudadano al que le otorgó la licencia anterior; en otras palabras, no sería imparcial o neutral si no me otorga también la misma licencia.

– **Principio de trato preferente o de equidad e inclusión**

Principio poco desarrollado en el artículo 6, inciso 7, del Código de Ética de la Función Pública, Ley 27815; y mejor desarrollado en el artículo III de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley 29158; y en el artículo 8, incisos 4 y 7 de la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales, Ley 27867.

Según este principio, si bien el funcionario público debe ser imparcial por regla general, también debe tener en cuenta que no todas las personas se encuentran en iguales condiciones, pues hay ciudadanos que, debido a situaciones de hecho, están en situación de desigualdad frente al común de los ciudadanos. Este es el caso de personas con discapacidad, adultos mayores, madres gestantes, etc.

Por lo tanto, para hacer efectiva la igualdad de todas las personas en el acceso a las oportunidades y beneficios que se derivan de la prestación de servicios públicos y de la actividad pública en general, se requerirá que el funcionario disponga de algunas medidas que aseguren el acceso para estas personas que están en situaciones de desigualdad.



De ahí la íntima relación que existe entre este principio y el derecho de igualdad entendido como el trato diferente a los diferentes e igual a los iguales, o en su dimensión material o sustantiva que exige la acción del Estado para revertir las condiciones de desigualdad o reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales (Pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el caso Colegio de Abogados del Cusco y del Callao y 5 mil ciudadanos, Expediente No. 0050-2004-AI/TC, fundamento 68; y en el caso Municipalidad Provincial Del Callao Expediente No. 0015-2008-PI/TC, fundamento 8.).

Retomando un ejemplo anterior. Si bien el funcionario público tiene discrecionalidad para decidir qué mecanismo implementar para brindar el acceso directo a la información pública en el local de la institución y en las horas de oficina, según dispone el artículo 12 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información, para escoger entre los varios mecanismos posibles, debe actuar teniendo en cuenta que el mecanismo que elija debe brindar igual acceso a todos los ciudadanos; para ello, requiere considerar algunas medidas especiales para quienes, por ejemplo, son ciegos o tienen otro tipo de discapacidad.

De esta forma, si un funcionario público en ejercicio de su discrecionalidad dispone medidas que mantienen la situación de desigualdad material de algunos ciudadanos e impide así el igual acceso a los servicios públicos, está violando su derecho a la igualdad sustancial.

– **Principio de transparencia y acceso a la información**

Recogido y desarrollado en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información, Decreto Supremo No. 043-2003-PCM, y en el artículo 7, inciso 2, del Código de Ética de la Función Pública, Ley 27815.

Según este principio, todo funcionario y entidad pública deben actuar de manera transparente en la gestión de los asuntos públicos; es decir, deben permitir la máxima publicidad de sus actos y tener la mayor disposición para brindar la información de carácter público que tiene en su poder.

De la transparencia depende, en mucho, que el Estado sea un Estado Democrático, que permita a los ciudadanos informarse de los asuntos públicos, formarse un juicio del desempeño de sus representantes y de participar adecuadamente en la vida política, ejerciendo sus derechos electorales y de participación y control ciudadanos.

Además, el Tribunal Constitucional se ha encargado de señalar que el principio de transparencia es la dimensión colectiva u objetiva del derecho de acceso a la información (Sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Wilo Rodríguez Gutiérrez, Expediente No. 1217-2002-HD/TC, Fj. 11.). De esta manera, la falta de cumplimiento del principio bien podría considerarse una violación de este derecho fundamental.

– **Principio de apertura a la participación y vigilancia ciudadana y rendición de cuentas**

Recogido en el artículo IV de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley 29158; en el artículo Art. 8, inciso 1, de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley 27867; en el artículo I y IX de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 27972, y; en el artículo IV, inciso 1.12 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444. El principio de rendición de cuentas está recogido en el artículo II, inciso 7, de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; en el artículo IV.4 de la Ley Marco del Empleo Público, Ley 28175, y; en el artículo 8, inciso 3, de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

Según este principio, el funcionario público debe tener disposición no sólo a recibir la participación de los ciudadanos, a encargarse de fomentarla y conducirla por los canales legales o bajo los mecanismos que permitan optimizarla, sino que también se requiere su disposición al diálogo con la ciudadanía participante.

