

**En el Arbitraje Conforme al Reglamento de la Comisión de las
Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y el
Acuerdo de Promoción Comercial Estados Unidos-Perú**

GRAMERCY FUNDS MANAGEMENT LLC,
Y
GRAMERCY PERU HOLDINGS LLC,

Demandantes

— c.—

LA REPÚBLICA DEL PERÚ,

Demandada

**RESPUESTA DE LAS DEMANDANTES A LA SOLICITUD DE
MEDIDAS PROVISIONALES PRESENTADA POR EL PERÚ**

Mark W. Friedman
Floriane Lavaud
Julianne J. Marley
DEBEVOISE & PLIMPTON LLP
919 Third Avenue
New York, NY 10022
EE. UU.
T: +1 (212) 909-6000
F: +1 (212) 909-6834

15 de junio de 2018

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	3
II. EL PERÚ CARECE DE FUNDAMENTO VÁLIDO PARA LA REPARACIÓN QUE SOLICITA	5
A. El Perú No Ha Aplicado el Estándar Legal Correcto para la Reparación Amplia que Solicita	5
B. El Perú No Puede Cumplir con el Estándar Legal para Medidas Provisionales	10
1. El Perú No Ha Demostrado que la Reparación Solicitada Preserva Sus Derechos o Asegura que la Jurisdicción del Tribunal es Plenamente Efectiva, o que es Probable que se Produzca un Daño Irreparable Si No se Ordenan las Medidas Solicitadas.....	10
2. Ningún Daño Especulativo Alegado por el Perú Supera el Daño Real Causado a Gramercy	16
3. Perú No Ha Demostrado una Posibilidad Razonable de que Tendrá Exito Sobre el Fondo del Litigo.....	23
C. Cualquier Reparación Ordenada Debe Ser Verdaderamente Mutua.	24
III. SOLICITUD DE REPARACIÓN.....	26

I.

INTRODUCCIÓN

1. Gramercy Funds Management LLC (“*GFM*”) y Gramercy Peru Holdings LLC (“*GPH*”) (colectivamente, “*Gramercy*” o “*Demandantes*”) vuelven a oponerse a la solicitud de medidas presentada por la República del Perú (“*Perú*”) que buscan atar unilateralmente las manos de Gramercy al prohibirle hablar con otras partes interesadas sobre asuntos de interés público. Aunque el Perú la llama de forma engañosa e inocua una solicitud de “salvaguardias procesales”, se trata en realidad de una imposición de silencio perpetuo asombrosamente amplio que el Tribunal solo podría considerar como una medida provisional conforme a un estándar que el Perú no puede cumplir, por más que intente ocultar ese hecho.

2. A lo largo de su presentación, el Perú acusa a Gramercy de cometer una letanía de los llamados “incidentes de agravación”, pero no asume la responsabilidad de su propia conducta que es mucho más “agravante” que cualquier cosa que haya acusado a Gramercy de hacer. Véase **R-20**, Presentación del Perú, ¶ 43. Fue el Perú, no Gramercy, el que aplicó el “corrector” a una decisión de su más alto tribunal constitucional para transformar la opinión mayoritaria en un voto singular. Fue el Perú, no Gramercy, el que fingió pagar los Bonos Agrarios a través de lo que pregona ser un “procedimiento abierto a los tenedores de bonos legítimos”, mientras que en realidad ofrece un valor prácticamente nulo en las fórmulas erróneas de su Decreto Supremo. Fue el Perú, no Gramercy, el que luego cambió de manera impredecible y unilateral esas fórmulas de pago, y se negó a proporcionar ni siquiera una sola frase de justificación respecto a las fórmulas o una explicación de cómo funcionaban. Fue el Perú, no Gramercy, el que engañó a los acreedores y a las instituciones internacionales con respecto a su deuda pública al omitir toda mención de los Bonos Agrarios y al manifestar falsamente que no tenía disputas con sus acreedores. Fue el Perú, no Gramercy, el que engañó con falsas esperanzas a su contraparte durante años al expresar supuestamente interés en resolver esta controversia, y luego dio marcha atrás repetidamente a último minuto, a pesar de que Gramercy siempre estuvo dispuesto a entablar negociaciones de buena fe. Cuando el presidente peruano aparece en la televisión nacional poco después del inicio de este arbitraje, y asegura que el Perú “no le debe nada [a Gramercy]”, es difícil entender cómo el Perú puede describirse creíblemente como una víctima de la supuesta agravación de Gramercy. **Doc. CE-266**, LatinFinance, *PPK del Perú: “No creo que le debemos nada [a Gramercy]”*, 22 de agosto de 2016.

3. Visto desde esta perspectiva más equilibrada, es evidente que la imposición de silencio perpetuo que pretende el Perú en este caso no solo es injustamente unilateral, sino que es totalmente innecesario y esencialmente poco práctico. Si bien el Perú podría considerar que las declaraciones de Gramercy son incómodas o molestas, el compromiso por parte de Gramercy—y asimismo del Perú—respecto a asuntos de

interés público es simplemente un componente del tipo de debate y discusión que son un sello distintivo de democracias como las de los Estados Unidos y el Perú. El Perú no tiene derecho a silenciar a sus críticos o impedir la publicación de hechos precisos, pero embarazosos, acerca de su conducta, de la misma manera que Gramercy no tiene derecho a silenciar al Perú o hacer que este Tribunal le ordene al Perú poner fin a sus tergiversaciones.

4. En todo caso, el Perú no ha demostrado tener derecho a la reparación que solicita. No puede eludir el estándar legal aplicable simplemente al aducir que su petición es “rutinaria y de sentido común”. **R-20**, Presentación del Perú, ¶ 8. Mientras que la solicitud del Perú se disfraza como una petición para que el Tribunal exprese principios anodinos y generales, una lectura más profunda revela que reclama restricciones amplias y sin precedentes a la libertad de expresión.

5. El Perú ni siquiera ha intentado, y no puede, cumplir el estándar que realmente se exige para que el Tribunal considere dicha reparación tan extraordinaria. Como explica la Oposición de Gramercy, las reglas que rigen el presente arbitraje, el Acuerdo de Promoción Comercial entre los Estados Unidos y el Perú (el “*Tratado*”) y el derecho internacional imponen un estándar exigente para dichas medidas provisionales, que el Perú no puede cumplir. **C-22**, Oposición de Gramercy, ¶ 5. Por ejemplo, el Perú no ha demostrado que la reparación solicitada conserva los derechos reales que posee o asegura que la jurisdicción del Tribunal sea plenamente efectiva, o que es probable que se produzca un daño irreparable si no se ordenan las medidas solicitadas. Tampoco puede demostrar que el daño especulativo que alega supera el daño seguro que sufrirá Gramercy por la concesión de las medidas. Ni tampoco ha demostrado una posibilidad razonable de que esto prospere sobre el fondo del litigio.

6. En cambio, el Perú se basa en un razonamiento vago, una argumentación engañosa y saltos de lógica para justificar su petición extraordinaria, citando casos fuera de contexto o de una manera que es completamente imprecisa. Por mencionar solo uno de muchos ejemplos, el Perú sostiene que la Corte Internacional de Justicia ordenó una reparación que prohibía “campañas ‘planeadas para exacerbar la opinión’”, pero cita erróneamente la *petición* del solicitante en lugar de la decisión de la Corte, y no menciona que, de hecho, la Corte *se negó* a emitir dicho auto. Véase el caso de la *Anglo-Iranian Oil Co.*, Auto del 5 de julio de 1951: I.C.J. Reports 1951, **Doc. RA-3**, en 90-91, 93; **R-20**, Presentación del Perú, ¶ 22.

7. Por las razones aquí expuestas, Gramercy respetuosamente solicita que el Tribunal desestime la solicitud del Perú y conceda las costas a Gramercy. Alternativamente, en la medida en que el Tribunal esté dispuesto a conceder la reparación que solicite el Perú, dicha reparación debería tener un alcance limitado y ser verdaderamente mutua.

II.

