

Nulidad de contratos estatales y Apps por corrupción: el papel de las *red flags* como herramienta para su eficacia probatoria en el arbitraje

Nullity of State Contracts and Apps for Corruption: The Role of 'Red Flags' as a Tool for Their Evidentiary Effectiveness in Arbitration

ERICK G. CUBA MENESES¹ 

RESUMEN

Este trabajo examina la corrupción en contratos entre el Estado y entidades privadas, especialmente en las asociaciones público-privadas, y su impacto en la validez de dichos contratos. Se cuestiona si los contratos manchados por corrupción de malos funcionarios públicos, beneficiando a unos pocos en perjuicio de la sociedad, pueden subsistir legalmente. Se investiga si la corrupción puede causar la nulidad de estos contratos y cómo se puede lograr esta nulidad. Se destaca la creciente tendencia en la práctica arbitral internacional de utilizar *red flags* o señales de alerta como indicio de corrupción, evitando pruebas concluyentes. El enfoque principal es evaluar si esta metodología es efectiva para declarar nulos contratos afectados por la corrupción. El trabajo se estructura en tres partes: primero, se analiza la legislación peruana que considera la corrupción como motivo de nulidad contractual; luego se profundiza en la corrupción como causa de nulidad contractual; y finalmente, se explora el uso de *red flags* como herramienta para declarar la nulidad por corrupción en contratos, haciendo énfasis en que en un Estado de derecho, la presunción de inocencia debe prevalecer sobre acusaciones infundadas y especulativas contra proveedores y contratistas.

Palabras clave: nulidad contractual – corrupción – orden público – arbitraje – contratación estatal

¹ Doctorando en Derecho Administrativo en la Universidad Paris Panthéon Assas (Francia), Profesor Investigador en la Universidad Científica del Sur (Lima, Perú) y Profesor Ordinario en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú). Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo-APDA, Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho administrativo-FIDA y Secretario Académico de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación-ASIER. Asociado Senior del Área de Derecho Administrativo y Regulatorio de Rubio Leguia Normand (Perú). ORCID: 0000-0003-2730-2490. Correos electrónicos: ecubam@cientifica.edu.pe y ecuba@rubio.pe

ABSTRACT

This paper examines corruption in contracts between the State and private entities, especially in Public-Private Partnerships, and its impact on the validity of such contracts. It questions whether contracts tainted by corruption of public officials, benefiting a few to the detriment of society, can legally survive. It is investigated whether corruption can cause the nullity of these contracts and how this nullity can be achieved. It highlights the growing trend in international arbitration practice to use “red flags” or red flags as an indication of corruption, avoiding conclusive evidence. The focus is to evaluate whether this methodology is effective to declare contracts affected by corruption null and void. The paper is structured in three parts: first, it analyses the Peruvian legislation that considers corruption as a reason for contractual nullity; then, it delves into corruption as a cause of contractual nullity; and finally, it explores the use of “red flags” as a tool to declare nullity due to corruption in contracts. Emphasizing that, within the framework of the rule of law, the presumption of innocence should supersede baseless and speculative allegations against suppliers and contractors.

Key words: contractual invalidity - corruption - public policy - arbitration – public procurement.

1. Introducción

El presente trabajo aborda la cuestión de la corrupción en la celebración de contratos entre privados y el Estado, especialmente aquellos contratos de asociación público-privada y las consecuencias que ello genera para la supervivencia del contrato. ¿Los contratos celebrados o ejecutados en un contexto de corrupción pueden sobrevivir en el ordenamiento jurídico? ¿Es la corrupción una causal de nulidad de este tipo de contratos? ¿Qué herramientas existen para efectivizar la nulidad de un contrato manchado de corrupción? Y, más relevante aún, ¿cuándo se configura prueba suficiente para verificar la nulidad de un contrato por corrupción? Esta particular interrogante resulta de vital importancia, tomando en cuenta los casos de corrupción revelados en los últimos años y que se encuentran atascados en investigaciones fiscales y procesos penales que bien podrán tomar años en resolverse.

Ante ello, la práctica arbitral internacional recurre de manera cada vez más frecuente al estándar de los *red flags* (banderas rojas) como una alternativa a la compleja actividad probatoria que debiera desplegarse para demostrar la corrupción en un caso determinado. Bajo este método, el tribunal no debe exigir ni promover una exhaustiva actividad probatoria por las partes que implique generar certeza “más allá de toda duda razonable” o que requiera un pronunciamiento previo por parte de la autoridad competente que declare la corrupción. Al contrario, bastará reunir indicios o evidencia circunstancial que dé señales de que hubo corrupción en un caso determinado.

No se pretende emitir un juicio de valor respecto del recurso a este método o sus límites, sino más bien evaluar las *red flags* como una herramienta para hacer posible la declaración de nulidad de contratos celebrados y/o ejecutados en medio de corrupción.

Para ello, se expondrá en primer lugar el camino trazado por el ordenamiento jurídico peruano que permite establecer a los actos de corrupción como supuestos de nulidad contractual. Posteriormente, se ahondará en este particular supuesto, esto es la corrupción como causal de nulidad del contrato. Finalmente, se entrará al tema de las *red flags* como instrumento para efectivizar esta particular causal de nulidad contractual.

2. La nulidad contractual por vulneración del orden público y las buenas costumbres en el ordenamiento jurídico peruano

2.1 La nulidad en el ordenamiento jurídico peruano

En el ordenamiento jurídico peruano la nulidad constituye una sanción a un supuesto de invalidez estructural de los actos jurídicos. Esto es, es una forma de invalidez que obedece a causas suscitadas en el origen del acto jurídico que reflejan un rechazo por parte del ordenamiento.

Al decir de Franco Caressi, “la invalidez del contrato expresa un juicio de desvalor, de diferentes grados, por parte del ordenamiento, que incide sobre su eficacia y, por ende, sobre la regulación de intereses que las partes han programado” (1987, pp. 615-616). Tal juicio de desvalor expresa un reproche severo del ordenamiento ante ciertos vicios o defectos originados en el nacimiento del acto jurídico, en este caso el contrato.

Entonces, siendo un supuesto de invalidez, la nulidad produce la ineficacia estructural y originaria del contrato. En efecto, la nulidad se produce por un defecto producido en la estructura del acto jurídico. El defecto en la construcción y nacimiento del acto jurídico es denominado *vicio de nulidad*. Existe un denominado *principio de taxatividad*, por el cual únicamente aquellos vicios expresamente reconocidos en la ley pueden constituir causales de nulidad cuya verificación configuran la nulidad del acto jurídico.