Participación y diálogo resultan fundamentales en un sistema democrático, donde el ciudadano ya no es sólo aquel destinatario del servicio público de los funcionarios, sino también actor que, junto con éste, colabora en la construcción de lo que deba entenderse por interés público en cada caso concreto.

Así, cuando una decisión es discrecional, entre los criterios que el funcionario recoge para determinar su actuación, también deben estar considerados los que le brinda la ciudadanía a través de su participación.

Sucede, entonces, que si el gobierno local tiene que decidir sobre el plan de desarrollo o sobre otro asunto de interés público como el cuidado del patrimonio cultural, debe escuchar y dialogar con la ciudadanía bajo ciertos mecanismos útiles para este fin. Si no lo hace, si decide que es el interés público a solas y a espaldas de la ciudadanía, falta a este principio y, asimismo, viola sus derechos de participación, derechos que según el propio Tribunal Constitucional son el complemento idóneo para dotar de estabilidad a la democracia representativa. Pronunciamiento en el caso Congreso de la República, Expediente No. 030-2005-PI/TC.

#### **b. Principios éticos relacionados al buen funcionamiento de la función pública**

Estos principios, tienen como objetivo directo establecer las mejores condiciones bajo las cuales los funcionarios podrán cumplir con su función de satisfacer el interés público o el bien común.

##### **– Principio de probidad en el uso de los recursos**

Recogido en el artículo 6, inciso 2, y 7, incisos 4 y 5, del Código de Ética de la Función Pública, Ley 27815; y el artículo IV, inciso 6, de la Ley Marco del Empleo Público, Ley 28175.

Este principio exige que el funcionario público actúe teniendo en cuenta su rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés

general y desechando todo provecho o ventaja personal, obtenido por sí o por interpósita persona. Además, debe proteger y conservar los bienes del Estado, utilizarlos con mesura y evitar que sirvan para provecho personal o cualquier otro distinto de aquél para el cual se han reservado.

– **Principio de eficiencia y eficacia**

Recogido en el artículo 6, inciso 3, del Código de Ética de la Función Pública, Ley 27815; artículo 8, incisos 5 y 6 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley 27867; artículo II, incisos 1 y 2 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley 29158.

Según este principio, no es suficiente que el funcionario cumpla con conducir su actuación hacia la realización del interés público, sino que, al hacerlo, debe actuar de manera eficiente –es decir, optimizando la utilización de los recursos disponibles y procurando la innovación y mejoramiento continuo–, y eficaz; es decir, que esta realización sea oportuna en el tiempo y completa, en tanto cumpla con los objetivos y metas gubernamentales trazados.

– **Principio de respeto a la Constitución**

Recogido en el artículo 6, incisos 1 y 8 del Código de Ética de la Función Pública, Ley 27815.

El funcionario debe adecuar su comportamiento hacia el respeto de la Constitución y las Leyes, garantizando que, en todas las fases del proceso de toma de decisiones o en el cumplimiento de los procedimientos administrativos, se respeten los derechos fundamentales y las normas constitucionales.

A este respecto el Código de Ética bien señala que ocupar cargos de confianza en regímenes de facto es causal de cese automático e inmediato de la función pública. Sin embargo, no sólo prestar servicios a un régimen de facto constituye una vulneración de la Constitución, también lo es mantenerse fiel a las actuaciones inconstitucionales de un gobierno constitucionalmente elegido; pues no debe confundirse Constitución con gobierno de turno.