EL PERÚ CARECE DE FUNDAMENTO VÁLIDO PARA LA REPARACIÓN QUE SOLICITA

8. Si bien la formulación actual de las medidas que solicita el Perú pareciera relativamente inofensiva y más restringida que aquellas que incluyó inicialmente en sus comunicaciones previas al Tribunal, el Perú pretende que estas medidas al parecer inocuas prohíban una muy amplia gama de acciones específicas. El Perú carece de fundamento legal para la reparación extraordinaria que solicita. *En primer lugar*, el Perú ni siquiera ha pretendido aplicar el estándar más estricto ya descrito para que el Tribunal ordene esa reparación extraordinaria. *En segundo lugar*, en ningún caso puede cumplir ese estándar. *En tercer lugar*, si el Tribunal estuviera dispuesto a ordenar una reparación, la misma debe ser verdaderamente mutua y limitar una gama igualmente amplia de la conducta del Perú.

A.El Perú No ha Aplicado el Estándar Legal Correcto para la Reparación Amplia que Solicita

9. El Perú se equivoca al afirmar que las medidas que ahora solicita son “rutinarias y de sentido común”, “no controversiales” y “garantías razonables”. **R-20**, Presentación del Perú, ¶¶ 8, 16, 29. Aunque el Perú ha pretendido caracterizar sus medidas en términos relativamente neutrales, en realidad pretende una reparación increíblemente amplia, encaminada a restringir una amplia gama de acciones, lo que incluye tanto comunicaciones públicas como privadas, así como declaraciones públicas que no tienen nada que ver con el arbitraje en sí. Esta reparación va mucho más allá de lo que han ordenado los Tribunales anteriores y, en particular, va mucho más allá de cualquier cosa que pueda interpretarse como una cuestión meramente “procesal” más que como una medida provisional de protección.

10. Por ejemplo, el Perú solicita que el Tribunal ordene que las Partes “se abstengan de toda acción o conducta que pueda resultar en agravación de la controversia”. Véase *cf.* **R-20**, Presentación del Perú, ¶ 2. A primera vista, esta solicitud parece más bien general e incluso un tanto ambiciosa en el sentido de que deja abierto un amplio margen de interpretación sobre qué conducta podría de alguna manera dar lugar o no a una agravación de la controversia. Sin embargo, más adelante en su Presentación, el Perú revela que busca que se le otorgue a esta “disposición general” un significado mucho más puntualizado y específico, a saber:

... abarca[] una gama de tipos de conducta previamente indicados por el Perú, entre ellos, por ejemplo, participar en actividades de cabildeo, interferir con funcionarios públicos o eventos públicos, utilizar la prensa o las redes sociales de una manera ofensiva para ejercer

presión de forma indebida, eludir los mecanismos de controversias establecidos relacionados con este procedimiento en un esfuerzo por obtener materiales de una forma no transparente, hacer caso omiso a los canales designados de contacto, o interferir con las relaciones diplomáticas o las instituciones públicas.

R-20, Presentación del Perú, ¶ 11.

11. Esta lista muestra que el objetivo del Perú no es simplemente obtener una exhortación general sobre la no agravación, sino más bien imponer toda una serie de acciones específicas (aunque definidas muy vagamente) que van desde hacer preguntas en conferencias abiertas de inversionistas, hasta hablar con los representantes del gobierno y comunicarse con los medios en cualquier forma que el Perú considere subjetivamente “ofensiva”. Si el Perú hubiese sido más honesto y franco y hubiera solicitado explícitamente al Tribunal un auto que le prohibiera específicamente a Gramercy estas mismas actividades, el Tribunal hubiese visto inmediatamente la solicitud del Perú como lo que es—una solicitud de medidas provisionales de un tipo extraordinario.

12. Del mismo modo, el Perú también solicita que el Tribunal ordene a las Partes:

respetar el papel de la Parte no contendiente tal y como se establece en el Tratado. En consulta con las Partes, el Tribunal establecerá un auto procesal de conformidad con el cual la Parte no contendiente podrá hacer ciertas presentaciones de una manera consistente con el Tratado.

Véase **R-20**, Presentación del Perú, ¶ 45.

13. De nuevo, en su sentido literal, este lenguaje es relativamente inocuo, y Gramercy no tendría ninguna objeción excepto que no parece tener ningún propósito real, especialmente dado que el Tribunal ya ha propuesto un procedimiento que rige las presentaciones de la Parte no contendiente, como se refleja en su Proyecto de Auto Procesal 1. Proyecto de Auto Procesal 1 del Tribunal, 3 de junio de 2018, ¶ 71. Sin embargo, la Presentación del Perú y las comunicaciones previas dejan en claro que el Perú considera que “respetar el papel de la Parte no contendiente” significa que Gramercy se abstenga por completo de establecer comunicaciones con los funcionarios de los EE. UU. sobre todo lo relacionado con los Bonos Agrarios. *Véase* **R-20**, Presentación del Perú, ¶¶ 10-12; **R-7**, Carta del Perú al Tribunal, 17 de abril de 2018, págs. 4-5. Una solicitud tal no tiene precedentes y debería ser minuciosamente evaluada como una solicitud de medidas provisionales,

y no solo como “salvaguardias procesales” adoptadas en forma casual.

14. Por último, el Perú solicita que el Tribunal dicte un auto estableciendo lo siguiente:

Todas las comunicaciones entre cualquiera de las Partes, lo que incluye las comunicaciones relacionadas con cualquiera de sus representantes, se canalizarán únicamente de la manera indicada por cada Parte en los Términos de Nombramiento.

Véase R-20, Presentación del Perú, ¶ 45.

15. Como lo dejaron en claro sus abogados durante la primera Conferencia Procesal, el Perú tiene la intención de que esta disposición cubra no solo las comunicaciones legales relacionadas con el arbitraje—que, como Gramercy reconoció, se han llevado a cabo y se llevarán a cabo a través de abogados—sino también todas las comunicaciones que no tengan carácter legal. Como se analizó en la Oposición de Gramercy, esta es, de hecho, una petición increíblemente amplia, que interferiría con una gama potencialmente vasta de comunicaciones legítimas. *Véase C-22*, Oposición de Gramercy, ¶¶ 42-44. Y a pesar del hecho de que el Perú asegura que esta petición es “rutinaria y de sentido común”, el Tribunal no proporciona ningún fundamento jurídico para su facultad de concederla, ni tampoco cita ejemplos similares de tribunales que ordenan dicha reparación, incluso como medida provisional. En su lugar, el Perú menciona por autorreferencia peticiones que envió a Gramercy para canalizar todas las comunicaciones a través de sus abogados externos. Las peticiones del Perú, aunque sean frecuentes, no crean un derecho legal. De otro modo, toda conducta o acción podría ser restringida si una de las partes la solicitara con suficiente frecuencia.

16. El Tribunal no puede ordenar medidas tan radicales como si estuvieran simplemente dentro de su “mandato y poder”. *Véase R-20*, Presentación del Perú, ¶ 13. Más bien, la jurisprudencia anterior deja claro que, si el Perú solicita medidas tan amplias, debe cumplir con el estándar estricto impuesto para medidas provisionales. De hecho, los anteriores tribunales de inversión que estudiaron las solicitudes de restricciones sobre la discusión o la divulgación pública lo han hecho en gran medida en el contexto de las medidas provisionales, evaluando si las medidas son “necesarias” y “urgentes” para evitar un “daño irreparable”, además de equilibrar los intereses de ambas partes. *Véase, por ej., United Utilities (Tallinn) B.V. c. República de Estonia*, Caso CIADI No. ARB/14/24, Decisión sobre Medidas Provisionales del 12 de mayo de 2016, **Doc. CA-55**, ¶¶ 74, 78; *Teinver S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/09/1, Decisión sobre Medidas Provisionales del 8 de abril de 2016, **Doc. CA-54**, ¶ 103; *Valle Verde c. República de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/12/18, Decisión sobre Medidas Provisionales del 25 de enero de 2016, **Doc. CA-56**, ¶ 86. Y los

tribunales se han negado a conceder medidas similares relacionadas con las restricciones sobre la publicidad cuando el solicitante no cumpla el estándar.