En el caso peruano, los vicios de nulidad se encuentran básicamente establecidos en el artículo 219 del Código Civil, el cual dispone lo siguiente:

“Causales de nulidad

Artículo 219.- El acto jurídico es nulo:

1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
2. Derogado.
3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
4. Cuando su fin sea ilícito.
5. Cuando adolezca de simulación absoluta.
6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
7. Cuando la ley lo declara nulo.
8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.”

En particular, los incisos 7 y 8 constituyen disposiciones remisivas. En el primer caso, la disposición remite a otras leyes que regulen la nulidad de contratos especiales o innominados o que introduzcan expresamente causales que no se encuentren reguladas en el Código Civil. Véase, por ejemplo, la causal específica de nulidad aplicables a los contratos de asociación público-privada, regulada en el inciso 44.3 del artículo 44 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 1362², Decreto Legislativo que regula

² El presente trabajo parte de la premisa de que la teoría general del contrato y de los actos jurídicos reguladas en el Código Civil peruano pueden ser aplicadas a los contratos estatales celebrados dentro de los alcances de la Ley N° 30225, según su Texto Único Ordenado aprobado

la “Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos”, aprobado por el Decreto Supremo N° 195-2023-EF (en adelante, el “TUO del Decreto Legislativo N° 1362”), el cual sanciona con la nulidad aquellos contratos celebrados y cuya versión no hubiera recibido la opinión previa favorable del Ministerio de Economía y Finanzas.

En el segundo caso, la disposición se remite al artículo V del Título Preliminar, el cual prescribe lo siguiente:

“Orden público, buenas costumbres y nulidad del acto jurídico

Artículo V.- Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.”

Así pues, la verificación de uno o más vicios en el contrato basta para impedir que los actos jurídicos produzcan cualquier efecto desde su inicio, lo que se conoce como la eficacia *ex tunc* de la nulidad. Esto implica que la nulidad produce efectos retroactivos, debiendo revertirse todos los efectos negociales que se hubieran verificado hasta el momento de su declaración.

En esa línea, para que la nulidad pueda ser efectiva en un acto jurídico concreto, esta debe ser *declarada*, lo que debe efectuarse según lo disponga el ordenamiento jurídico. Como explica el autor Fort Ninamanco (2020, p. 798):

“... se tiene que reconocer la distinción entre competencia de las partes y competencia del ordenamiento de cara a la eficacia del contrato (que, como sabemos, es el acto o negocio jurídico por excelencia). La competencia de las partes se agota en crear las reglas con las cuales buscan regular sus intereses, con miras a que el ordenamiento las reconozca y las haga suyas. Por su parte, la competencia del ordenamiento se manifiesta precisamente al establecer si y dentro de qué límites las reglas creadas por las partes deben tener fuerza de ley. Siendo así, es evidente que cuando estamos ante un contrato nulo, solo cabe hablar de actuación de la competencia del ordenamiento, no de la competencia de las partes.”

En la misma línea, el profesor Escobar Rozas (2003, p. 689) propone que el ordenamiento jurídico legitima a las partes del acto jurídico, así como a quienes tengan interés en ello y al Ministerio Público a demandar la nulidad del acto, la cual deberá ser declarada por el juez o árbitro, de ser el caso. Adicionalmente, esto se refleja a nivel sustantivo en que los deberes y derechos a que da lugar la declaración de la nulidad nacen de la voluntad de la ley, por ejemplo, la restitución de prestaciones o el pago de indemnizaciones (Ninamanco, 2020, p. 799). Ello se encuentra recogido en el artículo 220 del Código Civil:

“Alegación de la nulidad

Artículo 220.- La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público.

Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta.

No puede subsanarse por la confirmación.”

(Énfasis agregado).

A mayor ahondamiento, repárese en la diferencia entre la *declaración* y la *alegación* de la nulidad a que hace referencia el artículo 222 del Código Civil:

por Decreto Supremo N° 082-2019-EF y su reglamento, así como aquellos celebrados en el marco de la promoción de la inversión privada.

“Efectos de la nulidad por sentencia

Artículo 222.- El acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare.

Esta nulidad se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley.”

(Énfasis agregado).

De esta forma, el ordenamiento jurídico peruano otorga a las partes de un acto jurídico, *v.gr.* un contrato, el instrumento para efectivizar la nulidad: la acción de nulidad, que deberá canalizarse en juicio. Pero también es preciso notar que la regulación permite también al juez (o árbitro, de ser el caso) declarar la nulidad “de oficio” de un acto jurídico, cuando esta sea manifiesta.

La posibilidad de declarar la nulidad de un acto jurídico de oficio traduce un interés del ordenamiento en no convalidar ni tutelar actos jurídicos que le contravengan gravemente. Es una cuestión de orden público, pues interesa a la generalidad que tales actos nulos no sobrevivan en el ordenamiento (Messineo, 1954, p. 492). Sin embargo, esta posibilidad solo puede efectuarse de manera excepcional, cuando la nulidad sea manifiesta y siempre que el juzgador hubiera tomado conocimiento de los hechos que configuran la nulidad a partir de la evidencia aportada por las partes del proceso o porque tales hechos son de público conocimiento, y no mediante ciencia privada. Con lo cual, siguiendo a Lohmann (1992, p. 59), si el fundamento de una virtual declaración oficiosa de nulidad requiere que el juzgador promueva una actuación probatoria adicional a la ya efectuada por las partes o se sustente en conocimiento adquirido por aquel de manera personal, privada o “por susurros”, no correspondería la declaración de oficio de la nulidad.

Efectivamente, si el vicio de nulidad resulta manifiesto porque, por ejemplo, existe una norma expresa que prohíbe celebrar negocios jurídicos para la transacción comercial de un determinado bien, o porque una serie de normas jurídicas expresan el desvalor del ordenamiento jurídico respecto de un determinado hecho, objeto o transacción comercial en particular, o porque no se cumplió una forma *ad solemnitatem*, ello habilitará al juzgador a declarar la nulidad de oficio de un acto jurídico.

En cambio, no será posible declarar la nulidad de los actos jurídicos, en principio, por ejemplo, en el caso de simulación del acto jurídico, dado que el acto se encuentra protegido por una presunción de autenticidad, o la finalidad ilícita, siendo que se presume la buena fe de los negociantes.

De hecho, el IX Pleno Casatorio Civil (2017), los jueces pueden incorporar situaciones o hechos no alegados por las partes al proceso, incluyendo “la caducidad, la actuación de medios probatorios de oficio, la aplicación de la norma jurídica correcta (*iura novit curia*) y la nulidad manifiesta”. Es así que incluso jurisprudencialmente se tiene que la nulidad manifiesta puede ser declarada de oficio por el juez ante la verificación de cualquier causal, siempre que esta cuestión guarde relación directa con la controversia establecida por las partes y que el juzgador hubiera promovido el contradictorio sobre este asunto.

