Naciones Unidas A/CN.9/WG.III/WP.186

Asamblea General

Distr. limitada
30 de diciembre de 2019
Español
Original: árabe

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados)
39º período de sesiones
Nueva York, 30 de marzo a 3 de abril de 2020

Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE)

Comunicación presentada por el Gobierno de Kuwait

En la presente nota se reproduce una comunicación recibida del Gobierno de Kuwait el 14 de octubre de 2019, como parte de los preparativos del 38º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados). Dicha comunicación se reproduce como anexo de la presente nota en la forma en que fue recibida por la Secretaría.

V.19-12170 (S) 190320 190320

Se ruega reciclar

Anexo

Deseamos comenzar expresando nuestra mayor gratitud y reconocimiento a los miembros del Grupo de Trabajo III por sus incansables esfuerzos por encontrar soluciones óptimas a los problemas y obstáculos observados en el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE). Les deseamos éxito en la búsqueda de soluciones y mecanismos positivos y eficaces para superar esas dificultades.

Al examinar el programa del presente período de sesiones, observamos en particular la cuestión del documento A/CN.9/WG.III/WP.167, que contiene información de antecedentes sobre un código de conducta para los árbitros en el contexto de la posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados.

Quisiéramos compartir con el Grupo de Trabajo y los participantes en el presente período de sesiones una reseña muy breve de la experiencia de Kuwait en el establecimiento de las bases para la redacción de un código de conducta para los funcionarios y el personal del Gobierno. También compartiremos algunas reflexiones acerca de un código de conducta para los árbitros. Esperamos que esto resulte instructivo y sirva para aclarar algunos factores y comportamientos que son exclusivos de ciertos Estados miembros y que se derivan de consideraciones ambientales, políticas, ideológicas y sociales. Los códigos de conducta deben elaborarse de forma tal que sean compatibles con las particularidades de todos los Estados miembros de la CNUDMI y resulten flexibles y transparentes, a fin de cumplir con normas exigentes y ser eficaces.

I. La experiencia de Kuwait en la redacción de un código de conducta para los funcionarios y el personal del Gobierno

A raíz de la tendencia hacia la globalización, la liberalización del comercio y la privatización, tanto los países desarrollados como los países en desarrollo han puesto en marcha programas y políticas para ampliar el papel del sector privado y reducir la dependencia respecto del sector público en la producción de bienes y servicios.

En consonancia con el compromiso de nuestro Emir de transformar Kuwait en un centro financiero y comercial, fomentar la inversión extranjera, contribuir a los proyectos de desarrollo económico y ampliar la base de inversiones del país, el Gobierno de Kuwait ha promulgado leyes y reglamentos de aplicación con el fin de crear un entorno comercial propicio que atraiga la inversión extranjera. Una condición necesaria para lograrlo es elevar los niveles de eficiencia y calidad y promover la transparencia en el sector público.

En diciembre de 2006, el Gobierno de Kuwait presentó al Banco Mundial una solicitud de asistencia y asesoramiento técnico respecto de diversas cuestiones relacionadas con la transparencia, la integridad y la lucha contra la corrupción. El 19 de febrero de 2007, se firmó un memorando de entendimiento preliminar. El Consejo de Ministros aprobó la Decisión núm. 726 (2007), que incluía varias disposiciones importantes concebidas para formular un programa ampliado en materia de gobernanza, integridad y lucha contra la corrupción. Mediante esa decisión se creó el Sistema de Supervisión del Desempeño del Gobierno, dependiente del Consejo de Ministros, al que se encomendó la vigilancia de la actuación del Gobierno con las tres prioridades siguientes:

1. garantizar que los intereses personales de los funcionarios no interfieran con sus funciones públicas y redactar un código de conducta para los funcionarios y el personal del Gobierno;

2. promover la transparencia del Gobierno;

3. fortalecer las medidas de lucha contra la corrupción.

En el presente documento nos centraremos en el código de conducta para los funcionarios y el personal del Gobierno.

II. Código de conducta

Se formó un comité directivo integrado por representantes de diversos ministerios e instituciones gubernamentales, así como de ciertas instituciones de la sociedad civil (por ejemplo, la Sociedad de Transparencia de Kuwait y la Sociedad Económica de Kuwait), al que se le encomendó la supervisión y la orientación estratégica de ese programa. Tras las consultas celebradas entre el comité directivo (el Grupo de Trabajo de Kuwait) y el Banco Mundial, se llegó a un acuerdo sobre las normas del programa de gobernanza e integridad de Kuwait, que comprende una serie de elementos cuya finalidad es permitir al Estado de Kuwait cumplir con sus obligaciones de conformidad con lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y elaborar mecanismos jurídicos e institucionales basados en las mejores prácticas a nivel mundial y de la región de Oriente Medio y Norte de África que puedan utilizarse para instituir las mejores prácticas con objeto de promover la integridad y la transparencia a nivel nacional.