17. En *Dawood Rawat c. Mauricio*, por ejemplo, el tribunal se negó a ordenar medidas que restringieran la presunta “campana mediática” de la demandada contra la familia de la demandante, sobre la base de que la demandante no había demostrado un daño irreparable. *Dawood Rawat c. Mauricio*, Caso PCA 2016-20, Reglamento de la CNUDMI de 1976, Orden sobre Medidas Provisionales del 11 de enero de 2017, **Doc. CA-61**, ¶ 129. Del mismo modo, en el caso *Valle Verde*, el tribunal se negó a ordenar medidas específicas que prohibieran a la demandada publicar ciertas declaraciones en línea, determinando que la demandante no había demostrado que las medidas eran necesarias para protegerse contra un daño irreparable. *Valle Verde*, Decisión sobre Medidas Provisionales, **Doc. CA-56**, ¶ 92. En el procedimiento de anulación de *Von Pezold c. Zimbabue*, el tribunal se negó a conceder medidas provisionales basadas en la publicación del otorgamiento en el procedimiento subyacente, señalando: “Se debe considerar que... las Partes tienen derecho a comentar a los medios sobre el laudo de la CNUDMI en cuestión...” *Von Pezold c. Zimbabue*, Caso CIADI No. ARB/10/15, Procedimiento de Anulación, Decisión sobre Medidas Provisionales del 17 de marzo de 2016, **Doc. CA-64**, ¶ 35.

18. Si bien en algunas ocasiones los tribunales de inversión han ordenado o recomendado ciertas protecciones sin evaluar el estándar completo para medidas provisionales, solo lo han hecho en el contexto de reparaciones más limitadas—es decir, una directiva general para que las partes se abstengan de “agravar” la controversia, junto con el reconocimiento de que esta directiva *no* equivale a una restricción amplia de la libertad de expresión. Véase, por ej., *Vigotop Ltd. c. Hungría*, Caso CIADI No. ARB/11/22, Laudo del 1 de octubre de 2014, **Doc. CA-63**, ¶ 60 (negándose a abordar formalmente la petición de medidas provisionales y recomendando a las partes que no “agraven la controversia o menoscaben la integridad del procedimiento” cuando se comuniquen con la prensa, a la vez que señala que el tribunal “no deseaba ni podía impedir que las Partes hablen con la prensa”). A pesar de los intentos del Perú de enmascarar su petición en términos similares, una exhortación general de este tipo que alienta la circunspección de las Partes no es claramente lo que busca el Perú en este caso.

19. Además, incluso en *Biwater*—un caso en el que se apoya mucho el Perú para la proposición de que una orden de “no agravación puede ser vista como un tipo particular de medida provisional... o simplemente como un aspecto de las facultades procesales generales del tribunal y su responsabilidad para su propio proceso”—el tribunal de hecho evaluó si había un “riesgo suficiente de daño o perjuicio” antes de ordenar una reparación. Véase **R-20**, Presentación del Perú, ¶ 30 (citando *Biwater Gauff Ltd. c. Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Auto Procesal No. 3 del 29 de septiembre de 2006, **Doc. CA-47**, ¶ 135); *Biwater PO 3*, **Doc. CA-47**, ¶ 146. El tribunal de *Biwater* también dejó

claro que, “dado el carácter público de esta controversia y la gama de intereses que pudieran verse afectados, incluidos los intereses en materia de transparencia e información pública... cualquier restricción debe ser delimitada en forma cuidadosa y estricta”. *Biwater* PO 3, **Doc. CA-47**, ¶ 147. En este sentido, mientras que el tribunal ordenó a las partes que se abstuvieran de publicar ciertos documentos de la controversia, y les “recomendó” que “se abstuvieran de tomar medidas que pudieran menoscabar la integridad procesal... del arbitraje o que pudiera agravar o exacerbar la controversia”, dejó en claro que “[p]ara evitar dudas, las partes pueden participar en una discusión general sobre el caso en público.” *Id.* ¶ 163.

20. A pesar de que las medidas solicitadas van mucho más allá de simples “salvaguardias procesales”, el Perú solicita ahora al Tribunal que ordene estas medidas sin ninguna referencia al estándar legal apropiado. De hecho, pareciera que el Perú le solicita al Tribunal que no aplique *ningún* estándar legal, sino que declare en forma oblicua que el Tribunal “tiene el mandato de poner orden en este procedimiento del Tratado”, y que las medidas solicitadas “se basan y son consistentes con el objeto de la Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados en virtud del Tratado y el principio establecido de no agravación”. Véase **R-20**, Presentación del Perú, ¶ 2-3. Estas justificaciones vacías son simplemente insuficientes. El Tribunal está poniendo “orden en el procedimiento”, sea lo que sea que eso signifique, al adoptar las medidas normales, ya ha comenzado a establecer el procedimiento, crear un calendario, elegir una sede y cosas por el estilo. El hecho de que un representante de Gramercy haga una pregunta en una conferencia de inversionistas no frustrará de ninguna manera el desarrollo ordenado de este arbitraje por parte del Tribunal. Del mismo modo, las medidas que solicita el Perú no guardan manifiestamente relación con los parámetros para el procedimiento de *este* Tratado. Lejos de limitar la libertad de expresión o de aislar el arbitraje del mundo exterior, el Tratado refleja aquí un grado excepcional de transparencia y apertura consistente con los principios democráticos fundamentales de las Partes del Tratado.

21. Si bien el Tribunal tiene la facultad para “llevar a cabo el arbitraje de la manera que considere apropiada”, esta facultad no es ilimitada. **Doc. CE-174**, Reglamento de la CNUDMI, Artículo 17.1. Más bien está “[s]ujeto al” Reglamento que rige este arbitraje, así como al Tratado. Véase *id.* Tanto el Reglamento de la CNUDMI como el Tratado limitan la aplicación de medidas provisionales a circunstancias en las que el Tribunal pueda confirmar que se cumplen los estándares pertinentes. Véase *id.* Artículo 26.3; **Doc. CE-139**, Tratado, Art. 10.20.8. La imposición de medidas provisionales a una demostración menor o diferente excedería el mandato del Tribunal y sería ineficaz e inexecutable.

22. Como se explica en la Oposición de Gramercy, el Perú debe por lo tanto convencer al Tribunal de que la concesión de las medidas preservaría sus derechos o aseguraría que la jurisdicción del Tribunal adquiera plena efectividad, y que la no concesión de las

medidas causaría un daño irreparable, o al menos un daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que es “probable” que se produzca de no otorgarse las medidas. **C-22**, Oposición de Gramercy, ¶¶ 26-27; **Doc. CE-174**, Reglamento de la CNUDMI, Artículo 26.3(a); véase también *Biwater*, **Doc. CA-47**, ¶¶ 145-146 (determinando que mientras que no es necesario que el “daño real se manifieste antes de que tomen las medidas”, existía un “riesgo suficiente de daño o perjuicio” que justificaba “cierta forma de control”). El Perú también debe convencer al Tribunal de que tal daño irreparable es notablemente más grave que el que pueda sufrir Gramercy si el Tribunal otorgase las medidas solicitadas, y que existe una posibilidad razonable de que el Perú prevalezca sobre el fondo del litigio. Véase *id.*

B. El Perú No Puede Cumplir con el Estándar Legal para Medidas Provisionales

1. El Perú No Ha Demostrado Que La Reparación Solicitada Preserva Sus Derechos o Asegura Que La Jurisdicción del Tribunal Es Plenamente Efectiva, o Que Es Probable Que Se Produzca un Daño Irreparable Si No Se Ordenan las Medidas Solicitadas

23. Tal como se analizó en la Oposición de Gramercy, el Perú no ha demostrado que la reparación solicitada preserva los derechos legales identificables que posee o asegura que la jurisdicción del Tribunal sea plenamente efectiva, o que existe la probabilidad de un daño irreparable de no otorgarse la reparación solicitada. **C-22**, Oposición de Gramercy, ¶¶ 29-44. La Presentación del Perú omitió abordar estos estándares y en su lugar se basó en el “principio establecido de no agravación” y el “mandato” del Tribunal “de poner orden en el procedimiento de este Tratado” como la única base legal para su solicitud. Véase **R-20**, Presentación del Perú, ¶¶ 2-3.

24. Si bien algunas cortes y tribunales han reconocido un principio de no agravación, dicho principio no constituye un comodín por el cual una parte de un procedimiento puede restringir cualquier conducta que considere subjetivamente “agravante” en el sentido coloquial. Más bien, el principio de no agravación se desarrolló como un medio para limitar una conducta seria del Estado que amenazaba con destrozarse los mismos derechos en cuestión en el procedimiento, o que podía hacer escalar la controversia más allá de los medios de resolución no violenta. Incluso en el contexto de una resolución de controversia entre inversionista y Estado—donde el riesgo de escalada entre Estados no está presente—los tribunales se han referido por lo general a la “agravación” en el contexto de acciones graves que amenazan con dañar irreparablemente los derechos de las partes, lo que hace mucho más difícil, si no imposible, que el tribunal conceda una reparación efectiva.