Finalmente, resulta importante destacar que además de implicar una serie de principios procesales como el de congruencia o el *iura novit curia*, cuya discusión no se abordará en el presente trabajo, existe una cuestión relativa a la prueba y al estándar probatorio del vicio que afecta al acto jurídico y cuya existencia llega a conocimiento del juez. ¿Es suficiente la existencia de indicios? ¿Cuál es el estándar probatorio de la “manifiesta” nulidad de un acto jurídico? Esta cuestión del estándar probatorio es una que debe ser establecida en cada caso en concreto, o recurriendo a la costumbre, en defecto de una norma o disposición expresa que establezca una determinada forma de probar o que instituya un nivel de convicción suficiente.

2.2 La nulidad por vulneración el orden público y las buenas costumbres

Habiendo establecido las premisas sobre la nulidad de los actos jurídicos y, por ende, de los contratos, es preciso ahondar en la causal de nulidad por vulneración del orden público.

De acuerdo a los artículos V del Título Preliminar y 219 del Código Civil, es nulo el acto jurídico que contraviene el orden público y las buenas costumbres. Ambos conceptos han merecido distintas definiciones y pueden utilizarse en distintos contextos. Por un lado, para los fines del presente trabajo, se tomará un concepto de orden público que no se identifique con las normas imperativas, o con un particular estándar de “corrección” o “normalidad”, sino con un conjunto de principios generales que traducen el interés general de proteger y tutelar jurídicamente los valores más elevados de la sociedad, los cuales no evolucionan junto con esta (Espinoza, 2003, pp. 250-253). Las normas imperativas pueden traducir esos principios generales, pero el orden público no se reduce a ellas.

Por otro lado, respecto del concepto de buenas costumbres, la doctrina se debate entre la necesidad de definirlo o de asimilarlo al de *orden público*. El presente trabajo partirá de la premisa de que definir las buenas costumbres a partir de una distinción respecto del orden público lleva siempre a una infructuosa disquisición moral o ética, siendo recomendable hacer ambos términos parte de una misma idea y reduciendo la cuestión a una predominantemente jurídica (Espinoza, 2002, p. 312). Así pues, el orden público y las buenas costumbres se entenderán como parte de un solo concepto: los principios generales que tutelan los valores más elevados de la sociedad en unos determinados tiempo y espacio, cuyo contenido y jerarquía evolucionan constantemente.

De hecho, el Tribunal Constitucional (2004) ha definido en esa misma línea el *orden público*, como el concepto que reúne en sí aquellos principios y directrices generales de la conducta en sociedad cuya conservación resulta indispensable para la vida comunitaria. Ello es así, con independencia de las particulares jerarquías de valores determinadas por un determinado sistema de creencias, puesto que se busca un único fin: el desarrollo de todos los ciudadanos.

Ahora bien, la causal de nulidad indicada sanciona a aquellos actos que contravienen a las “normas que interesan al orden público y las buenas costumbres”. Por esta razón, la configuración de esta causal requiere identificar una norma que interese al orden público y determinar si el acto jurídico contraviene esta norma. Un ejemplo de ello lo constituye la causal establecida en el artículo 44 del TUO del Decreto Legislativo N° 1362 anteriormente aludido.

3. Los actos de corrupción como atentatoria del orden público y las buenas costumbres

El profesor García de Enterría (1996, p. 88 y ss) ilustra la corrupción como una forma de invasión de la sociedad al Estado en el contexto de una democracia, contrario a lo que sucede en un totalitarismo o una partitocracia en que el Estado invade a la sociedad. Por ello, constituye una forma particularmente grave de erosión de la institucionalidad estatal, sin con ello negar la corrupción en el ámbito privado, la cual también es perseguida penalmente por el Estado peruano.

Esta idea de la corrupción como indeseable para el desarrollo de las democracias y peligrosa para la solidez de las instituciones es la base para comprender por qué escandaliza al orden público y las buenas costumbres y por qué interesa que las consecuencias (ilegales) de actos corruptos no perduren en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, el concepto de corrupción que se tomará como base del presente trabajo no se extiende a cualquier forma de obtención de beneficios de manera ilícita, sino que esta debe presentarse en una estructura relacional específica, en la cual se infrinjan ciertos deberes. Generalmente, estos deberes se asocian al cargo que desempeñen los sujetos involucrados. Esto conlleva al uso del poder de decisión de tales sujetos de manera contraria a los intereses de la organización en el marco de la cual se produce la relación corrupta, una forma de *problema del agente principal*. Sin embargo, esta definición sería insuficiente si no se considera la generación de una ventaja ilícita obtenida por un tercero interesado en el uso de aquellos poderes de decisión (Arantza, 2016, p. 316).

En otras palabras, la corrupción debe entenderse como la expresión de una estructura de relación que implica el ejercicio abusivo de poderes de decisión contrariamente a los intereses de la organización que dichos poderes representan y que reporta una ventaja ilícita a un tercero interesado. Esta comprensión no distingue entre la calidad de público o privada de la organización, de los poderes que la representan o del tercero interesado.

Incluso, la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción ha definido la corrupción en los siguientes términos:

“El mal uso del poder público o privado para obtener un beneficio indebido; económico, no económico o ventaja; directa o indirecta; por agentes públicos, privados o ciudadanos; vulnerando principios y deberes éticos, normas y derechos fundamentales” (Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción, 2018).

Claramente, la corrupción así entendida puede manifestarse de diversas formas y afectar distintas organizaciones, en distintos niveles y grados. Lo que hay de común a todas ellas, es el juicio de desvalor colectivo respecto de la corrupción en atención al interés colectivo en que los poderes de decisión conferidos sean ejercidos en interés de las organizaciones que representan. Con lo cual, cualquiera sea el escenario en que se produzca tal desviación, la misma resulta indeseable. Mas ello, no constituye por sí sola una señal para otorgar la entidad jurídica a un acto corrupto para otorgar a un juez (o árbitro) la competencia para declarar la nulidad de un contrato. Es necesario que aquel interés se refleje institucionalmente a través de declaraciones, acuerdos con la sociedad civil o en la comunidad internacional, políticas de Estado, o, incluso, la persecución criminal de actos de corrupción.

Así, los actos de corrupción vician el contrato por vulnerar el orden público, lo que, en términos de De la Puente (2001, p. 39) configuraría un “contrato prohibido”. La negociación, celebración y ejecución de un contrato en el contexto de desviaciones de poder y recursos públicos no persigue necesariamente un fin ilícito (a menos que, por ejemplo, se demuestre que no existe una necesidad pública que atender, o que lo contrario se derive de los términos contractuales) o no tiene un objeto jurídicamente imposible por ser ilegal (de nuevo, salvo que lo contrario se derive de los términos contractuales). Al contrario, vulnera el orden público porque implica la infracción de normas legales contenidas en el ordenamiento para prohibir y perseguir la comisión de ciertos actos.