Las deliberaciones celebradas en Kuwait, en enero de 2009, entre el equipo kuwaití y el Banco Mundial se tradujeron en las siguientes conclusiones:

Los códigos de conducta de los países en desarrollo y los países menos adelantados a menudo consisten en directrices generales para determinadas profesiones, como la medicina, el derecho o la contabilidad, que no suelen estar contempladas en la legislación. Sin embargo, en los países desarrollados, los códigos de conducta suelen formar parte de leyes vinculantes en las que se prevén penas disuasorias.

Muchos países desarrollados han instituido principios generales que rigen la conducta de los funcionarios y el personal de los organismos públicos y los parlamentos, que son adoptados por comités de ética creados por el Estado o redactados en consulta con las autoridades públicas del Estado.

Se deben identificar normas generales y dotarlas de rango de ley, de modo que rijan la conducta de las personas en sus relaciones con los demás. Se deben formular normas comunes que rijan las relaciones del personal entre sí, entre el personal y el organismo en el que desempeñan sus funciones, y entre el personal y los clientes de ese organismo. En la legislación debería fijarse un plazo para que todos los organismos adopten códigos de conducta.

Tras examinar nuevamente la cuestión, se llegó a un consenso en cuanto a la necesidad de contar con un código de conducta para los funcionarios y el personal del Gobierno como primer paso, que habría de ampliarse posteriormente. Con el tiempo, se redactarían códigos de conducta para otras categorías, incluidos los profesionales del sector privado, entre ellos, los médicos, los abogados, el personal de las sociedades mercantiles y de inversiones, los jueces, los árbitros, los miembros del parlamento y los profesionales de otros campos en los que no haya códigos de conducta.

Los representantes de la Comisión de Administración Pública de Kuwait han indicado que los problemas relativos a la conducta de los funcionarios, tanto en relación con el público como con sus colegas, han ido en aumento en los últimos años. Se estima que el número de casos disciplinarios presentados ante la Comisión se ha multiplicado por diez en comparación con los que se presentaban 10 o 15 años atrás. Evidentemente, existe una mayor sensibilización con respecto a las conductas poco éticas entre los funcionarios gubernamentales, es decir, los funcionarios están más dispuestos a formular objeciones ante esas conductas. Sin embargo, al mismo tiempo, entre los funcionarios estaba muy extendida la idea de que esas conductas eran cada vez más habituales.

Hubo opiniones divergentes entre los miembros del Grupo de Trabajo respecto de los problemas de comportamiento de los empleados del sector público. Algunos opinaban que el problema principal guardaba relación con cuestiones de disciplina laboral, como no prestar servicios con rapidez, no proporcionar información, no proteger la información confidencial o incumplir las normas de trabajo. En su opinión, esos eran los principales problemas en lo referente a la adopción de decisiones. Otros miembros del Grupo de Trabajo consideraban que la corrupción y las conductas relacionadas con

esta eran los problemas más importantes, en particular el clientelismo, el nepotismo y el abuso de funciones. Todos estuvieron de acuerdo en que sería conveniente contar con un código en el que se aclararan las normas de conducta a las que se debían ceñir los funcionarios y el personal de los organismos públicos y que ayudara a poner coto a las conductas indebidas, incluidas, entre otras, las siguientes situaciones:

- el incumplimiento de las normas de trabajo, lo que denota en parte una excesiva seguridad en el empleo;
- la contratación y el ascenso basados en consideraciones de índole familiar, partidista o sectaria, en lugar de en la competencia y la experiencia;
- la distribución injusta de la carga de trabajo;
- la aceptación de regalos;
- el abuso de funciones, desde el punto de vista financiero o profesional, con el propósito de obtener un beneficio material ilícito;
- el soborno y el fraude;
- el incumplimiento de la obligación de respetar la confidencialidad de la información;
- la falta de transparencia, incluido el hecho de no velar por el acceso a la información no confidencial;
- el hecho de no facilitar toda la información requerida en las declaraciones anuales respecto de la no participación en actividades prohibidas;
- el incumplimiento de las normas de trabajo por ciertos funcionarios superiores, lo que constituye un mal ejemplo para sus subordinados.