Para graficar la importancia de este deber, la doctrina suele recurrir a los últimos estudios realizados sobre la importancia del rol que desempeñó la burocracia en el régimen de la Alemania Nazi. Se dice, así, que fueron precisamente los funcionarios los que se encargaron de precisar la definición de “no ario” en los reglamentos administrativos; si bien luego de la caída del régimen alegaron que obedecieron por temor a las represalias, también es cierto que no hay constancia, ni siquiera, de que hayan pedido su traslado (Villoria, 2002 ).

– **Principio de idoneidad o capacitación**

Recogido en el artículo 6, inciso 4 del Código de Ética de la Función Pública, Ley 27815; y el artículo 4, inciso 7, de la Ley Marco del Empleo Público, Ley 28175.

El funcionario debe tener una constante capacitación técnica, legal y moral tanto para el acceso a la función como para el ejercicio de sus funciones. Desde este principio, se considerándose que para ingresar a la administración pública se midan con indicadores específicos la capacidad y mérito de cada persona que desee ingresar a la esta actividad.

– **Principio de razonabilidad**

Recogido en el artículo IV, inciso 1.4, de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444.

Según este principio, todas las decisiones de la administración pública deben de someterse a realidades donde el criterio sobrepase categorías razonables, y donde se evidencie el argumento de cada realidad teniendo en consideración las facultades y competencias que tienen para sancionar, intervenir, fiscalizar o normar.

**c. Principios éticos relacionados al conflicto de intereses**

Recogido principalmente por el artículo 8, inciso 1, del Código de Ética de la Función Pública, Ley 27815

A diferencia de los anteriores, este tipo de principio tiene como objetivo evitar que el funcionario se coloque o permanezca en una situación de conflicto de intereses. Por lo tanto, en este caso, el principio no trata de evitar una violación efectiva del interés público, sino el solo hecho de colocarlo en situación de riesgo, sin importar si de ella se derivan o no beneficios para particulares (García de Enterría, 2001).

Por lo tanto, el principio manda al funcionario público no sólo ser sino, además, parecer imparcial en sus funciones. El Código de Ética de la Función Pública hace referencia a este principio cuando señala que, el funcionario está prohibido de:

“Mantener relaciones o de aceptar situaciones en cuyo contexto sus intereses personales, laborales, económicos o financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimiento de los deberes y funciones a su cargo.”

Sin embargo, la relevancia del principio que regula el conflicto de intereses en forma genérica –recogido en el Código de Ética de la Función Pública– viene dada por su aplicabilidad a todo tipo de situación y no sólo a las reguladas expresamente bajo la figura de incompatibilidades o impedimentos.

En ese sentido, se ha pronunciado el magistrado del Tribunal Constitucional, César Landa, cuando señala que, aunque no exista prohibición legalmente expresa, por virtud de lo dispuesto por este principio, un funcionario



municipal no puede presentarse a un concurso para obtener una plaza en el mismo municipio en el que labora, porque ello configura una situación de conflicto de intereses. Por lo tanto, si el resultado del concurso lo benefició, éste debe ser anulado.

### **3.9 Normas que promueven los principios éticos**

Estos principios éticos han sido incorporados en varias normas que han tratado de promoverlos y prever casos concretos en que su infracción resulta particularmente nociva. Las normas más importantes promulgadas con esta finalidad, a parte de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información antes reseñada, son las siguientes:

- **Ley que regula la publicación de las declaraciones juradas de funcionarios públicos, Ley 27482**

Esta norma detalla los sujetos obligados a presentar esta información al inicio, anualmente y al término de su gestión. Sin embargo, resulta cuestionable que exonere de este deber a los alcaldes y regidores de municipios que administren recursos menores a las 2000 UIT, ya que no puede advertirse la razón que justificaría esta medida.

- **Ley que pretende erradicar el nepotismo del sector público, Ley 26771**

Esta norma prohíbe expresamente que se contrate a parientes dentro de la administración pública, en ese sentido en la realidad se muestra

que dicha norma carece de normas claras o precisas o de control específico, ya que actualmente aún se evidencia que la presencia de parientes en los cargos de confianza se mantiene en Gobiernos Subnacionales donde no se han logrado establecer claramente niveles de control eficaces.