De esta manera, aquellos contratos estatales rodeados por actos de corrupción estarán viciados de nulidad (lo que no implica que sean nulos) si su negociación, celebración y/o ejecución contribuye a la desviación de recursos públicos o a la obtención de ventajas o prerrogativas irregulares, fuera de los términos contractuales. Usualmente, estos son manifestaciones o resultados de actos de corrupción como el otorgamiento de favores o dádivas o el incumplimiento de las reglas del proceso de contratación, la no imposición de penalidades, entre otros, que pueden o no, configurar delitos, faltas o infracciones. En

cualquier caso, para declarar la nulidad del contrato en cuestión, se requeriría acreditar una relación de causalidad entre los actos irregulares y sus manifestaciones.

Sin embargo, para acreditar tal nexo de causalidad se requeriría de una actividad probatoria exhaustiva o de un pronunciamiento definitivo de la autoridad competente para declarar la responsabilidad penal. En ambos casos, el tiempo que se requeriría emplear o esperar puede llegar a ser extremadamente alto. Para ello, se necesita emplear soluciones legales que permitan ahorrar tiempo y evitar la convalidación o la ejecución de contratos prohibidos por el ordenamiento.

3.1 En el derecho nacional

En el derecho peruano la corrupción constituye una cuestión que vulnera el orden público y las buenas costumbres. Lo anterior se materializa en la lista de delitos establecidos en el Código Penal que sancionan diversos actos de corrupción: abuso de autoridad, cobro indebido, cohecho, colusión, concusión, enriquecimiento ilícito, malversación de fondos, negociación incompatible, nombramiento o aceptación ilegal de cargo, patrocinio ilegal, peculado, tráfico de influencias y los delitos de corrupción en el ámbito privado y al interior de entes privados.

De hecho, uno de los objetivos del Acuerdo Nacional es la construcción de un Estado eficiente, transparente y descentralizado, para lo cual, se propone acabar con la impunidad y la corrupción en el Estado peruano. Este objetivo se ve reflejado muchos años después en la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción, aprobada por Decreto Supremo 092-2017-PCM (en adelante, la “Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción”). A partir de este documento, los distintos sectores, organismos y entidades han implementado distintos sistemas y lineamientos para la detección, sanción y persecución de los actos de corrupción en el Perú.

A nivel del sistema de justicia, el Perú ha implementado la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, que fue estatuida el 30 de diciembre de 2018 como resultado de la fusión entre la Sala Penal Nacional y el Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, mediante la publicación de su estatuto en la separata de Normas Legales del Diario Oficial “El Peruano” (CSNJPE, n.d.). Adicionalmente, se cuenta con fiscalías especializadas en delitos de lavado de activos y pérdida de dominio y una Procuraduría Pública especializada en delitos de lavado de activos y procesos de pérdida de dominio.

El panorama normativo e institucional brevemente expuesto se ve reforzado con los pronunciamientos de las cortes judiciales y del Tribunal Constitucional. Este último ha establecido que la lucha contra la corrupción es un principio constitucional implícito, extraído vía interpretación de los artículos 39³ y 41⁴ de la Constitución Política del Perú, por lo que el Estado peruano “tiene el deber de combatir toda forma

³ Artículo 39 de la Constitución Política del Perú.

“Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley.”

⁴ Artículo 41 de la Constitución Política del Perú.

“Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley.

Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial. La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública.

de corrupción” (2020). Tal es así que “que los actos de corrupción no solo resultan contrarios al orden jurídico penal, sino que se encuentran reñidos con los más elementales designios de la ética y la moral y, también, con los valores constitucionales” (2020). Más aún, la lucha contra la corrupción no solo se desprende del marco constitucional, sino que también obedece a mandatos de orden convencional.

De esta manera, el Estado peruano ha institucionalizado el mandato constitucional de la lucha contra la corrupción, en tanto principio constitucional implícito, tanto en el ámbito público como privado. Ello constituye igualmente un desarrollo de compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano, como se verá a continuación.

3.2 En el derecho internacional

A nivel regional, en 1996 la Organización de Estados Americanos adoptó la Convención Interamericana contra la Corrupción, mediante la cual los Estados parte de la organización acordaron la implementación de medidas contra la corrupción, sobre la base de la cooperación y la necesidad común de defender la institucionalidad democrática contra los efectos de la corrupción.

Por su parte, el derecho internacional ha catalogado la lucha contra la corrupción como una cuestión de política pública internacional o transnacional. Así, desde la mención de este tópico en la Convención de Ginebra de 1927 hasta la actualidad, la corrupción ha sido objeto de reproche por parte de la comunidad internacional. Ello hasta el punto de que diversos instrumentos han expresado normativamente tan reproche (Della & Schilling, 2022, p. 819).

En esa línea, se tiene la Convención de Naciones Unidas en contra del Crimen Organizado Transnacional (en adelante, “CNUCOT”), adoptada en noviembre de 2000 por Resolución A55/25, cuyo seguimiento se encuentra a cargo de la Oficina contra la Droga y el Delito de las Naciones Unidas (en adelante, “NU”). El artículo 8 de este documento establece el compromiso de los Estados Parte de establecer medidas legislativas o de cualquier índole necesaria para criminalizar actos de corrupción y para promover la integridad en el ejercicio de la función pública, así como para prevenir, detectar y castigar la corrupción. Es preciso indicar que el Estado peruano es estado signatario de la CNUCOT desde el 14 de diciembre del 2000 y ratificó este instrumento el 23 de enero de 2002.

En esa línea, el artículo 8 de la CNUCOT, estatuye dos actos particulares de corrupción de funcionarios públicos: (i) la promesa, el ofrecimiento o la entrega de una ventaja indebida con el fin de que el funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones; y (ii) la solicitud o la aceptación de tal promesa, ofrecimiento o entrega de la ventaja indebida por parte del funcionario con el mismo fin (15 de noviembre de 2000).

En diciembre del 2000, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Resolución 55/61, mediante la cual declaró conveniente contar con un instrumento jurídico internacional contra la corrupción independientemente de la CNUCOT. Este instrumento especial sería elaborado por un equipo especializado y su seguimiento y vigilancia de cumplimiento estaría a cargo de la Oficina contra la Droga y el Delito.

El plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios o servidores públicos como para los particulares. La acción penal es imprescriptible en los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad.”