III. Fuentes del proyecto de código de conducta

El proyecto de código de conducta se redactó utilizando las siguientes fuentes:

1. Disposiciones modelo/conducta óptima

Se formularon numerosas disposiciones, o al menos cuestiones que debían abordarse, mediante la adopción o modificación de disposiciones del Modelo de Código de Conducta para los titulares de cargos públicos del Consejo de Europa, que en ese momento era el código de conducta más detallado publicado por una organización internacional. Muchos de los artículos relacionados con los conflictos de intereses, la aceptación de regalos y la respuesta ante ofrecimientos inapropiados fueron tomados de ese modelo de código de conducta. Aunque los objetivos generales de los códigos de conducta pueden ser similares, su contenido no se parece tanto porque algunos países necesitan ocuparse de ciertos temas y conductas más que de otros. Además, esos códigos deben basarse en tradiciones éticas que son diferentes según el contexto. En respuesta a esa necesidad, se reformularon o modificaron varias disposiciones del código, incluidas algunas de las que se tomaron del modelo de código.

A fin de tratar las conductas y los problemas específicos del Estado de Kuwait, se utilizaron dos fuentes adicionales.

2. Reglamentos vigentes

Con miras a encuadrar el código de conducta en el marco jurídico existente, el Grupo de Trabajo trató de asegurarse de que en el código se tuvieran en cuenta los temas abordados en el Código de la Función Pública y otros códigos y reglamentos, y en particular en los artículos 26 a 32 del Decreto núm. 15 (1979), que se trataron más detalladamente en el proyecto de código. Se incluyeron las cuestiones siguientes:

- el correcto cumplimiento de las obligaciones;
- el trato adecuado del público;

- el cumplimiento del horario de trabajo oficial;
- la observancia fiel y rigurosa de las directivas jurídicas;
- el respeto y la defensa de la dignidad del cargo y la obligación de obrar con el debido respeto;
- la prohibición de transacciones o tratos comerciales con organismos públicos (prohibición de venta o arrendamiento a organismos afiliados, o de trabajar o celebrar contratos con terceros);
- la no incursión en abuso de funciones para obtener ventajas personales o por nepotismo, clientelismo o amiguismo;
- la obligación de respetar la confidencialidad de la información.

3. Problemas específicos de Kuwait

En las deliberaciones con la Comisión de Administración Pública, el Banco Mundial y el Grupo de Trabajo de Kuwait, se llegó a la conclusión de que era importante elaborar un código de conducta y reglamentos relativos a los conflictos de intereses en los que se tuvieran en cuenta distintas cuestiones que requerían especial atención en Kuwait. Esas cuestiones eran reflejo del hecho de que Kuwait es una pequeña sociedad oriental en la que las relaciones personales y los lazos familiares y de parentesco revisten una importancia fundamental. Son esos lazos de sangre y linaje los que constituyen el principal origen de los conflictos de intereses en el Estado de Kuwait.

IV. El nepotismo y el clientelismo por motivos familiares, religiosos, sectarios o políticos partidistas como causa principal de los conflictos de intereses

Se entiende por conflicto de intereses toda conducta o situación en la que una entidad o uno de sus representantes oficiales obtiene una ventaja material o moral de cualquier tipo, que origina un conflicto con el desempeño de las funciones oficiales de la entidad o de su representante.

Con la prohibición de los conflictos de intereses, sean estos reales o potenciales, se pretende evitar un perjuicio a los intereses, la reputación o la integridad de terceros, ya sean estos personas físicas, entidades, organismos gubernamentales o instituciones privadas. Ese objetivo se logra cumpliendo con los requisitos legislativos y los mecanismos administrativos en vigor.

Incluso cuando las situaciones de conflicto de intereses no implican necesariamente una conducta indebida, pueden ser perjudiciales para el trabajo y la integridad del personal y de las entidades a las que este representa. Los principales factores que dan lugar a esas situaciones son la tendencia a actuar en interés propio; el nepotismo y el amiguismo basados en las relaciones de parentesco, amistad o asociación; y la enemistad o el odio a otra persona.

Diversos órganos especializados aplican una amplia gama de medidas al redactar políticas para la prevención de los conflictos de intereses, con miras a ayudar a los funcionarios y el personal gubernamentales a reconocer las situaciones o acciones que constituyen un conflicto de intereses y permitir que el equipo directivo supervise el cumplimiento de esas políticas.

Kuwait es un Estado en desarrollo en el que la familia y el clan ocupan un lugar preeminente y los lazos de parentesco (sangre y matrimonio) son fundamentales. En ese sentido, se parece a la mayoría de los Estados de la región de Oriente Medio. Esa situación puede ser un obstáculo importante para el progreso y el desarrollo. El conflicto de intereses derivado del nepotismo, el clientelismo o el amiguismo es característico de las sociedades tribales. Por una parte, puede agilizar las tareas y facilitar que se actúe en interés propio, tanto en aspectos materiales como morales. Sin embargo, también puede dar lugar a la transformación de las instituciones cívicas en entidades exclusivistas y

partidistas que excluyan a determinados grupos, socavando así su reputación y creando falta de confianza al verse afectada su labor por decisiones adoptadas atendiendo a las conexiones personales y familiares en lugar de a criterios de cualificación y experiencia.