25. Los mismos casos que cita el Perú para destacar “el principio de no agravación” en casos de inversión ilustran de hecho este punto. En el caso *Teinver*, la medida “agravante” no fue simplemente

una “conferencia de prensa”, sino que fue una conferencia de prensa celebrada por el Estado en la que anunciaba el enjuiciamiento penal del abogado de la demandante, que el tribunal consideró que “amenaza[ba] con afectar el derecho de la demandante a ser representada por un abogado de su elección en este arbitraje”. *Teinver S.A.*, Decisión sobre Medidas Provisionales, **Doc. CA-54**, ¶ 53, 205; véase **C-22**, Oposición de Gramercy, ¶ 32. En el caso *City Oriente c. Ecuador y Occidental c. Ecuador*, las medidas “agravantes” en cuestión eran amenazas de acciones por parte del Estado demandado de modificar su régimen jurídico subyacente, lo que afectaría claramente los derechos contractuales de las demandantes objeto de esta controversia y, por lo tanto, socavarían la capacidad de los tribunales de otorgar una reparación eficaz. Véase *City Oriente c. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/21, Decisión sobre Medidas Provisionales del 19 de noviembre de 2007, **Doc. RA-13**, ¶¶ 55-58, 83; *Occidental Exploration and Production Co. c. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Decisión sobre la Solicitud de Modificar la Decisión sobre la Suspensión de la Ejecución del Otorgamiento del 23 de septiembre de 2014, **Doc. RA-18**, ¶¶ 31-32.

26. En lugar de abordar los límites reales de la “no agravación”, como lo entendieron previamente las cortes y tribunales internacionales, Perú, en cambio, de manera osada – e incorrecta – proclama que la Corte Internacional de Justicia ha prohibido en decisiones anteriores las “campañas ‘diseñadas para enardecer la opinión’”, para justificar la conclusión más amplia de Perú de que “diversos tipos” de conducta pueden constituir una agravación. **R-20**, Presentación de Perú, ¶ 22. En realidad, la Corte *desestimó* un pedido del Reino Unido para que se ordenara a Irán “abstenerse de toda clase de propaganda diseñada para enardecer la opinión en Irán en contra de Anglo-Iranian Oil Company, Limited, y del Reino Unido”, lo cual se contradice con la declaración flagrantemente inexacta de Perú de equiparar el *pedido* del Reino Unido con una decisión de la Corte. Antes bien, la Corte simplemente instruyó a ambas partes a “garantizar que no se realice ninguna clase de acción susceptible de agravar o prolongar la disputa presentada ante la Corte”, sin especificar ninguna conducta prohibida en particular. Véase *caso de la Anglo-Iranian Oil Co.*, Decisión del 5 de julio de 1951; Informes de la Corte Internacional de Justicia 1951, **Doc. RA-3**, en 90-91, 93. Más precisamente, los fundamentos para solicitar tales medidas no eran un disgusto general por comentarios públicos acogidos negativamente en una democracia del tipo que Perú intenta silenciar, sino el temor del Reino Unido a que el “enardecimiento” y “la propaganda” patrocinados por el Estado pudieran derivar en “actos de agresión masivos” contra los empleados ingleses, que provocaran “[m]altratos, lesiones físicas y, aún peor... la muerte”. *Caso de la Anglo-Iranian Oil Co.*, Pedido de indicación de medidas provisionales, 22 de junio de 1951, **Doc. CA-59**, ¶ 9.

27. No existe en este caso nada ni remotamente parecido a esa conducta gravemente amenazante. Antes bien, el “patrón de agravación”

alegado por Perú consiste en una combinación de actividades de defensa públicas legítimas y basadas en hechos por las cuales Gramercy y otros bonistas buscaron impugnar las declaraciones falsas de Perú y exponer su comportamiento ilícito.

28. En efecto, como lo analizó la Oposición de Gramercy, el grueso de la conducta alegada está vinculado a los esfuerzos de Gramercy por responder y corregir las declaraciones falsas de Perú respecto de los Bonos de la Reforma Agraria ante instituciones financieras internacionales y mercados de capital, y los cuales, en realidad, se asemejan a menudo al comportamiento que el mismo Perú ha exhibido recientemente y con frecuencia. Véase, por ej., **C-22**, Oposición de Gramercy, ¶¶ 16-21. Este comportamiento consiste en contrataciones de cabilderos, expertos y conversaciones con agencias de calificación – conductas todas que Perú también lleva a cabo y que sencillamente no afectan a los derechos que se debaten en este arbitraje, ni a la capacidad del Tribunal de decidir sobre la disputa. **C-22**, Oposición de Gramercy, ¶ 40; **R-2**, Respuesta de la República del Perú, 6 de septiembre de 2016, ¶¶ 61-62.

29. De manera similar, Perú arremete contra la coordinación entre Gramercy y peruanos y peruanos-estadounidenses, incluso a través de las organizaciones coordinadoras Peruvian-American Bondholders for Justice (“**PABJ**”), la Asociación de Bonistas de la Deuda Agraria (“**ABDA**”), la Asociación de Agricultores Expropiados por Reforma Agraria (“**ADAEPRA**”) y la Alianza por el Pago Justo de los Bonos Agrarios (“**APJBA**”), calificándola de “patrón de agravación”. **R-20**, Presentación de Perú, ¶ 36. Estas organizaciones – todas las cuales han existido por muchos años y por al menos un año antes de la inversión en los Bonos de la Reforma Agraria de Gramercy – están integradas por cientos de bonistas, y propugnan por la protección de los derechos de sus miembros. La coordinación entre Gramercy y estas organizaciones es perfectamente legítima, y fue en efecto una reacción razonable ante el constante rechazo de Perú a tratar con los bonistas en general, un grupo amplio y diverso compuesto por muchas otras personas además de Gramercy. Además, dicha coordinación era un componente responsable de la estrategia de inversión original de Gramercy de reunir a una masa crítica de bonos y bonistas para diseñar una solución preparada previamente para ayudar a Perú a resolver sus problemas con los grupos de acreedores que no se encontraban cohesionados. Como señaló Robert Koenigsberger, socio fundador y administrador de Gramercy, la compañía vio en los Bonos de la Reforma Agraria “una buena oportunidad...para actuar como catalizador de una solución positiva para este incumplimiento (*default*) selectivo”. **C-9**, Declaración testimonial ampliada de Robert S. Koenigsberger (“**RK WS**”), 5 de agosto de 2016, ¶ 22. La coordinación entre Gramercy y otros individuos y organizaciones que comparten un interés común todavía puede producir esa clase de

solución positiva e integral, pero en modo alguno le impide a Perú ejercer ningún derecho, ni la sustanciación de este arbitraje.

30. Además, un ejemplo estrafalario de la forma infinitamente laxa en que Perú considera el término “agravación” es la caracterización del ejercicio de derechos por parte de Gramercy en virtud del Tratado como “incidentes de agravación”. **R-20**, Presentación de Perú, Anexo, ¶¶ 4-8. Perú no puede seriamente argüir que el envío de Gramercy de su Notificación de Arbitraje constituya una conducta “agravante” que dañe de forma inadmisiblemente los derechos de Perú o que ponga en peligro la jurisdicción del Tribunal. Por el contrario, el ejercicio de derechos por parte de Gramercy fue lo que activó la jurisdicción del Tribunal en primer lugar, y dio inicio al mismo foro que Perú ahora acepta como el exclusivo para resolver la disputa.

31. Además, Perú tergiversa gravemente los antecedentes históricos. Por citar un ejemplo, mientras acusa a Gramercy de “rechazar invitaciones de buena fe a participar en consultas posteriores” antes de presentar esta Notificación de Arbitraje, Perú omite manifiestamente que fue *Gramercy* la que propuso en varias oportunidades un acuerdo de interrupción de los plazos de prescripción como un medio de prolongar la posibilidad de negociaciones amigables y de diferir el comienzo del arbitraje; fue *Gramercy* la que respondió a cada una de las comunicaciones de Perú con explicaciones detalladas durante la negociación; y fue *Gramercy* la que envió a sus representantes a Lima, Perú, para lograr un acuerdo. Véase *id.*, Anexo 5; **Doc. R-53**, Carta de Gramercy a Perú, 30 de mayo de 2016. Asimismo, Perú omite que ocultó sus intenciones, dilató las negociaciones y finalmente dinamitó a último momento la negociación por el acuerdo de interrupción de plazos de prescripción incorporando una nueva disposición de “píldora venenosa” que sabía que Gramercy no aceptaría, por lo que esta última no tuvo otra opción más que comenzar este arbitraje. **Doc. R-53**, Carta de Gramercy a Perú, 30 de mayo de 2016. Perú, increíblemente, infiere de estos sucesos que Gramercy “rechazó las consultas” cuando en realidad fue Perú quien las sabotó. **R-20**, Presentación de Perú, Anexo, ¶ 7.