Por esta razón, en el año 2003, la Asamblea General de NU aprobó la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (en adelante, la “CNUC”), la cual expresa la preocupación de los Estados Parte por las consecuencias de los actos de corrupción en las instituciones públicas y su decisión de implementar medidas en ese sentido, y fortalecer la cooperación internacional para disuadir y revertir las transferencias internacionales de activos adquiridos ilícitamente, entre otras intenciones y declaraciones. De esta manera, la CNUC introduce una serie de medidas, disposiciones y líneas de acción para la prevención, detección, sanción y reversión de las consecuencias de los actos de corrupción en el escenario internacional. Cabe recordar que el Perú es estado signatario desde el 10 de diciembre de 2003 y ratificó esta convención el 16 de noviembre de 2004.

Un aspecto interesante de la CNUC es la disposición contenida en su artículo 29, por la cual será posible inferir el conocimiento, intención o propósito de la configuración de un delito tipificado según las directrices de la convención a partir de “circunstancias fácticas objetivas”. A este respecto, la Guía Legislativa de la CNUC dispone que los respectivos legisladores nacionales deberían prever en las disposiciones que promulguen en cumplimiento de los compromisos adoptados en la convención, contemplen reglas probatorias que permitan esta inferencia, en vez de exigir pruebas directas de la intencionalidad para la comisión de un determinado delito de corrupción (2012). Con lo cual, se aprecia que existe una preocupación por la cuestión probatoria de ciertos elementos típicos de los delitos de corrupción ante la dificultad que representa ello de cara a una investigación o proceso de índole penal.

El reproche jurídico a la corrupción y la lucha en su contra como una cuestión de política pública internacional o transnacional también ha sido estatuido en la Convención de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE) y la sección II del Capítulo 3 de los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

Lo que estos instrumentos tienen en común, además de una intencional omisión de una definición de corrupción, es que reflejan el interés de la comunidad internacional en prevenir, detectar, sancionar y revertir los efectos de la corrupción en el ámbito público y privado, a través de la implementación de medidas legislativas o administrativas y la cooperación internacional. Detrás de ello, reposa el reproche a la corrupción en sus distintas formas, niveles y grados. Tal interés y tal reproche son compartidos por el Estado peruano.

Adicionalmente, se tiene en el plano internacional distintos pronunciamientos que confirman el reproche de la comunidad internacional respecto de la corrupción. A nivel regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado las perniciosas consecuencias de la corrupción para las sociedades con aspiraciones democráticas, como también para los derechos individuales y el desarrollo de la sociedad en general (2018).

Por otro lado, en el escenario del arbitraje internacional, se puede tomar como ejemplo el pronunciamiento del tribunal arbitral en el caso del laudo No. 1110 de 1963 en que participó como demandante la República de Buenos Aires:

“Aunque estas comisiones no fueron usadas exclusivamente para sobornos, una parte sustancial de ellas deben haber sido pensadas para tal fin. Ya sea que se parta de la perspectiva del buen gobierno o de la ética comercial, es imposible cerrar los ojos ante el probable destino de montos de tal magnitud, el efecto destructivo provocado en la cadena de negocios con el consecuente perjuicio al progreso industrial. Tal corrupción es un mal internacional; es contrario a las buenas costumbres y al orden público internacional común a la comunidad de naciones” [traducción libre].

(Énfasis agregado).

Aún más, existe el postulado doctrinario de que los delitos de corrupción pueden ser considerados como de lesa humanidad. De hecho, la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Argentina, ha extraído de ello, como consecuencia, la imprescriptibilidad de estos delitos (Ruiz, 2020).

Sin embargo, la definición legal de la corrupción representa dificultades distintas en el derecho nacional y en el derecho internacional. En el primero, es posible rastrear textos legales que definen situaciones o actos específicos que merecerán una sanción de llegar a comprobarse. En el segundo caso, la cuestión del alcance de la corrupción y las consecuencias que las autoridades jurídicas internacionales pueden aplicar a los responsables se vuelve diáfana. Especialmente, esto es así en el ámbito del arbitraje internacional porque debe haber una correspondencia entre el acto reprochable y la consecuencia jurídica que permita a la autoridad del caso concreto calificar tal acto como ilícito y aplicar la consecuente sanción; correspondencia que debe evidenciarse entre el derecho nacional e internacional.

Tales factores varían y dependen de acuerdo al lugar del arbitraje, el derecho nacional aplicable, las competencias del tribunal arbitral y su capacidad para interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico interno en armonía con los principios de derecho internacional. Al respecto, los autores Della & Schilling (2022, p. 820-821) sostienen lo siguiente:

“En consecuencia, dependiendo de criterios como el lugar del arbitraje y en dónde el laudo será ejecutado, puede haber más de una cuestión de orden público en juego, lo que puede incluir un concepto global transnacional, pero también variantes internacionales, regionales y domésticas. A su turno, cada uno de esos ámbitos puede tener definiciones de trabajo diferentes de corrupción, como también distintos parámetros para identificarla. Efectivamente, la ‘vaguedad de las definiciones’, junto con la ausencia de un ‘estándar oficial’, en la práctica, dejará la mayor parte de trabajo para el tribunal arbitral.

[...].

La cuestión central es que, pese a que puede haber alguna interacción, la práctica arbitral no está perfectamente alineada con las nuevas demandas: su influencia no ha sido tan cohesionada ni tan rápida como la necesidad de adoptar medidas contra la corrupción. En ese sentido, la falta de una práctica uniforme para lidiar con alegaciones de esta naturaleza —necesaria para lograr una mayor predictibilidad— continúa siendo la regla, e incluso los remedios propuestos, como se mencionó, no son uniformes.” [Traducción libre].

Esta problemática se vuelve importante de cara al arbitraje internacional. Los instrumentos de derecho internacional, usualmente de *soft law*, reflejan un reproche unánime de la comunidad internacional hacia los actos de corrupción, y aunque pueden ser aplicados por las cortes nacionales investidas con la competencia para ejecutar laudos, pueden no ser aplicables para los árbitros. Estos deben lidiar con casos específicos de corrupción o supuesta corrupción, para lo que necesitan herramientas adecuadas que no pongan en peligro la ejecutabilidad del laudo o arriesguen la percepción del arbitraje como un mecanismo apropiado para la resolución de conflictos, so pena de permitir que por su intermedio se concreten actos de corrupción (Della & Schilling, 2022, p. 822).

4. La corrupción como causal de nulidad contractual por vulneración del orden público y las buenas costumbres

Con el discurso anterior se comprueba la premisa por la cual la corrupción atenta contra el orden público y las buenas costumbres al alterar el interés colectivo en la preservación de la institucionalidad democrática, socavada por la desviación de los poderes de decisión otorgados a los funcionarios públicos.