En una sociedad dominada por ciertos aspectos de lealtades étnicas, sectarias, religiosas e, incluso, políticas extremas, a veces se observan conductas negativas que interfieren con el desempeño de las obligaciones, el cumplimiento de las responsabilidades y la adopción de decisiones públicas y privadas en un entorno de trabajo gubernamental, un entorno de trabajo independiente o un entorno de trabajo comercial o relacionado con las inversiones. Esa situación requiere una intervención correctiva en forma de leyes estrictas, específicas y precisas para poner coto al amiguismo y el nepotismo, así como mecanismos y medios para corregir y erradicar esos comportamientos, fortalecer los valores de honestidad, imparcialidad e independencia, e inculcar normas de integridad, competencia y transparencia.

V. Medios y mecanismos para abordar los conflictos de intereses y aplicar el código de conducta

a) Diversas formas de evitar los conflictos de intereses

- *La vertiente moral*. Puede suceder que un funcionario se enfrente a situaciones o deba adoptar medidas que impliquen un conflicto entre sus intereses personales y el interés público. Las consideraciones éticas son la garantía fundamental contra el abuso por un funcionario de su puesto y autoridad. Por esa razón, deben implantarse mecanismos que alerten de situaciones sospechosas de constituir un conflicto de intereses y proporcionen capacitación para hacerles frente. También pueden ofrecerse incentivos materiales y morales para proteger a los funcionarios frente a la tentación de abusar de sus funciones. Los funcionarios también deben revelar cualquier conflicto de intereses y evitar asumir toda tarea que suscite sospechas de conflicto de intereses.

- *La vertiente jurídica*. La ley por sí sola no es una garantía suficiente frente a los conflictos de intereses. Sin embargo, una formulación jurídica clara que contenga una definición de conflicto de intereses, identifique las situaciones en que un funcionario público debe revelar información sobre una tarea que está desempeñando, y establezca sanciones claras en caso de contravención es un primer paso importante para evitar los conflictos de intereses. Esas disposiciones jurídicas proporcionan a los interesados de la sociedad civil una herramienta para concienciar y destacar las cuestiones jurídicas y sociales relacionadas con los conflictos de intereses.

- *La reputación y credibilidad de los funcionarios*. La reputación de un funcionario puede verse afectada por cualquier sospecha de conflicto de intereses, incluso cuando haya tomado una decisión correcta. Los principios de transparencia y claridad deben ser aplicados en el razonamiento subyacente a las decisiones. Es responsabilidad de los funcionarios supervisar sus propias decisiones para evitar verse inmersos en una situación que pueda dañar su integridad, reputación o credibilidad.

- *La reputación y credibilidad del organismo o institución*. Las sospechas de conflicto de intereses despiertan dudas sobre las instituciones en su conjunto, no solo sobre sus funcionarios y personal. Por lo tanto, se debe prestar atención a la aplicación de medidas de vigilancia para garantizar que las acciones de una institución no se vean desacreditadas, de modo que se preserve la confianza del público.

b) Comunicación de un conflicto de intereses

La comunicación de toda información que pueda considerarse constitutiva de un conflicto de intereses o que pueda suscitar una sospecha de conflicto de intereses es la mejor manera de que un funcionario evite ser considerado culpable o puesto en duda. Incluso cuando la información que se comunica no sea de gran importancia, es indudable

que tales comunicaciones redundan en una mayor seguridad en las relaciones con los colegas y refuerzan la confianza. En otros casos, aunque esa comunicación —cuando atañe a relaciones familiares o intereses materiales o morales— puede dar lugar a que se prohíba al funcionario desempeñar una tarea determinada, le granjea el respeto de sus colegas y salvaguarda la reputación de la institución.

La Constitución de Kuwait contiene varios artículos que versan sobre los conflictos de intereses. El Código de Procedimiento Civil y Comercial contiene disposiciones sobre la inhabilitación, la recusación y la destitución de los jueces. Entre esas disposiciones figuran las siguientes:

- *Artículo 58*: Ningún juez, fiscal general, fiscal o empleado del juzgado podrá actuar como representante de las partes en una acción judicial, ya sea verbalmente o por escrito, ni en calidad de asesor, aunque la causa se instruya en un tribunal distinto de aquel al que esté adscrita esa persona. De lo contrario, la actuación se considerará nula.