32. Por último, Perú se ofende por lo que llama “los mensajes de Gramercy”. **R-20**, Presentación de Perú, ¶ 41. Sin embargo, Perú ha omitido demostrar nada ni tan remotamente inexacto, mucho menos “agravante”, en el uso de Gramercy de palabras tales como “incumplimiento” y “Bonos de la Reforma Agraria”, y su estimación del monto total de la deuda pendiente de los Bonos de la Reforma Agraria. La sugerencia de que es algo “agravante” utilizar la palabra “incumplimiento” para describir una deuda que persiste impaga décadas después de su emisión y de su vencimiento es lisa y llanamente absurda, y a tal punto ha sido eliminada del concepto de agravación creado por los tribunales internacionales que carece efectivamente de significado.

33. En suma, Perú degrada una doctrina concebida para prevenir actos graves y abruptos que pongan en peligro la vida y la salud humanas, intimiden a testigos y abogados, destruyan empresas, etc., cuando invoca esos mismos principios para quejarse de los supuestos intentos de modificar una página de Wikipedia con “impostores”. **R-20**, Presentación de Perú, ¶ 40.

34. En consecuencia, Perú no ha demostrado *ningún* daño, ni siquiera la probabilidad de un daño derivado de esta conducta, y mucho menos del tipo específico de daños que podrían permitirle al Tribunal considerar las medidas provisionales. Aunque Perú alega falsamente que Gramercy está “intentando deliberadamente dañar al Perú y a su pueblo”, no brinda ninguna precisión respecto de cómo tales daños o riesgo de daños se han materializado. **R-20**, Presentación de Perú, Anexo, ¶ 9. En realidad, es Perú el que está ocasionándoles daños a muchos bonistas peruanos por sus constantes declaraciones falsas relacionadas a los Bonos de la Reforma Agraria, y sus reiteradas acciones unilaterales que afectan a los derechos jurídicos de los bonistas.

35. Del mismo modo, Perú ni siquiera ha intentado articular cómo la conducta alegada afecta a *ninguno* de sus derechos. Así, el vocablo “agravación”, tal como Perú lo caracteriza, parece constituir un concepto vago y elástico que le permite al Tribunal ordenar una reparación sin establecer ningún impacto particular sobre el arbitraje o los derechos jurídicos debatidos en él. Pero la “agravación” no puede ser un fin en sí mismo; antes bien, la conducta “agravante” ha de hacer peligrar derechos subyacentes específicos debatidos en el arbitraje. Por ejemplo, en *Amco*, citado por Perú para apoyar el “principio de no agravación”, el tribunal rechazó el pedido de Indonesia de exigir la publicación de un artículo “que relataba una versión unilateral de la historia del demandante”, al establecer que ningún derecho vinculado a la disputa “podría verse amenazado por la publicación de artículos”. *Amco Asia Corporation y Otros c. República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión sobre el pedido de medidas provisionales del 9 de diciembre de 1983, **Doc. RA-4**, p. 410, 411. Además, aunque reconoce que “podría ser plausible que una gran campaña de prensa” ejerza influencia sobre temas ajenos al arbitraje – por ejemplo, afectar la economía de Indonesia –, el tribunal, no obstante, halló que “aun así, no influiría sobre los derechos en disputa”. *Id.*

36. En efecto, los tribunales han determinado que el “derecho de no agravación” no se refiere simplemente a toda la conducta que podría de forma subjetiva empeorar la relación entre las partes. Antes bien, como lo sostuvo el tribunal en *Plama*, si bien algunas acciones

bien pueden, en sentido general, agravar la disputa entre las partes... el Tribunal considera que el derecho de no agravación de la disputa se refiere a las acciones que pudieren dificultar la resolución de la disputa por parte

del *Tribunal*. Es un derecho a mantener el estatus quo cuando un cambio en las circunstancias amenaza la capacidad del *Tribunal Arbitral* de otorgar una reparación pretendida por una parte y la capacidad de hacer efectiva dicha reparación.

Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria, Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión del 6 de septiembre de 2005; **Doc. CA-53**, ¶ 45 (énfasis añadido).

37. De modo similar, el tribunal en el caso *Nova Group c. Rumania* sostuvo que todo derecho de “no agravación de la disputa” debe interpretarse de manera acotada, y también que “únicamente si los sucesos persisten...amenazan con interferir indebidamente la capacidad de las partes de presentar posiciones en el arbitraje, o la capacidad del tribunal de concebir una reparación significativa al cierre del caso, los sucesos entonces sí constituyen una violación inadmisibles de los derechos a preservar el *estatus quo* y la no agravación de la disputa”. *Nova Group Investments, B.V. c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/16/19, Providencia No. 7 del 29 de marzo de 2017, **Doc. CA-50**, ¶ 236.

38. La “agravación” no es una entelequia. Surge en el contexto de un proceso judicial que se sustancia de acuerdo con el debido proceso. Así pues, la agravación es relevante solo en la medida en que afecta y menoscaba esos derechos, por ejemplo, obstaculizando la capacidad del tribunal de dictar una reparación efectiva que modifica el estatus quo o socava los derechos sustantivos en disputa en el proceso. Ninguna de las conductas alegadas que Perú cita se aproxima, ni remotamente, a este nivel.

39. Por último, el debate público de la cuestión general de los Bonos de la Reforma Agraria no afecta a la “integridad del proceso”. Nuevamente, el fundamento “habitual” para este tipo de solicitud no se refiere a un lugar común sino a una conducta que amenaza derechos procesales específicos, como aquella que tiene “efectos... respecto de la obtención de pruebas, la posible intimidación a testigos u otros efectos susceptibles de impedir el avance del proceso de arbitraje”. *Teinver*, **Doc. CA-54**, ¶ 165; véase también *Nova Group*, **Doc. CA-50**, ¶ 235. Además, aun cuando los tribunales evaluaron las declaraciones públicas en el contexto de la “integridad procesal”, su preocupación ha estado claramente ligada al arbitraje mismo – concretamente, a “la promoción de una *disputa* en los medios... información y divulgación inconsistente de documentos o de otras partes del expediente en simultáneo con un arbitraje en curso”. *Bewater PO3*, **Doc. CA-47**, ¶ 136 (énfasis añadido). En este caso, Perú no ha demostrado nada por el estilo. Las declaraciones públicas de Gramercy relativas al arbitraje—específicamente, los comunicados de prensa que anunciaban las presentaciones judiciales de Gramercy—han sido limitadas y fueron reflejadas por anuncios públicos similares por parte de Perú, e incluso Perú no ha tenido la audacia de

alegar que Gramercy divulgó indebidamente materiales confidenciales del arbitraje. Véase, por ej., **Doc. CE-279**, Comunicado de prensa del Ministerio de Economía y Finanzas, 2 de junio de 2016; **Doc. CE-280**, Comunicado de prensa del Ministerio de Economía y Finanzas, 5 de julio de 2018. En la medida en que las Partes deseen acotar el debate público profundo del arbitraje, Gramercy está dispuesta a considerar parámetros razonables – y mutuos. No obstante, no se sigue de ello que la discusión pública más amplia del tema de los Bonos de la Reforma Agraria, en general, pueda o deba igualmente estar limitada por este Tribunal.

40. Por tanto, el Tribunal debería rechazar la presunción implícita en la cual Perú funda su solicitud, concretamente, que la participación y las declaraciones públicas que tocan temas relacionados con los debatidos en el arbitraje constituyen una “agravación”. Esta afirmación es inédita, infundada y perniciosa en una sociedad democrática, en particular cuando la discusión y el debate no tratan sobre el arbitraje en sí o no afectan de ningún modo la capacidad del Tribunal de dictar una reparación efectiva.

2. Ningún Daño Especulativo Alegado por el Perú Supera el Daño Real Causado a Gramercy

41. Es más, como se observa en la Oposición de Gramercy, el daño causado a Gramercy que derivará de la imposición de las medidas supera en amplia medida la posibilidad de cualquier daño ocasionado a Perú.