Efectivamente, en sede nacional se ha promovido ciertas investigaciones académicas en este asunto. Una de estas investigaciones que conviene destacar, analiza diversos escenarios en que pueden acaecer actor de corrupción en la contratación estatal, así como en los procedimientos de promoción de la inversión privada mediante asociaciones público-privadas (Quispe, 2023, p. 109):

- **Antes de la celebración del contrato.** Ello comprende la proyección de las bases del concurso, que bien podrían elaborarse a partir de criterios no objetivos o que solo puedan ser cumplidos por el competidor corruptor. Con lo cual, se pretende beneficiar a un postor corruptor, ya sea añadiendo cualidades en la evaluación de su oferta u obstaculizando e impidiendo la participación de sus competidores.
- **Durante la evaluación de las propuestas.** Los escenarios que pueden presentarse son aquellos en que se decide arbitrariamente no aplicar los criterios objetivos de calificación de ofertas establecidos en los documentos del procedimiento, o utilizar criterios o apreciaciones subjetivas en su evaluación.
- **Supuestos que afectan el procedimiento.** Finalmente, se trata de aquellos escenarios en que la corrupción se aprecia en el hecho mismo de contratar o promover un determinado proyecto de inversión. Por ejemplo, la emisión indebida de una opinión favorable sobre la relevancia del proyecto, o el diseño de un contrato de asociación público-privada sin justificación o técnicamente deficiente, o promover una contratación, no para favorecer una necesidad pública determinada, sino para favorecer intereses personales o de terceros.

De esta manera, la corrupción podría configurarse en distintos momentos o grados de un procedimiento de contratación, pero el autor citado efectúa un matiz importante: se debe distinguir entre actos de corrupción contractualmente relevantes y no relevantes (Quispe, 2023, p. 110). Mientras que los primeros se presentan momentos determinantes para la celebración del contrato, los segundos, no. Esto último se presentará cuando el beneficio o desviación de poder se dirija a acelerar la tramitación del procedimiento; mientras que lo primero, se presentará, entre otros, en la “elaboración dirigida de bases” (Quispe, 2023, p. 110). La distinción se sustenta en que solo aquellos actos de corrupción contractualmente relevantes podrán comunicar la nulidad al contrato celebrado, en tanto los no relevantes solo reflejan una (reprochable) inacción estatal.

En ese sentido, concordamos con la tesis expuesta cuando propone que

“[...] cuando nos referimos a la corrupción en la contratación estatal, nos estamos refiriendo, estrictamente, a aquellas normas imperativas de naturaleza social que buscan el progreso de los individuos en su dimensión económica y social.

De esta forma, las normas imperativas sobre la corrupción buscan evitar los efectos que esta produce. [...].

Entonces, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, contamos con un marco normativo contra la corrupción. Del cual, se pueden inferir normas imperativas que justificarían la nulidad de los contratos en donde se presenta.” (Quispe, 2023, p. 113).

Este marco normativo ya ha sido brevemente demarcado en el presente trabajo, y sirve de base para concluir que los actos de corrupción —aquellos contractualmente relevantes— pueden configurar la nulidad de un contrato estatal, o de cualquier índole dado que también repudia al Estado peruano la corrupción en el sector privado.

Finalmente, es preciso destacar que los actos de corrupción también podrían constituirse en una causal de nulidad alternativa: el fin ilícito. Sin embargo, tanto el objeto como la finalidad de los contratos estatales ya sean celebrados bajo la normativa de la inversión pública como privada, se encuentran generalmente definidos en el texto del contrato mismo. Con lo cual, difícilmente pueda inferirse una transacción ilícita por su objeto o un fin contrario al ordenamiento jurídico a partir del contenido del contrato. Por esta razón, para fines de análisis abstracto, es preferible analizar la corrupción y su relación con la nulidad contractual según la causal de vulneración del orden público y las buenas costumbres.

4.1 La cuestión probatoria: ¿es suficiente contar con indicios de corrupción? Las *red flags* en el arbitraje internacional como estándar probatorio de la corrupción

En este apartado se revisará el método *red flags* como “sucedáneo” de prueba en el arbitraje internacional y las soluciones que pueden adoptarse a través de él.

4.2 El método *red flags* en el arbitraje internacional

Enfrentarse a un caso de posible nulidad contractual por aparente corrupción requiere superar una compleja cuestión probatoria, puesto que los casos de corrupción usualmente no dejan rastro suficientemente evidente para comprobar su ocurrencia, aunque sí permite formar ciertos indicios. Además, en muchas ocasiones las pruebas que pudieran aportarse en medio de un proceso judicial o arbitraje usualmente provienen de la actuación probatoria desarrollada en un proceso penal o a los resultados o conclusiones de investigaciones fiscales.

Ante ello, la práctica arbitral internacional y algunas cortes nacionales han desarrollado un estándar probatorio denominado *red flags*, que dispensa la necesidad de probar la existencia de actos de corrupción. ¿Cómo? Vinculando evidencia circunstancial que indique ciertas estructuras relacionales de desviación del poder con ciertas consecuencias, como lo son ventajas o beneficios obtenidos por los involucrados o terceros interesados. Esta práctica es reciente en el arbitraje comercial y de inversión internacionales.

Elementalmente, el método se ha utilizado para declarar la nulidad de contratos comerciales o denegar la ejecución de un laudo que ordena cumplir un contrato cuando se verifiquen indicios serios, específicos y consistentes de corrupción (Strosser, 2021). A estos indicios, la práctica internacional los conoce como *red flags*.

Pese al atractivo del método, se reportan casos en que los tribunales arbitrales eligen no aplicarlo, o casos en que las cortes judiciales que intervienen en sede de anulación terminan por anular el laudo emitido en base al uso de este estándar de prueba.

Aun así, se ha registrado una tendencia a aceptar evidencia circunstancial en defecto de una prueba plena, debido a la dificultad que representa probar la corrupción. Esta evidencia circunstancial permite al tribunal arbitral del caso particular evaluar si la evidencia disponible es suficiente para inferir razonablemente que se pudo haber configurado un caso de corrupción.

En efecto, la Cámara de Comercio Internacional ha elaborado la “Guidelines on Agents, Intermediaries and Other Third Parties” [Guía sobre agentes, intermediarios y otras terceras partes] (en adelante, la “Guía”), en la cual arroja luces sobre el método de las *red flags*. De acuerdo con la Guía, estas son circunstancias de riesgo que pueden indicar que un tercero mantiene una tendencia a realizar pagos ilegales o sobornos a funcionarios del sector público o privado. Entre otras, la Guía identifica como *red flags* las siguientes:

- El beneficio o comisión percibido por una de las partes de la relación es desproporcional con los beneficios o comisiones usualmente recibidos por la actividad desempeñada o servicio público prestado.
- En el marco de la operación contractual, dos representantes con poderes de decisión mantienen relaciones cercanas de carácter comercial, familiar o de distinta índole.
- Existe un involucramiento de personas o empresas con reputación cuestionable o que ha sido cuestionada con anterioridad por hechos de corrupción.