– **Ley que regula la gestión de intereses en el sector público, Ley 28024**

La norma establece que los funcionarios públicos están prohibidos de gestionar intereses particulares ante instancias públicas, pues ellos sólo deben defender los intereses institucionales o estatales. Esta prohibición se extiende por un año luego de concluir en el cargo y también alcanza a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

– **Ley de incompatibilidades y responsabilidades de funcionarios y servidores, Ley 27588**

A los funcionarios se les prohíbe tener relaciones con entidades privadas que se desempeñen en el ámbito de su competencia funcional directa o que tramiten causas ante su entidad.

Estos Impedimentos que se extienden hasta un año luego de que cesen los servicios prestados por el funcionario.



## **SUBCAPITULO IV: PRACTICAS COMPARADAS**

Para la presente investigación se tendrá en cuenta el caso del Estado Chileno, que es el País que hace una eficiente distribución del Fondo de Compensación Municipal, que solo cambia de nombre es FCM (Fondo Común Municipal)

### **4.1 Antecedentes**

En el año 1998, mediante el Decreto Legislativo N° 3063, se aprobó dicha estructura para distribuir adecuadamente el FCM.

### **4.2 Definición**

El Fondo Común Municipal (FCM) se convierte en el fuente principal del financiamiento de los gobiernos subnacionales del Estado Chileno, de igual forma, su normatividad constitucional define a este fondo como un mecanismo solidario de redistribución de los ingresos propios de los gobiernos en su país.

Asimismo, dentro de la teoría de la nueva gestión pública, tiene en cuenta que este FCM puede ser considerado como un instrumento propio del sistema político y el sistema económico y que su forma se distribuye solidariamente entre los municipios.

### **4.3 Reconociendo legal**

El FCM tiene un reconocimiento desde su Carta Magna en el Artículo 122°, dentro de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, en su Artículo 14°, en los cuales se reconoce la forma solidaria de distribución entre todos los niveles de gobierno con la finalidad de garantizar el cumplimiento efectivo de las políticas municipales y su eficiente funcionamiento dentro del aparato estatal.

#### **4.4 Forma de entrega**

Según el Ministerio de Economía Chileno, los recursos son entregados dos veces por mes, bajo la siguiente modalidad:

- **ANTICIPO:** Equivale al ochenta por ciento del monto de la recaudación, depositándose cada mes.
- **SALDO:** Depende de la recaudación que se realice durante el mes, es decir, que siguen la lógica de mayor ingresos, mayor distribución y se realiza el depósito cada fin de mes.

#### **4.5 Conformación**

Según el Ministerio de Economía del Estado Chileno y su normatividad EL FCM, se conforma por los siguientes recursos:

1. En un 70% del impuesto territorial, tal y como se menciona en el artículo sétimo de la Ley de Impuesto Territorial del Estado Chileno, en otras municipalidades menor impacto económico este porcentaje es de 65%.
2. Un 62.5% del derecho que deben pagar los vehículos que se trasladan por el territorio Chileno.
3. Un 55% de recaudación Municipal, como concepto de rentas municipales, o por venta y/o expendio de bebidas alcohólicas.
4. Un 50% por concepto de renta municipal, en las transferencias que realicen por la compra de vehículos con permiso de circulación.
5. El aporte que conceda el presupuesto anual, esto depende de la normatividad específica de cada año.

6. El 100% de las multas de los Juzgados, de la Gendarmería, por infracciones o quebrantamiento a las normas de tránsito.

#### **4.6 Distribución**

A partir del año 2007, y luego de realizar una modificatoria, se transformó la modalidad del cálculo del FC.

Dicha redistribución, se inició en el año 2008, donde se establecieron criterios que determinarían una distribución adecuada y equitativa dentro de cada Municipio, por lo tanto atendiendo al nuevo marco normativo, se tuvo a bien utilizar los siguientes indicadores:

- El 25 % entre todas las comunas en partes iguales, sin distinción alguna.
- El 10 % en relación a los índices de pobreza de cada comuna, en ponderación con la población total del país.
- El 30 % en donde existían mayor predios que no contribuían al fisco, por encontrarse exentos por normatividad específica.
- El 35 % dependiendo a los ingresos de cada comuna.