  Sin embargo, podrán ejercer esas funciones en nombre de las personas de las que sean representantes legales, sus cónyuges y sus ascendientes y descendientes hasta el segundo grado.

- *Artículo 102*: Un juez estará inhabilitado para conocer en un caso, aunque ninguno de los litigantes presente una objeción, en los siguientes supuestos:

  - Cuando sea el cónyuge, pariente consanguíneo o político de una de las partes hasta el cuarto grado.

  - Cuando él o su cónyuge tenga litigios pendientes con una de las partes o con el cónyuge de una de las partes.

  - Cuando tenga relación con los asuntos personales de una de las partes en calidad de representante, tutor o administrador fiduciario o heredero presunto; cuando sea el cónyuge de la tutora o cuidadora de una de las partes; cuando sea pariente consanguíneo o político hasta el cuarto grado de dicho administrador fiduciario o tutor, o de un miembro del consejo de administración o un director de la compañía pertinente que tenga un interés personal en el caso.

  - Cuando él, su esposa o un pariente consanguíneo o político tenga un interés en la causa pendiente, aunque esa persona sea su agente, tutor o cuidador.

  - Cuando él y uno de los jueces de la sala sean parientes consanguíneos o políticos hasta el cuarto grado, o él y el fiscal o los abogados de una de las partes sean parientes consanguíneos o políticos hasta el segundo grado.

  - Cuando haya asesorado o defendido a una de las partes en el proceso, o escrito al respecto, incluso antes de convertirse en juez; o haya intervenido previamente en el proceso como juez, perito o árbitro; o haya sido testigo en el proceso.

  - Cuando haya presentado una demanda solicitando una indemnización contra la parte que solicita su recusación o haya presentado un informe contra esa parte ante la autoridad competente.

- *Artículo 103*: Toda medida o decisión de un juez en los supuestos mencionados en el artículo anterior será nula y sin efecto, aunque ambas partes hubieran estado de acuerdo con ella. Si tal fallo fuera anulado por una sala de apelaciones, una de las partes podrá solicitar que se deje sin efecto ese fallo y se vuelva a examinar la apelación ante una sala de apelaciones que no incluya al juez que ocasionó la nulidad original.

- *Artículo 104*: Un juez podrá ser recusado por cualquiera de las siguientes razones:

  - Él o su cónyuge está inmerso en una causa judicial similar a aquella que está juzgando, o uno de los dos se ha visto envuelto en un litigio con una de las partes o con el cónyuge de una de las partes tras el inicio de la causa que está pendiente ante el juez, siempre que tal litigio no se haya entablado con el propósito de recusarlo de la causa pendiente en la que entiende.

- Su excónyuge con quien tiene un hijo o uno de sus parientes consanguíneos o políticos tiene un litigio pendiente con una de las partes en la causa o con el cónyuge de una de las partes, siempre que tal litigio no se haya entablado después del inicio del proceso pendiente ante él con el propósito de recusarlo.
- Una de las partes trabaja para él.
- Habitualmente cena o vive con una de las partes, o recibió un regalo de la parte antes o después de que se entablara el proceso.
- Hay hostilidad o amistad entre él y una de las partes que es probable que le impida juzgar con imparcialidad.

En la Ley núm. 10 (1996), por la que se modificó el Decreto Ley núm. 23 (1990) relativo a la regulación del poder judicial, se establece lo siguiente:

- *Artículo 25*: Ningún juez o fiscal podrá recibir medallas o condecoraciones de ningún tipo mientras desempeñe su cargo. No está permitido combinar el cargo de juez con el ejercicio del comercio o cualquier actividad que sea incompatible con la dignidad e independencia del poder judicial.

  El Consejo Judicial Supremo podrá prohibir que un juez realice cualquier actividad que el Consejo Judicial Supremo considere incompatible con los deberes y el buen desempeño de su cargo.

  Un juez puede ser designado para realizar una labor judicial o jurídica al margen de su cargo o que sea adicional a este. Tal decisión la tomará el Ministro de Justicia con la aprobación del Consejo Judicial Supremo.

- *Artículo 26*: Si es pariente consanguíneo o político de una de las partes hasta el cuarto grado, el juez no podrá, sin la aprobación del Consejo Judicial Supremo, actuar como árbitro, ni siquiera *ad honorem* y aunque la controversia no se presente ante los tribunales.

c) Código de conducta y ética para las profesiones o el trabajo gubernamental

En muchos Estados se ha convertido en una costumbre elaborar “códigos de conducta” o “directrices éticas” para el trabajo gubernamental. Se trata de documentos oficiales publicados por el Gobierno en los que se especifican las prácticas y los principios éticos a los que se deben ceñir los funcionarios gubernamentales, así como aquellos que deben evitarse y que, en ciertos casos, podrían hacerlos incurrir en responsabilidades y sanciones. Esos códigos sirven para concienciar, pero también definen las responsabilidades y el papel de los funcionarios gubernamentales. El público debe estar informado y conocer su contenido.