Estos son solo algunos ejemplos de señales de corrupción establecidos en la Guía, lo que no excluye que la realidad arroje otros más notorios. Por ejemplo, la modificación irregular o antirreglamentaria de ciertas condiciones a ser contempladas en un contrato de asociación público-privada que luego repercuten en un beneficio mayor del concesionario o contratista a aquel beneficio que fuera proyectado por este y sus competidores durante el concurso y el envío de las ofertas técnica y económica; o, incluso, los resultados de investigaciones fiscales o la actuación probatoria en procesos penales.

Sin embargo, el método ha probado mayor recurrencia en sede de ejecución o anulación de laudos ante cortes judiciales. Los casos estudiados y reportados se refieren a la Corte de Apelaciones de París, la cual ha levantado ciertos estándares de aplicación de las *red flags*.

Al respecto, la corte francesa ha admitido la anulación de laudos arbitrales que ordenan honrar contratos manchados de corrupción. Para ello, esta dispensa de pruebas de la comisión de un delito, la declaración de una autoridad competente sobre la culpabilidad o la efectiva comisión de un delito. Sin entrar a dilucidar la responsabilidad penal o exigir pruebas fehacientes, la corte francesa ha decidido anular laudos arbitrales cuando se reúnen indicios serios, específicos y consistentes de corrupción, tomando en cuenta que lo contrario implicaría ir en contra de una política pública internacional (Strosser, 2021).

Bajo el entendimiento de la CNUC, la corte francesa halló en el caso *Webcon v Gabon* la adjudicación de ciertos contratos para la construcción de un mercado en Gabón había sucedido luego de que el funcionario responsable de dicha decisión recibiera un beneficio económico materializado en un regalo de bodas.

Igualmente, en *Sorelec vs Libia*, la Corte de París anuló el laudo dictado en contra del estado libanés. Pero no concluyó lo mismo cuando en *Cengiz vs Libia*; este Estado expuso los mismos indicios de corrupción como parte de su petición de anulación. La inconsistencia ha sido atribuida al criterio de la corte francesa respecto de la verificación de la seriedad, especificidad y consistencia de los indicios. Sin embargo, esta siempre ha hecho expresa reserva de su prerrogativa para anular un laudo cuando oficiosamente aprecie la existencia de *red flags* (Strosser, 2021).

Para ilustrar lo anterior, puede revisarse el caso “Rutas de Lima contra la Municipalidad Metropolitana de Lima”. En este caso, existió un debate entre los miembros del tribunal respecto al valor que se debía otorgar a las *red flags* aludidas por la entidad demandada. Finalmente, la decisión en mayoría optó por confirmar la validez del contrato, mientras que el voto disidente, luego de analizar distintas alertas, concluye lo contrario. De acuerdo a Pablo Mori, este caso demuestra que además de exponer las *red flags*, la parte que

las alega debe demostrar que existe una vinculación entre esas señales y el hecho materia de análisis. Así, si no se aportan pruebas que demuestren un nexo causal entre la alegación de corrupción y la celebración del contrato, no es posible analizar cómo ello afecta su validez.

Ahora bien, a la luz de todo lo anterior, ¿cómo es posible adoptar las *red flags* en el arbitraje nacional peruano? La respuesta debe considerar, al menos, los siguientes tres factores:

- A diferencia de la jurisdicción judicial, la jurisdicción arbitral no forma jurisprudencia, por lo que el criterio adoptado en un caso arbitral no vincula a otro.
- Las reglas en materia probatoria provenientes del derecho procesal civil son supletoriamente aplicables a los arbitrajes regidos bajo el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje.
- Existen principios en el ordenamiento jurídico peruano que ponen en cuestión la posibilidad de declarar la nulidad de un contrato público a partir de alegaciones, entre ellos el principio del debido proceso, el principio de independencia judicial y el principio de presunción de inocencia. La presencia de estos principios constitucionales podría poner en tela de juicio la aplicabilidad de los *red flags* al arbitraje nacional.

Considerando estos tres aspectos, la aplicación de los *red flags* a arbitrajes nacionales tendría que superar distintos obstáculos. Si el caso arbitral versara sobre un contrato cuya celebración y ejecución viene siendo investigadas en un proceso judicial o han sido objeto de un pronunciamiento judicial no definitivo, existirán fuertes razones para que el método no sea aplicable o, en todo caso, efectivamente aplicable.

5. Conclusiones

- (i) En el ordenamiento jurídico peruano, la nulidad es una sanción que se aplica a los actos jurídicos que presentan defectos estructurales graves, privando al acto de todos sus efectos desde el momento de su celebración. La nulidad puede ser declarada por el juez o árbitro, a pedido de las partes interesadas o el Ministerio Público o de oficio, cuando la nulidad es manifiesta, se relaciona con la controversia planteada por las partes y se les ha dado oportunidad del contradictorio. Sin perjuicio de ello, siempre existe una valla probatoria que superar, puesto que demostrar la corrupción no es una cuestión sencilla.
- (ii) Una de las causales de la nulidad de los actos jurídicos en el contexto peruano viene dada por la contravención a las normas que interesan al orden público y las buenas costumbres, que se entienden como principios generales que protegen los valores fundamentales de la sociedad. Estos principios evolucionan con el tiempo y el espacio, y su conservación es esencial para la vida comunitaria. La causal de nulidad exige identificar una norma que interese al orden público y determinar si el acto jurídico la infringe. Esta interpretación garantiza la protección de los intereses colectivos y fundamentales, independientemente de las creencias individuales, y refleja la preocupación por el bienestar y el progreso de todos los ciudadanos.
- (iii) En el derecho peruano, la corrupción se considera una violación al orden público y las buenas costumbres, reflejada en una amplia lista de delitos en el Código Penal que abordan diversas formas de corrupción. El país ha implementado medidas e instituciones específicas para combatir la corrupción. Además, el Tribunal Constitucional reconoce la lucha contra la corrupción como

un principio constitucional implícito, subrayando la importancia de erradicar esta práctica en el ámbito público y privado. El Estado peruano demuestra su compromiso con la integridad y la lucha contra la corrupción, en consonancia con sus obligaciones internacionales.