42. Aunque Perú no haya demostrado ningún daño concreto real en el caso de que las medidas no se otorguen, la imposición de las medidas solicitadas por Perú necesariamente perjudicarán a Gramercy. En particular, prohibirle a Gramercy que participe del debate en curso sobre el tratamiento de los Bonos de la Reforma Agraria por parte de Perú la privará de su derecho fundamental de hablar libremente sobre asuntos de interés público para los representantes elegidos democráticamente y para las instituciones. Véase **C-22**, Oposición de Gramercy, ¶¶ 47-52. Además, el antecedente demostrado de que Perú se aprovecha del silencio de Gramercy indica que las medidas solicitadas por Perú menoscabarán los derechos de Gramercy, dado que esta no podrá corregir las declaraciones falsas sobre los Bonos de la Reforma Agraria y las finanzas públicas que Perú ha venido promoviendo con vehemencia. Véase *Id.* En definitiva, cualquiera sea el resultado de este arbitraje, la cuestión de los Bonos de la Reforma Agraria tendrá que resolverse – no solo para Gramercy, sino para todos los bonistas. Sin embargo, los intentos constantes de Perú de socavar la validez de la obligación dificultan aún más una resolución definitiva. Este daño es difícil de cuantificar, pero es muy real.

43. Por otra parte, la invocación de Perú a la legislación de EE. UU. para apoyar su afirmación de que las restricciones que propone “no

son antidemocráticas ni violatorias de la libre expresión” es desconcertante y contraproducente a la vez. **R-20**, Presentación de Perú, ¶ 27 (énfasis añadido). Aun si la legislación estadounidense fuere, quizás, relevante para la solicitud actual, bajo la presunción de que Estados Unidos no suscribiría un Tratado que violara sus principios constitucionales fundamentales, la ley estadounidense, en realidad, se contrapone a – y en definitiva invalida – la posición de Perú.

44. *En primer lugar*, las restricciones previas a la libre expresión, como las que Perú pretende en este caso, son una aberración para los principios constitucionales fundamentales de Estados Unidos. Existe una abundante jurisprudencia que demuestra que las restricciones a la libre expresión *nunca* deben concederse con ligereza a la luz del daño irreparable que se inflige sobre la parte reprimida. Como lo ha sostenido la Corte Suprema de EE. UU., “[l]a pérdida de las libertades de la Primera Enmienda, aun durante períodos muy breves, constituye indubitablemente un daño irreparable”. *Elrod c. Burns*, 427 U.S. 347, 373 (1976), **Doc. CA-66**. En particular, las expresiones críticas del ejercicio del poder gubernamental “han sido tradicionalmente reconocidas por ser el núcleo de la Primera Enmienda”. *Butterworth c. Smith*, 494 U.S. 624, 632 (1990), **Doc. CA-65**.

45. Aun los casos citados por Perú – y la jurisprudencia estadounidense, en general – ponen de manifiesto que existe “una presunción sólida” en contra de las restricciones previas a la libre expresión, *Southeastern Promotions, Ltd. c. Conrad*, 420 U.S. 546, 558 (1975), **Doc. CA-69**, las cuales están “sujetas a un examen riguroso debido a los peligros peculiares que tales restricciones suponen”, *Levine c. Tribunal de Distrito de EE. UU. para el Distrito Central de California*, 764 F.2d 590, 595 (Circuito Noveno, 1985), **Doc. RA-5**. Como lo han sostenido de manera constante los tribunales estadounidenses, una restricción a la libre expresión de gran alcance, como la que Perú demanda, constituye “la infracción más grave y menos tolerable de los derechos de la Primera Enmienda”, y los “daños [de dicha restricción] pueden ser especialmente grandes cuando [la restricción] recae sobre la comunicación de noticias y comentarios sobre sucesos actuales”. *Asociación de Prensa de Nebraska c. Stuart*, 427 U.S. 539, 559 (1976), **Doc. CA-68**.

46. *En segundo lugar*, los tres casos en los cuales se funda Perú implican circunstancias en las cuales el derecho de la Primera Enmienda a la libre expresión se enfrenta directamente con el derecho a un juicio por jurado justo, de la Sexta Enmienda, que le cabe al acusado en una causa penal. Aun en este contexto, que presenta dos normas constitucionales en conflicto, la restricción a la libre expresión es “admisible *únicamente* si su ausencia evitare la obtención de doce jurados que pudieren, con la debida protección judicial, emitir un veredicto basado exclusivamente en las pruebas admitidas durante el

juicio”. *In re Dan Farr Prods.*, 874 F.3d 590, 593 (Noveno Circuito, 2017) (énfasis añadido) (se omiten las comillas de citas internas), **Doc. CA-67**. Por ejemplo, en *Application of Dow Jones & Co., Inc.*, una causa penal sobre un juicio de corrupción que tuvo amplia publicidad, el Segundo Circuito ratificó una orden de restricción acotada sobre la base de la “amenaza a los derechos de los acusados amparados en la Sexta Enmienda” de tener un juicio por jurado justo. *Application of Dow Jones & Co., Inc.*, 842 F.2d 603, 610 (Segundo circuito, 1988), **Doc. RA-7**. El tribunal fundó dicha postura en las circunstancias exclusivas del caso – que incluían la posibilidad de que se fugaran objetivos y de que los testigos estuvieran menos dispuestos a testificar – que amenazaban el derecho del acusado a un juicio por jurado justo. *Id.* en 609-11. Al mismo tiempo, el Tribunal explicó que “la publicidad anterior al juicio, aún aquella ubicua y adversa, no conlleva inevitablemente a un juicio injusto”. *Id.* en 609 (se omiten las comillas de citas internas). Esta preocupación especial por preservar la eficacia de un jurado de doce hombres y mujeres legos, susceptible de influir por la publicidad excesiva anterior al juicio es sin duda inapropiada para un proceso de arbitraje internacional conducido por tres árbitros sofisticados y experimentados.

47. *En tercer lugar*, aún más sorprendente, Perú ha ignorado e incluso tergiversado los hechos y las sentencias de algunos de los casos en los cuales se apoya. Por ejemplo, Perú declara que en la causa *Levine c. Tribunal de Distrito de EE. UU. para el Distrito Central de California*, “el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito ratificó una decisión que ordenaba la abstención por parte de ‘todos los abogados de este caso, todas las partes y todos sus representantes... [de] formular cualquier declaración a miembros de los medios de noticias sobre cualquier aspecto de este caso atinente a los derechos sustantivos que el jurado debe resolver’”. **R-20**, Presentación de Perú, ¶ 28. Pero, en realidad, contrariamente a la descripción flagrantemente falsa de Perú, el Noveno Circuito *rechazó* la redacción de la decisión citada por Perú por ser “excesivamente amplia”, y explicó que “muchas declaraciones que ‘atañen a los derechos sustantivos que el jurado debe resolver’ no suponen ningún peligro para la administración de justicia”. *Levine*, **Doc. RA-5**, en 599. Con estos fundamentos, el Tribunal instruyó al tribunal de distrito a “determinar qué tipos de declaraciones extrajudiciales suponen una amenaza grave e inminente a la administración de justicia en el caso presente”, y más adelante “a concebir una decisión que especifique los tipos de declaraciones prohibidas”. *Id.* Lejos de ser un caso que avale decisiones de amplio alcance, el caso *Levine* simboliza la propuesta totalmente opuesta: aun cuando se halle en juego el “derecho básico y fundamental a un juicio por jurado penal justo” de un acusado, sólo ha de contemplarse la decisión de restricción más limitada – una que sea concebida de manera acotada y “dirigida expresamente a la publicidad durante, o inmediatamente antes, del juicio”. *Id.*, en 591, 598-99. La

reparación extensa que en este caso persigue Perú—que intenta restringir ampliamente los comentarios públicos no solo sobre algún “aspecto de este caso” sino sobre cualquier aspecto de la cuestión de los Bonos de la Reforma Agraria, y no tan solo en la víspera de la audiencia de arbitraje sino años antes de esta—presenta las mismas preocupaciones que condujeron al Noveno Circuito a rechazar la decisión “excesivamente amplia” del tribunal de distrito en el caso *Levine. Id.*