En ese sentido, también se estableció ante la deficiencia de los recursos de cada comuna en cuanto al año anterior, se establece un monto específico y fundamentado para lograr cubrir dicha necesidad.



#### **4.7 Identificación del problema de la legitimidad**

A pesar que los ingresos hayan aumentado dentro de la administración pública y que se hayan logrado estandarizar algunos mecanismos de transparencia dentro de su realidad local, en una Encuesta realizada por un Centro de Estudios Públicos en el año 2008, los ciudadanos señalaron que percibían en un 81% corrupción dentro de los municipios de cada comuna.

En ese sentido, la normatividad específica que permitía acceder a la información pública, obligo a todas las entidades a realizar a partir del 2009, año en el cual entro en vigencia la norma, a realizar esfuerzos para presentar información pública a la ciudadanía y de estar forma hacer visible el funcionamiento de su gestión, mejorando con esta práctica la percepción del ciudadanía ante el problema público de la corrupción

#### **4.8 La conformación del FCM y el FONCOMUN**

En el Estado Chileno se ha podido observar que el FCM, se compone de impuestos territoriales, tasas de circulación, derechos de transferencia de vehículos, el aporte anual que realiza el fisco nacional, las multas por las infracciones de tránsito, es decir, por cinco tipos diferentes de ingresos, en nuestro país observamos que se realiza de tres fuentes de financiamiento.

Y agregando además que luego de tener un fondo suficiente para cubrir las necesidades de los Gobiernos Subnacionales se realizan campañas de sensibilización, en cuanto a la distribución adecuada del ingreso, y esos montos son evaluados con indicadores claros, que permiten determinar resultados eficaces y efectivos en la sociedad.

### **CAPÍTULO III: DISCUSION DE RESULTADOS**

HIPÓTESIS	NIVELES DE CONTRASTE	NIVELES DE ARGUMENTACIÓN
<p>Una correcta aplicación de nuevos criterios para una adecuada distribución en las Municipalidad del FONCOMUN si garantizará la transparencia en la gestión, porque a través de indicadores técnicos, criterios de convivencia en Gobiernos Locales y las Buenas Prácticas Políticas registradas en el Derecho Comparado se ejercerá un buen uso y distribución de los Recursos del Estado.</p>	Legislación	<p>La normatividad dispersa no garantiza el uso adecuado de los recursos del Estado, ya que no se realiza un seguimiento sostenido, no existen indicadores para medir la eficacia del gasto</p>
	Doctrina	<p>Teoría Política, se pueden evidenciar que no existe un cultura de “responsabilidad” que considera Jaris Mujica como parte esencial para generar valor público a los recursos de Estados Subnacionales</p>
		<p>Transparencia, entendida como el uso adecuado de los recursos del Estado y acceso a la información pública, sólo será efectiva si existe un “nuevo contrato social” entre gobernantes y gobernados.</p>
Derecho Comparado	<p>En Chile, se determina su distribución igualitaria, respecto a los niveles de pobreza, ingresos de impuestos, e ingresos anuales de la comuna, utilizando mecanismos como la gestión por resultados para medir los impactos que generan en los beneficiarios así como el seguimiento con instrumentos integrales de control y fiscalización.</p>	