Para que un código de conducta logre los objetivos deseados, no solo es importante que su contenido se redacte con diligencia. Su aplicación eficaz requiere que, como mínimo, se tengan en cuenta varios factores, entre los que cabe citar los siguientes:

- Antes de su adopción, se debería presentar el proyecto de código a quienes deberán cumplir sus disposiciones, de manera que puedan ser consultados sobre su contenido y se tomen en consideración sus observaciones. De ese modo, aumentaría el conocimiento y el vínculo con el código, lo que contribuirá a que se asuma como propio y a que se considere como un arma personal que brinda protección, apoyo, estatus y respeto.
- Se debería designar a una parte como responsable de aplicar las disposiciones del código, supervisar la redacción del código de conducta para cada institución o departamento gubernamental, responder a las consultas, proporcionar orientación al personal, poner el programa de capacitación a disposición del personal de capacitación de las instituciones, recibir y tramitar las quejas y notificaciones de presuntos incumplimientos del código recibidas de los funcionarios y el público, y participar, según proceda, en las medidas disciplinarias adoptadas en los casos de incumplimiento de las disposiciones del código o de otros reglamentos.

La responsabilidad de cumplir con las leyes recae en los funcionarios y en aquellos que ocupan puestos similares. La responsabilidad también podría recaer en organismos o entidades centrales establecidos para hacer cumplir las normas y disposiciones del código de conducta.

- Debería anunciarse el código al público.
- El código de conducta debería ser flexible y congruente con la evolución de la situación. Si se hiciera evidente que algunas disposiciones no son adecuadas y necesitan ser modificadas, su modificación debería llevarse a cabo mediante un procedimiento sencillo. Esa es una de las razones por las que los códigos de conducta se publican mediante órdenes ejecutivas, decretos y resoluciones similares.

VI. El propósito de presentar el documento de trabajo

El Grupo de Trabajo y los participantes en el período de sesiones tal vez se pregunten cuál es el propósito de presentar este documento de trabajo sobre la experiencia de Kuwait en la redacción de un código de conducta para los funcionarios y el personal del Gobierno si el tema que nos ocupa es la información de antecedentes sobre un código de conducta para los árbitros y el examen del documento A/CN.9/WG.III/WP.167.

En ese documento se afirma lo siguiente:

II. Observaciones generales. C. Observaciones

9. Como señaló la CNUDMI en su 48º período de sesiones, los tribunales arbitrales y cada uno de sus miembros podrían estar obligados a cumplir diversas normas éticas, en función de la nacionalidad de los árbitros, de su afiliación a un colegio de abogados y del lugar del arbitraje. Por lo tanto, pueden ser aplicables múltiples normas al mismo tiempo, sin que haya una indicación clara sobre cuál de ellas prevalecerá en caso de conflicto. Además, el aumento de la reglamentación del procedimiento arbitral y de la transparencia del proceso también incide en las expectativas de las partes respecto de la conducta de los árbitros.

[…]

12. A la luz de lo anterior, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar que la elaboración de un código de conducta podría tener por objeto proporcionar un enfoque uniforme de los requisitos aplicables a los miembros de los tribunales de SCIE y dar un contenido más concreto a los conceptos y normas éticos amplios utilizados en los instrumentos aplicables, entre otros, el Convenio del CIADI, los tratados de inversión, las leyes aplicables y las normas aplicables. Esto estaría en consonancia con la preferencia expresada por el Grupo de Trabajo en favor de un único código general en lugar de numerosos códigos institucionales. Además, ese código podría aplicarse a las diferentes opciones de reforma que examina el Grupo de Trabajo.

13. En particular, un código de conducta podría tener por objeto: i) explicar el contenido de las normas, fomentando así la armonización y aclaración de los diferentes requisitos vigentes; ii) velar por que todos los interesados comprendan a partir de qué punto la independencia, la imparcialidad y la integridad se verían comprometidas; iii) elaborar requisitos relativos a las cualificaciones; iv) determinar los mecanismos de comunicación de información y las sanciones en caso de incumplimiento; v) en lo concerniente a los árbitros, aportar claridad acerca del desempeño de su cargo, en particular en lo que respecta a la cuestión del ejercicio de dos funciones y los nombramientos reiterados; y vi) en lo concerniente a los decisores (es decir, los decisores a tiempo completo de un mecanismo permanente), establecer requisitos que sean congruentes con los de los tribunales internacionales, teniendo también en cuenta los requisitos previstos en el sistema actual de SCIE.