48. Del mismo modo, Perú socava su argumento y su credibilidad cuando cita un caso inaplicable sobre una supuesta violación por parte de un abogado defensor de una norma estatal sobre conducta profesional que prohíbe a los abogados formular declaraciones extrajudiciales a la prensa, que tengan una “probabilidad sustancial de perjudicar significativamente” un juicio. *Gentile c. Colegio de Abogados de Nevada*, 501 U.S. 1030, 1033 (1991), **Doc. RA-8**. Poniendo el caso *Gentile* patas para arriba, Perú afirma estrafalariamente que este caso demuestra que los tribunales estadounidenses “pueden y de hecho imponen restricciones aún más estrictas sobre los litigantes” que la que él propone. **R-20**, Presentación de Perú, ¶ 27. Sin embargo, el caso *Gentile* no demuestra tal cosa. Por el contrario, la Corte Suprema señaló que los dichos vertidos por “un abogado que representa a un acusado involucrado con el sistema de justicia penal” se halla sujeto a una protección menos estricta que los dichos fuertemente protegidos de las partes formulados fuera del contexto de la justicia penal – como Gramercy y otros bonistas. *Id.*, en 1071, 1074-1075. Y el Tribunal continuó señalando que incluso las restricciones sobre los dichos de los abogados deben igualmente estar “concebidas de forma acotada”. *Id.*, en 1076. De manera aún más engañosa, Perú omite por competo que la Corte Suprema finalmente *anuló* la norma estatal que restringe los dichos provocadores de los abogados, por ser inadmisiblemente vaga. *Id.*, en 1033-1034, 1048-1051, 1058.

49. La defensa de Perú de sus pedidos de silenciar los comentarios públicos críticos contra Perú sobre un asunto de interés público se apoya, por tanto, en declarar falsamente sentencias de casos que en realidad contradicen su posición. Los casos estadounidenses demuestran de manera convincente por qué las restricciones de expresión previas casi nunca deberían imponerse, y que cuando se imponen, han de limitarse a los casos y en la medida que resulten absolutamente necesarios para preservar el derecho de un acusado a un juicio por jurado justo. Todo lo cual pone de relieve, nuevamente, cuán injustificada resulta en este caso una orden de censura. Sencillamente, no existe en el presente caso nada equivalente a las circunstancias que puedan justificar limitaciones aún más estrechas a la libre expresión.

50. La omisión de Perú de mencionar a la legislación peruana, además de la de EE. UU., acaso refleje que también socava la solicitud de Perú. La Constitución peruana consagra el compromiso de la nación

con la libertad de expresión. **Doc. CE-72**, Constitución de Perú de 1993, Art. 2(4), 15 de junio de 1993. De manera similar a la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense, el corolario peruano—el Artículo 2 de la Constitución peruana—garantiza a “[t]odas las personas” el derecho “[a] la libertad de información, de opinión, de expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, y *sin previa autorización, ni censura o impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley*”. *Id.* (énfasis añadido). La jurisprudencia de Perú, al igual que la estadounidense, demuestra que las limitaciones a la libre expresión—en particular sobre cuestiones de interés público—no pueden ser restringidas de ningún modo, salvo en circunstancias extraordinarias. Tal como lo ha declarado el Tribunal Constitucional peruano, el “derecho fundamental” a la libertad de expresión es reconocido como un generador de la “opinión pública libre” y está incorporado a la “configuración del Estado como Democrático de derecho”. Tribunal Constitucional de Perú, Fallo sobre el Proceso No. 2262-2004, 17 de octubre de 2005, **Doc. CA-71**, ¶ 13, p. 8-9, 11. El Tribunal continúa declarando que “[l]a norma constitucional es lo suficientemente clara e inequívoca: se encuentra proscrito *todo* tipo de censura previa al contenido de un discurso”. *Id.* ¶ 13, p. 9 (énfasis añadido); véase también, Tribunal Constitucional de Perú, Decisión sobre Exp. del Proceso, 2465-2004, 11 de octubre de 2004, **Doc. CA-70** (“Es cierto que, en un Estado democrático, la libertad de expresión adquiere un tenor significativo y obtiene una posición preferente por ser el canal de garantía mediante el cual se ejercita el debate, el consenso y la tolerancia social”). En línea con ello, nada existe en la ley peruana que les prohíba a los litigantes o a terceros realizar debates públicos sobre un asunto importante – como una ley o una cuestión controversial – aun cuando dicho asunto sea en ese momento litigado en los tribunales peruanos. Por el contrario, la Constitución de Perú protege expresamente el derecho a la “publicidad en los procesos”, y destaca que “los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos. . . y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son *siempre* públicos”. **Doc. CE-72**, Art. 139, ¶ IV (énfasis añadido).

51. En consecuencia, al momento de firmar el Tratado, Perú y los Estados Unidos no pudieron haber pretendido que este restringiera ampliamente la libre expresión en la forma que ahora Perú solicita. Ni la jurisprudencia de EE. UU., ni la de Perú apoyan la premisa de que las restricciones previas amplias a la libre expresión “no son perjudiciales”, tampoco que sean “un elemento inherente al debido proceso y protegen la integridad de un foro judicial”. Véase **R-20**, Presentación de Perú, ¶ 25. En realidad, las leyes de ambos países sostienen la premisa completamente opuesta. Por lo tanto, resulta lógico que si las Partes del Tratado hubieran querido que el Tratado anulase estos principios fundamentales, lo habrían formulado expresamente en su texto. Que el texto omita cualquier noción de este tipo – y exhorte, en realidad, a un

alto grado de apertura y transparencia – indica a todas luces que el Tratado no contempla la clase de orden de censura que pretende Perú, y mucho menos que sea un elemento de rutina del proceso de resolución de disputas del Tratado.

52. Además, las restricciones propuestas por Perú van incluso más allá: también pretenden privar a Gramercy de su derecho y su obligación fiduciaria de interactuar con sus representantes elegidos, incluidos aquellos cuyos miembros se ven afectados por el tratamiento que Perú otorga a los Bonos de la Reforma Agraria, mientras que, al mismo tiempo, preserva la capacidad de Perú de interactuar con estos mismos representantes. *Id.*, ¶¶ 10-11. Como Gramercy le explicó a Perú antes de que este arbitraje comenzara, “la resolución de esta cuestión es de gran importancia para nuestros gobiernos respectivos”, dado que “los titulares reales de los Bonos de la Reforma Agraria que Gramercy administra y controla son inversores institucionales que comprenden aproximadamente a 200 fondos de pensión estatales, municipales y sindicales de EE. UU.”. **Doc. CE-256**, Carta de James Taylor, Gramercy, al Dr. Luis Miguel Castilla, embajador de Perú en los Estados Unidos, 29 de enero de 2016. Impedir que representantes elegidos democráticamente hablen libremente con Gramercy sobre cuestiones de políticas públicas que afectan a sus miembros sobrepasa en gran medida cualquier reparación que sea necesaria o que el Tribunal posea facultad para dictar. Perú no puede señalar *ninguna* instancia en la cual un tribunal o una corte le haya concedido a una parte la reparación que exige en este caso.

53. Perú no puede justificar su solicitud extraordinaria con una referencia general a la “exclusividad de la resolución de disputas entre un inversor y un Estado” y aseverar, sin fundamentos, que “[u]n corolario necesario” para que un Estado acepte no participar en una “protección diplomática” es que un demandante “no puede provocar un alboroto para inducir a su Estado a realizar acciones clasificadas dentro de la categoría de protección diplomática”. **R-20**, Presentación de Perú, ¶¶ 14-19.

54. Aun si esa fundamentación inadmisiblemente vaga tuviera mérito, es totalmente inapropiada para este caso. “Protección diplomática” se refiere a un concepto específico del derecho internacional “por lo cual un Estado apoya el reclamo de su ciudadano contra otro Estado y lo persigue por cuenta propia”. Véase **Doc. RA-10**, Christoph Schreuer y Loretta Malintoppi, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2001, p. 415. El profesor Reisman confirma ese punto elemental, en el dictamen citado por Perú, donde describe cómo el “régimen de dos vías” del arbitraje entre inversor y Estado, y entre Estado y Estado, de los tratados bilaterales de inversión, “reemplaza al sistema tradicional de apoyo diplomático”. **Doc. RA-15**, W. Michael Reisman, *Opinion with Respect to Jurisdiction in the Interstate Arbitration Initiated by Ecuador against the United States*, 24 de abril de 2012, ¶¶ 25, 35. Además, resulta un tanto paradójico que Perú se apoye

en el dictamen del profesor Reisman dado que este critica las propias prácticas poco ortodoxas de Perú de intentar vencer en un arbitraje sobre inversión iniciando un arbitraje entre Estado y Estado por el mismo asunto que en *Lucchetti c. Perú*—impugnación que el tribunal de *Lucchetti* desestimó “rápidamente y de manera precisa”. *Id.*, ¶ 34. Perú ni siquiera ha alegado, mucho menos probado, que Gramercy haya alguna vez ocasionado agitación para inducir a los Estados Unidos a participar de la protección diplomática aludida.