## **CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES**

## CONCLUSIONES

1. El Fondo de Compensación Municipal (FONCOMUN) surge como una responsabilidad de garantizar los recursos del Estado desde una perspectiva técnica mediante indicadores y criterios diferenciados, en el desarrollo del presente trabajo de investigación se ha determinado que no se realiza una distribución adecuada ya que dicha partida presupuestal se dirige a otras prioridades, por tanto es de suma importancia crear criterios enfocados a medir los impactos en los beneficiarios con mecanismos de control y fiscalización eficaces donde el principal sustento sea el control ciudadano generando transparencia en la gestión municipal
2. Las gestiones municipales no garantizan adecuadamente la distribución equitativa de los ingresos dentro de los gobiernos subnacionales, ya que la finalidad establecida dentro de la normatividad no es acorde a la realidad, de igual forma, el Ministerio de Economía y Finanzas se ha encargado de cuestionar aquella capacidad que tienen los gobernantes municipales para recaudar dentro de cada una de sus territorios, generando vulneración a los principios del presupuesto municipal, tanto de unicidad, exclusividad y claridad.
3. Con la finalidad de combatir adecuadamente los problemas sociales dentro del país, no deben seguirse únicamente los indicadores de pobreza y necesidad establecidos en la normatividad, sino que debe centrarse en identificar adecuadamente la necesidad por medio de proyectos sostenidos que solucionen cada uno de los problemas sociales, es por ello que deben modificarse dichos criterios atendiendo a un funcionamiento eficaz donde prevalezca los resultados de cada una de las políticas sociales.

## **CAPÍTULO V: RECOMENDACIONES**

## RECOMENDACIONES

1. Se recomienda al Ministerio de Economía y Finanzas que evalúe adecuadamente los criterios de composición y distribución del Fondo de Compensación Municipal a fin de proponer instrumentos que se orienten a los resultados y mejoren la calidad de vida de los ciudadanos.
2. Se recomienda los Gobiernos Locales, que publiquen adecuadamente dentro de sus portales de transparencia los ingresos y egresos establecidos en cada una de las acciones de la gestión, es decir, en su distribución o adquisición, en ese sentido se permitirá que se establezcan mejores lazos de relación entre la sociedad y el Estado.
3. Se recomienda a las Universidades que se dediquen a investigar la ejecución adecuada del gasto público y determinen si están garantizando los resultados propuestos en cada uno de sus objetivos estratégicos, así como buscar criterios que permitan una adecuada distribución del presupuesto nacional.
4. Se recomienda a la sociedad en su conjunto que participe activamente de cada uno de sus Municipios con la finalidad de lograr establecer una relación de correlación directa entre cada uno de los niveles de gobierno, y que la confianza en la gestión municipal se manifieste en la realidad y en los resultados.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILAR, J. A. (2006). *Transparencia y Democracia: claves para un concierto*. México: IFAI.
- ALEXY, R. (1997). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS, P. L. (2008). *Prácticas de buen gobierno para la protección de los derechos humanos*. Nueva York-Ginebra: Naciones Unidas.
- Araya Moreno, E. (2002). *La construcción del Estado regulador y la relación Estado - Sociedad Civil*. Estado, Gobierno y Administración Pública.
- Arraigada Herrera, G. (1995). *Principios de la política de Modernización del Estado*. Revista Chilena de Administración Pública.
- Camargo Hernández, D. (2005). *Funcionarios Públicos: evolución y prospectiva*. Buenos Aires: Ara.
- CERRILLO I MARTINEZ, Agustí (Coordinador). (2005). *La Gobernanza Hoy: 10 Textos de referencia*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Cortina, A. (1998). *Hasta un pueblo de demonios. Ética pública y sociedad*. Madrid: Taurus.
- CUNILL, N. (2006). *La transparencia en la gestión pública. Cómo construirle viabilidad*. Revista Chilena de Administración Pública, 22 - 44.
- Díaz, E. (1981). *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid: Taurus.
- Fleury, S. (2000). *Reforma del Estado*. Bogotá: BID.
- Flisflisch, A. (1995). *La modernización de la gestión pública*. Revista Chilena de Administración Pública.