- (iv) En la línea de lo anterior, la lucha contra la corrupción es un compromiso internacional respaldado por acuerdos como la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. Estos instrumentos establecen medidas para prevenir, detectar y sancionar la corrupción en la función pública. Además, introducen disposiciones que permiten inferir la intención de cometer delitos de corrupción a partir de circunstancias objetivas, simplificando la carga probatoria en investigaciones y procesos penales. La comunidad internacional reconoce la gravedad de la corrupción y su impacto en la democracia, los derechos humanos y el desarrollo.
- (v) La corrupción socava el orden público y las buenas costumbres al desviar los poderes de decisión de los funcionarios públicos y perjudicar el interés colectivo en la preservación de la institucionalidad democrática. Por ello, su verificación en la celebración de un contrato configura la causal de nulidad del inciso 8 del artículo 219 del Código Civil. En el contexto de la contratación estatal, la corrupción puede manifestarse en diferentes etapas y grados del proceso, siendo importante distinguir entre actos de corrupción contractualmente relevantes y no relevantes. Los actos de corrupción relevantes pueden dar lugar a la nulidad de un contrato, respaldada por un marco normativo que busca prevenir los efectos perjudiciales de la corrupción en las dimensiones económicas y sociales de la sociedad. Además, la corrupción puede ser una causa alternativa de nulidad por fin ilícito.
- (vi) En casos de posible nulidad contractual relacionada con corrupción, la complejidad probatoria es evidente. La corrupción rara vez deja pruebas claras, lo que lleva a la necesidad de utilizar indicios y evidencia circunstancial. La práctica arbitral internacional ha adoptado el estándar probatorio de *red flags* para detectar indicios de corrupción, aunque su aplicación no es uniforme y puede generar disputas legales. A pesar de esto, existe una tendencia creciente a aceptar evidencia circunstancial como una forma válida de evaluar la posible corrupción, dado lo difícil que resulta demostrarla de manera directa. Este enfoque busca equilibrar la justicia y la dificultad inherente en estos casos.
- (vii) Finalmente, es crucial recalcar que en una sociedad justa y basada en el Estado de derecho, es imperativo distinguir entre acusaciones infundadas y evidencia sólida. Es necesario tener en cuenta la diferencia entre lo que la opinión pública denomina corrupción y lo que el derecho califica como tal. Ello, toda vez que en un sistema donde la presunción de inocencia es fundamental, debemos garantizar el respeto al debido proceso. Asimismo, se debe enfatizar la importancia de la presunción de inocencia y evitar juicios prematuros que basados únicamente en indicios o sospechas del público no convertidas en pruebas en el contexto de un proceso judicial, condenen injustamente a contratistas y entidades privadas. Si bien las *red flags* son útiles, deben estar respaldadas por un proceso justo y equitativo para todas las partes involucradas. Esto nos permitirá mantener un equilibrio entre la lucha contra la corrupción y el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos y las empresas privadas.

Bibliografía

Bibliografía citada

- Artaza Varela, O. (2016). La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en el delito de cohecho. *Política criminal*, 11(21), 307-339. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992016000100011>.
- Berger, K. P. (1 de marzo de 2016). *ICC Award No. 1110 of 1963 by Gunnar Lagergren, YCA 1996, at 47 et seq.* <https://bitly.cx/3uoo>.
- Caressi, F. (1987). *Il contratto (Vol. II)*. Milán: Giuffrè. UN (2004). *Convención contra el Crimen Organizado Transnacional* [Archivo PDF]. <https://bitly.cx/0555G>.
- CSNJPE (2016). *¿Quiénes somos?* <https://bitly.cx/xQ7E>.
- De la Puente y Lavalle, M. (2001). *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo II. Palestra Editores.
- Della Valle, M. & Schilling de Carvalho, P. (2022). Corruption Allegations in Arbitration: Burden and Standard of Proof, Red Flags, and a Proposal for Systematization. *Journal of International Arbitration*, 36(9), 817-862. <https://doi.org/10.54648/joia2022035>.
- Escobar Rozas, F. (2003). *Causales de nulidad absoluta. Código Civil Comentado (Vol. I)*. Gaceta Jurídica.
- Espinoza Espinoza, J. (2003). *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Espinoza Espinoza, J. A. (2002). El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional. *IUS ET VERITAS*, 12(24), 302-313. <https://bitly.cx/DrF1>.
- Mori Bregante, P., Álvarez Calderón, A. (23 de setiembre de 2020). *For Whom The Bell Tolls: Is The Red-Flags Standard's Application Enough To Prove Corruption In International Arbitration?* <https://bitly.cx/zus8>.
- García de Enterría, E. (1996). *Democracia, jueces y control de la Administración*. Editorial Civitas.
- UNODC (2012). *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. <https://bitly.cx/qkt3u>.
- Lohmann Luca de Tena, J. G. (1992). La nulidad manifiesta. Su declaración judicial de oficio. *IUS ET VERITAS*, 12(42), 56-63. <https://bitly.cx/MSgg>.
- Messineo, F. (1954). *Manual de derecho civil y comercial (Vol. II)*. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Ninamanco, F. (2020). *TÍTULO IX NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO*. En M. R. Manuel, & M. Torres Carrasco, *Código Civil Comentado (Vol. I, págs. 790-816)*. Gaceta Jurídica.
- Quispe, M. (2023). *La invalidez y convalidación del contrato por actos de corrupción*. [Tesis para optar por el grado de Magíster en Derecho Civil]. Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://bitly.cx/eOf7>.
- Ruiz, S. (2020). ¿Son los delitos de corrupción crímenes internacionales? *Revista en Ciencias Penales y Criminológicas*, (4). <https://bitly.cx/CEEZw>.
- Strosser, C. (16 de setiembre de 2021). *Paris Court of Appeal reaffirms "red flags" approach to corruption allegations in set aside proceedings*. <https://bitly.cx/QreG>.
- Global Arbitration Review (12 de agosto de 2020). *Why tribunals should not ignore "red flags" of corruption*. <https://bitly.cx/mMpb>.

Normas citadas

Código Civil peruano de 1984, actualizado al 10.03.24

Decreto Supremo N° 092-2017-PCM (14/09/17), que aprueba la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción.

Decreto Supremo N° 344-2018-EF (31/12/2018), que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

Decreto Supremo N° 082-2019-EF (13/03/2019), que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones con el Estado.

Decreto Supremo N° 195-2023-EF (10/09/23), que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

Jurisprudencia citada

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *Sentencia del 9 de marzo de 2018, Caso Ramírez y otros vs. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas)*. <https://bitly.cx/TCqca>.

Corte Suprema de la República. (2017). IX Pleno Casatorio Civil - Casación N° 4442-2015-Moquegua. Diario Oficial El Peruano.

International Chamber of Commerce. 1963. *Award No. 1110*

Tribunal Constitucional peruano. (2020). *Sentencia del Pleno 1035/2020, recaída en el expediente N° 00016-2019-PI/TC, Caso de la reparación civil a favor del Estado*. <https://bitly.cx/JZqOo>.

Tribunal Constitucional peruano. (2004). *Sentencia recaída en el expediente N° 3283-2003-AA/TC*. <https://bitly.cx/mvSPn>.