Conclusiones

De los párrafos que anteceden se desprende con claridad que el Grupo de Trabajo preferiría un único código en lugar de múltiples códigos diferentes para distintas instituciones. Coincidimos en que ese es un objetivo deseable. Sin embargo, plantea un desafío sumamente difícil porque los diferentes Estados tienen distintos niveles de desarrollo y orientaciones diversas, así como ideologías intelectuales, económicas y sociales diferentes. Además, los patrones de conducta difieren de una sociedad a otra y pueden plantear dilemas éticos de diversa gravedad en función de las distintas sociedades. Los factores que podrían dar lugar a conflictos de intereses en una determinada sociedad no existen en otras sociedades.

En vista de todo ello, debemos trabajar en la formulación de teorías que se apliquen a la mayoría de los tipos, casos, manifestaciones y conductas que constituyen un conflicto de intereses o crean las condiciones en que este podría surgir, garantizando de ese modo que los códigos de conducta sean flexibles, aplicables y eficaces independientemente del momento o el lugar.

Refiriéndonos nuevamente al documento A/CN.9/WG.III/WP.167, observamos que en él figura una lista de los siguientes temas que han de ser tratados en un código de conducta:

- independencia e imparcialidad
- integridad
- diligencia y eficiencia
- confidencialidad
- competencia
- obligaciones generales de comunicación de información

El Grupo de Trabajo abordó muchas situaciones que entran dentro de esas categorías y plantean riesgos de conflictos de intereses. Sin embargo, observamos que no mencionó el problema del clientelismo, el amiguismo y el nepotismo, que están muy extendidos en las sociedades basadas en relaciones de parentesco, como es el caso de Kuwait y otros Estados similares.

Tampoco se planteó en el Grupo de Trabajo la posibilidad de que en la decisión de un juez o un árbitro influyan consideraciones sectarias, étnicas o religiosas, u otras derivadas de tendencias o ideologías políticas o sociales.

Esos factores crean un entorno en el que abundan los posibles conflictos de intereses y, por consiguiente, afectan a la imparcialidad, la equidad y la independencia de los árbitros y los jueces.

Es posible que el Grupo de Trabajo no haya tratado esas cuestiones porque no figuran entre los principales factores que causan conflictos de intereses en las sociedades a las que pertenecen sus miembros, lo cual es totalmente comprensible. No obstante, consideramos que debemos destacar ciertas cuestiones, expresar nuestro deseo de que se les preste atención y estudiar la posibilidad de que se incluyan entre los problemas que pueden afectar a los árbitros y menoscabar la integridad e independencia de las decisiones que adoptan. Deberían abordarse esas cuestiones en un código de conducta para los árbitros que, en nuestra opinión, desde el momento en que se publique, constituirá un instrumento satisfactorio y eficaz para abordar y solucionar muchos problemas en el arbitraje de las controversias entre inversionistas y Estados, promoviendo así un entorno propicio para las inversiones tanto en los Estados como en las empresas.

División de Legislación
Departamento de Asesoramiento Jurídico y Legislación
Estado de Kuwait

Extracto del código de conducta elaborado por el Banco Mundial en cooperación con el Organismo de Seguimiento del Desempeño del Gobierno del Consejo de Ministros en el marco del Programa de Gobernanza e Integridad de Kuwait, comprendido un proyecto de disposiciones sobre los conflictos de intereses

1. Conflictos de intereses

A falta de disposiciones jurídicas detalladas que regulen el conflicto de intereses, las siguientes disposiciones deberían orientar la conducta de los funcionarios públicos:

a) Los conflictos de intereses se presentan en situaciones en las que un funcionario público tiene intereses privados que interfieren o dan la impresión de interferir con el desempeño imparcial y objetivo de sus funciones oficiales.

b) Sin perjuicio de las leyes en vigor o que se promulguen en el futuro, en los intereses privados de un funcionario público estará comprendido cualquier beneficio para sí mismo, su familia, sus relaciones, sus amigos o cualquier entidad con la que mantenga relaciones comerciales o políticas, incluidas las responsabilidades financieras o civiles conexas.

c) Los funcionarios públicos deben cumplir con la letra y el espíritu de todas las reglamentaciones vigentes en materia de conflicto de intereses, en particular en lo que respecta a las actividades prohibidas enumeradas en los artículos 25 y 26 del Decreto núm. 15 (1979) relativo a la función pública, las declaraciones que se exigen a los altos funcionarios y los supervisores de que se abstendrán de realizar las actividades prohibidas que figuran en el artículo 26 de ese decreto, y cualesquiera otras decisiones de la Comisión de Administración Pública en relación con las actividades comerciales que los funcionarios de la administración pública están autorizados a realizar. A falta de otras reglamentaciones exhaustivas sobre el conflicto de intereses, los funcionarios públicos deberán cumplir las siguientes disposiciones:

d) Los funcionarios públicos deberán:

- actuar con cautela en relación con cualquier conflicto de intereses real o potencial;
- adoptar medidas razonables para evitar esos conflictos, como no involucrarse en situaciones en las que se pueda sospechar que tienen intereses, o deshacerse de esos intereses;
- comunicar cualquier conflicto de este tipo a un superior en el momento en que se percaten de ello;
- cumplir toda decisión definitiva o instrucción de sustraerse a aquellas situaciones en las que se pueda sospechar que tienen intereses, o deshacerse de esos intereses.

e) Un funcionario público no debe dedicarse a ninguna actividad, realizar ninguna transacción ni asumir ningún cargo o función, remunerado o no, que sea incompatible con el buen desempeño de su cargo de funcionario público. Si no está claro si la actividad es compatible o no con el buen desempeño del cargo, los funcionarios deberán pedir orientación a sus superiores.

f) En cumplimiento de las disposiciones de la ley, los funcionarios públicos deberán notificar y obtener la aprobación del organismo público para el que trabajan antes de participar en determinadas actividades, remuneradas o no, o antes de aceptar determinados puestos o cargos ajenos a su trabajo en la administración pública.

g) Los candidatos a un empleo en la administración pública o a nuevos puestos en esta deberán declarar cualquier posible conflicto de intereses antes de ocupar el puesto. Estas cuestiones deberán resolverse antes del nombramiento.

h) Los funcionarios mencionados deberán abstenerse, durante un período adecuado, de asumir tareas, prestar servicios o aceptar puestos dentro de la jerarquía de cualquier compañía que tenga una relación comercial con un organismo en el que el funcionario estuviera ejerciendo una autoridad reguladora o tuviera facultades discrecionales como parte de su cargo público, así como de adquirir una participación en la propiedad de esas compañías.

2. Aceptación de regalos o beneficios y forma de responder ante ofrecimientos inapropiados

a) Los funcionarios públicos tienen la obligación de cumplir con la letra y el espíritu de toda disposición legal o reglamentaria relativa a la aceptación de regalos y beneficios. A falta de otras normas que regulen la aceptación de regalos y otros beneficios, los funcionarios públicos deberán cumplir las siguientes reglamentaciones:

b) Los funcionarios públicos no deberán exigir ni aceptar regalos, favores, atenciones o cualquier otro tipo de beneficio para ellos mismos o para sus familias, parientes cercanos o amigos, o personas u organizaciones con las que tengan o hayan tenido relaciones comerciales o políticas que puedan influir o dar la apariencia de influir en la imparcialidad con que desempeñan sus funciones o que puedan ser o dar la apariencia de ser una recompensa relacionada con sus funciones. Esto no incluye las atenciones ordinarias o los regalos de escasa cuantía.

c) Cuando los funcionarios públicos tengan dudas sobre si pueden aceptar o no un regalo o una atención, deberán consultar con su superior.

d) Si el rechazo de un regalo se considerara una afrenta o no fuera factible, el funcionario público deberá entregar el regalo al organismo gubernamental para el que trabaja.

3. Respuesta ante ofrecimientos inapropiados

a) Si se ofrece a un funcionario público un obsequio, una ventaja o un beneficio que no está autorizado a aceptar con arreglo a lo dispuesto en esta ley o cualquier otra ley o reglamento, el funcionario deberá adoptar las siguientes medidas para su protección:

- Rechazará el regalo, el beneficio o la ventaja que se le ha ofrecido.
- Tratará de identificar a la persona que hizo el ofrecimiento.
- De ser posible, identificará a los testigos oculares como, por ejemplo, los colegas que trabajan cerca.
- Evitará las comunicaciones prolongadas. Sin embargo, saber por qué se hizo el ofrecimiento podría servir como prueba. Si no fuera posible rechazar o devolver el regalo, deberá entregarlo a un funcionario de mayor rango o al departamento jurídico del organismo para el que trabaja.
- Deberá consignarse oficialmente el incidente lo antes posible, preferiblemente por conducto de un memorando oficial.
- Deberá presentar un informe sobre el incidente lo antes posible a su superior inmediato y al departamento jurídico, o directamente a un organismo encargado de hacer cumplir la ley.
- Deberá continuar trabajando como de costumbre, incluso en el asunto en relación con el cual haya recibido el ofrecimiento de beneficio indebido.