- García de Enterría, E. (2001). La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa. Madrid: Civitas.
- Giusti, M. (1999). Alas y raíces. Ensayos sobre ética y modernidad. Lima: Fondo PUCP.
- Giusti, M. (2007). Debates de ética contemporánea. Lima: Fondo de PUCP.
- HOEBINK, P. (1998). Coherencia y política de desarrollo en la Unión Europea. Revista Española de Desarrollo y cooperación, 20.
- Hormázaal, A. (1996). Modernidad, modernización y reforma del Estado Chileno. Revista Chilena de Administración.
- MAYNTZ, R. (1998). Nuevos desafíos de la teoría de la Gobernanza. Italia: European University Institute.
- MEZONES, F. (2006). Transparencia en la gestión pública. Ideas y experiencias para su viabilidad. Guatemala: Banco Interamericano de Desarrollo.
- NATERA, A. (2004). La noción de gobernanza como gestión pública participativa y reticular. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- NONELL, R. (2006). Transparencia y buen gobierno, La rendición de cuentas (accountability) en una sociedad avanzada. Barcelona: Icaria Editorial.
- Odette Vélez, A. M. (2015). Ética y Ciudadanía. Lima: Editorial UPC.
- Orellana Vargas, P. (2002). Contra la burocracia. Apuntes de clases de la asignatura Ciencia de la Administración dictada en la carrera de Administración Pública. Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- PETERS, G. (Octubre de 2007). Globalización, gobernanza, y Estado: algunas proposiciones acerca del proceso de gobernar. Revista del Centro Latinoamericano de Administración y Desarrollo (CLAD)(39).
- PRATS I CATALÁ, J. (2005). De la Burocracia al Management, del Management a la Gobernanza. Las transformaciones de las

administraciones públicas de nuestro tiempo (133 ed.). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

Prieto Sanchís, L. (2000). Notas sobre el origen y la evolución de los derechos humano. Madrid: Dykinson.

PUEBLO, D. D. (2010). Documento Defensorial N° 12: Defensoría del Pueblo, ética pública y prevención de la corrupción. Lima: Defensoria del Pueblo.

Ramírez Quintanilla, L. (1997). Política y Modernización del Estado en Chile: 1990 - 1996. Santiago de Chile: Universidad de Chile.

RHODES, R. (1997). Understanding Governance: policy Networks. Governance Reflexivity and Accountability. Buckingham: Open University Press.

Rubio Correa, M. (2012). Introducción al Derecho. Lima: Fondo PUCP.

SALAZAR, Pedro (Coord.). (2008). El derecho de acceso a la información en la Constitución mexicana: razones, significados y consecuencias. México: IFAI.

Villoria, M. (2002 ). Ética Pública y Corrupción. Lima: Idea Internacional.

## ANEXOS

### Fondo de Compensación Municipal - FONCOMUN

A+ A-

- R.M. N° 058-2016-EF/50 Aprueban Índices de Distribución del Fondo de Compensación Municipal (FONCOMUN) para el Año Fiscal 2016.(01/03/2016)
  - Índices de distribución
- R.M. N° 003-2016-EF/50 Modifican los Índices de Distribución del Fondo de Compensación Municipal - FONCOMUN, de la Participación en Rentas de Aduanas, y del Canon Hidroenergético, por la creación de los Distritos La Yarada los Palos en la provincia de Tacna y La Morada en la provincia de Marañón, departamentos de Tacna y Huánuco.(08/01/2016)
  - Anexo 1 - Índices de distribución
- R.M. N° 365-2015-EF/50 Modifican los Índices de Distribución del Fondo de Compensación Municipal – FONCOMUN, de Canon Gasífero y del Canon Hidroenergético, por la creación de los Distritos Vizcatán del Ene en la provincia de Satipo y Villa Kintiarina en la provincia de La Convención, departamentos de Junín y Cusco.(01/12/2015)
  - Índices de distribución
- R.M. N° 20E-2015-EF/50 Aprueban los Índices de Distribución por la creación del distrito de Pucacolpa en la provincia de Huanta, departamento de Ayacucho(23/06/2015)
  - Índices de distribución
- R.M. N° 171-2015-EF/50 Aprueban los Índices de Distribución por la creación de los Distritos Neshuya y Alexander Von Humboldt en la provincia del Padre Abad, Departamento de Ucayali (17/05/2015)
  - Índices de distribución
- R.M. N° 073-2015-EF/50 Aprueban Índices de Distribución del Fondo de Compensación Municipal (FONCOMUN) para el Año Fiscal 2015 (26/02/2015)
  - Índices de distribución
- R.M.N° 272-2014-EF/11 Modifican Índices de Distribución del Fondo de Compensación Municipal - FONCOMUN de la provincia de Huanta del departamento de Ayacucho del Año Fiscal 2014
  - Índices de distribución
- R.M.N° 210-2014-EF/11 Modifican Índices de Distribución del Fondo de Compensación Municipal - FONCOMUN del departamento de Loreto y de la Provincia Constitucional del Callao del año fiscal 2014
  - Índices de distribución
- R.M. N° 060-2014-EF/15 Aprueban Índices de Distribución del Fondo de Compensación Municipal - FONCOMUN para el Año Fiscal 2014 (15/02/2014)
  - Índices de distribución
- R.M.N° 330-2013-EF/15 Modifican Índices de Distribución del Fondo de Compensación Municipal - FONCOMUN del departamento de Ayacucho correspondiente al año 2013
  - Índices de distribución
- R.M.N° 183-2013-EF/15 Modifican Índices de Distribución del Fondo de Compensación Municipal - FONCOMUN del departamento de Ayacucho correspondiente al año 2013, aprobados mediante R.M. N° 051-2013-EF/15 (22/06/2013)
  - Índices de distribución
- R.M.N° 099-2013-EF/15 Modifican Índices de Distribución del Fondo de Compensación Municipal - FONCOMUN del departamento de Piura correspondiente al año 2013, a fin de incorporar en la distribución al distrito Veintiséis de Octubre (30/03/2013)
  - Índices de distribución

- R.M. N° 051-2013-EF/15 Aprueban, para el Año Fiscal 2013, las tres series de Índices de Distribución de Fondo de Compensación Municipal - FONCOMUN, a nivel de cada municipalidad (28/02/2013)
  - Índices de distribución
- R.M. N° 168-2012-EF/15 Aprueban series de Índices de Distribución del FONCOMUN para el Año Fiscal 2012, a nivel de cada municipalidad (28/02/2012)
  - Índices de distribución
- R.M. N° 150-2011-EF/15 Modifican los índices de distribución del FONCOMUN aprobados mediante R.M. N° 106-2010-EF/15 (25/02/2011)
  - Índices de distribución
- R.M. N° 454-2010-EF/15 Modifican los índices de distribución del FONCOMUN aprobados mediante R.M. N° 106-2010-EF/15 (08/08/2010)
  - Índices de distribución
- R.M. N° 378-2010-EF/15 Modifican los índices de distribución del FONCOMUN aprobados mediante R.M. N° 106-2010-EF/15 (08/08/2010)
  - Índices de distribución
- R.M. N° 106-2010-EF/15 Aprueban para el Año Fiscal 2010 las tres series de índices de Distribución del FONCOMUN, a nivel de cada municipalidad (26/02/2010)
  - Índices de distribución
- R.M. N° 091-2008-EF/15 Aprueban series de Índices de Distribución del Fondo de Compensación Municipal - FONCOMUN para el Año Fiscal 2008, a nivel de cada municipalidad (10/02/2008) No aparece en Legislación y Normatividad MCF
  - Índices de distribución
- R.M. N° 099-2007-EF/15 Índices de distribución del fondo de compensación municipal (FONCOMUN) para el Año Fiscal 2007, a nivel de cada municipalidad (23/02/2007)
  - Índices de distribución
- R.M. N° 126-2006-EF/15 Aprueban las tres series de índices de distribución del fondo de compensación municipal - FONCOMUN, a nivel de cada municipalidad para el año fiscal 2006 (03/03/2006)
  - Índices de distribución
- D.S. N° 026-2006-EF Dictan disposiciones referidas a los índices de distribución del Fondo de Compensación Municipal para el ejercicio fiscal 2006
  - Índices de distribución