55. Por lo tanto, incluso en circunstancias en las que un arbitraje pendiente entre un inversionista y el Estado prevalece sobre una pretensión de protección diplomática, no impide las comunicaciones con el Estado de la nacionalidad del inversionista, ni siquiera las comunicaciones directamente relacionadas con la controversia. Por ejemplo, en *Autopista c. Venezuela*, en un caso que involucraba a un inversionista mexicano, el tribunal concluyó que no había nada inapropiado en las intervenciones de México en relación con la controversia —tal como que el Embajador de México enviara cartas al Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela— ya que esos actos constituirían gestiones “para facilitar la solución de la controversia entre Aucoven y Venezuela”, sin “ninguna indicación de que México haya aceptado la pretensión de Aucoven”. *Autopista Concesionada de Venezuela c. República de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/00/05, Decisión sobre la Jurisdicción del 27 de septiembre de 2001, **Doc. CA-60**, ¶ 139. El Convenio del CIADI distingue de manera similar entre la protección diplomática y otras intervenciones del Estado, disponiendo explícitamente que “la protección diplomática . . . no incluirá intercambios diplomáticos informales con el único propósito de facilitar la solución de la controversia”. Convenio del CIADI, **Doc. CA-72**, Art. 27(2) (énfasis añadido).

56. Además, las comunicaciones entre un inversionista y su Estado de nacionalidad no cuestionan en modo alguno la “exclusividad” de un arbitraje entre el inversionista y el Estado. Más bien, la cuestión de la “exclusividad” se plantea en los casos en que existe la posibilidad de múltiples procedimientos o recursos *formales*, y puede impedir que una parte “inicie o prosiga un procedimiento en cualquier otro foro con respecto al objeto de la controversia ante el CIADI”. *Tokios Tokelés c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Orden Procesal No. 1 del 1 de julio de 2003, **Doc. CA-62**, ¶ 1. Como señalaron el profesor Schreuer y la Sra. Loretta Malintoppi, la historia de la redacción del Artículo 26 del Convenio del CIADI, que garantiza el derecho a que el arbitraje del CIADI sea el único recurso, “se centró casi exclusivamente en la relación del arbitraje del CIADI con los tribunales nacionales, especialmente el requisito de agotar los recursos internos en un Estado anfitrión antes de que el inversionista extranjero inicie el arbitraje del CIADI”. **Doc. RA-10**, Christoph Schreuer y Loretta Malintoppi, *El Convenio del CIADI: Un Comentario*, 2001, pág. 380. En consecuencia, los tribunales anteriores han considerado que el derecho a la exclusividad es pertinente en los casos en que las pretensiones penales o contractuales entabladas en procedimientos judiciales o administrativos nacionales guardaban

relación con el asunto en cuestión en la controversia arbitral. Véase, p. ej., *Tokios Tokelos*, PO 1, **Doc. CA-62**; *Teinver*, Decisión sobre Medidas Provisionales, **Doc. RA-19**. Por el contrario, las comunicaciones generales de un inversionista con su país de nacionalidad claramente no suscitan los mismos motivos de preocupación ni llegan al nivel de “procedimientos judiciales o administrativos”.

57. Gramercy no impugna que las Partes “respeten el papel de la Parte no contendiente establecido en el Tratado”. **R-20**, Presentación de Perú, ¶ 10. Sin embargo, esto no significa lo que Perú dice que significa. En realidad, no significa ni más ni menos que *en este arbitraje* los Estados Unidos deben recibir ciertas alegaciones y tener la oportunidad de expresar puntos de vista sobre la interpretación del Tratado. Pero nada en el Tratado o en el derecho internacional impide que Gramercy se comunique con representantes del gobierno de los Estados Unidos de manera más amplia. **C-22**, Oposición de Gramercy, ¶ 41. Como ya se ha señalado anteriormente, el Tratado no exige una renuncia a los derechos a la libre expresión como en el caso de ciertos derechos de litigio. Por lo tanto, la solicitud extraordinaria y sin precedentes de Perú simplemente no está dentro de la autoridad del Tribunal para concederla.

58. Además, una orden general del tipo que Perú nominalmente solicita plantea otro riesgo importante: distraer al Tribunal de su objetivo principal de resolver la controversia que tiene ante sí. La función principal del Tribunal no es vigilar las comunicaciones y los debates fuera del arbitraje. Sin embargo, las medidas solicitadas por Perú suscitarían interminables litigios colaterales sobre las posibles violaciones de medidas vagas y generales por ambas partes. Independientemente de cualquier acción de este Tribunal, es inevitable que el debate en torno a los Bonos de la Reforma Agraria siga siendo un tema de preocupación pública. El Tribunal no debería tener que ocuparse de la distracción paralela de escuchar a las Partes discutir sobre supuestos incidentes de agravación cada vez que Perú, o Gramercy, u organizaciones con las que esta última coopera, o uno de los miles de tenedores de bonos, o funcionarios de Perú o los Estados Unidos, u organismos de calificación, o cualquier otra persona que diga algo en público acerca de los Bonos de la Reforma Agraria que intencional o coincidentemente refleje la posición de una Parte. Las solicitudes de seguimiento que probablemente se deriven de una orden general serán contraproducentes, y corren el riesgo de desviar la atención del Tribunal de su mandato *real*: resolver la controversia jurídica sustantiva que han presentado las Partes.

3. Perú No Ha Demostrado una Posibilidad Razonable De Que Tendrá Éxito Sobre el Fondo del Litigio

59. Perú no puede eludir su obligación de demostrar que tiene una “posibilidad razonable de que la parte solicitante prospere en cuanto al fondo del litigio” presentando sus medidas provisionales como “salvaguardias procesales” inocuas. Véase el **Doc. CE-174**, Reglamento de la CNUDMI, Art. 26(b). Como Gramercy explicó en su Oposición,

Perú ni siquiera ha intentado demostrar que tiene buenas perspectivas de obtener la reparación definitiva, o que la reparación solicitada a través de estas medidas es algo a lo que tendría derecho en un laudo definitivo. Oposición de Gramercy, ¶¶ 53-55.

60. Las pretensiones de Gramercy se basan claramente en los actos de Perú en violación del Tratado, ninguno de los cuales Perú ha abordado o explicado con justificación alguna, a pesar de haber tenido años para hacerlo. Véase *id.* ¶ 54. Por lo tanto, el Tribunal no tiene ninguna base para concluir que Perú ha demostrado una posibilidad razonable de prevalecer en el caso en general, y menos aún que podría presentar una pretensión exitosa para obtener el tipo de reparación que ahora solicita con carácter provisional.

C. Cualquier Reparación Ordenada Debe Ser Verdaderamente Mutua

61. Por último, como explica la Oposición de Gramercy, cualquier reparación ordenada debe ser verdaderamente mutua. La Presentación de Perú deja en claro que si bien considera que la “agravación” se extiende para incluir casi todo lo que Gramercy dice o hace con respecto a los Bonos de la Reforma Agraria, de alguna manera no abarca la propia conducta de Perú. En un intento de validar esta posición insostenible, Perú repetida—y erróneamente—repite el estribillo de que Gramercy “no ha alegado de manera similar agravación por Perú”. **R-20**, Presentación de Perú, ¶ 2; véase también *id.* ¶ 34. Esta es una afirmación descaradamente falsa, ya que Gramercy ha dejado claro desde hace mucho tiempo que la mala conducta y las declaraciones falsas de Perú animaron el compromiso público de Gramercy e incluso el inicio de este arbitraje.

62. De hecho, Gramercy ha sostenido durante mucho tiempo que la conducta de Perú es mucho más “agravante” que cualquier acción emprendida por Gramercy. Por ejemplo, Perú ataca a Gramercy por tratar de concientizar sobre el incumplimiento de Perú, e incluso por usar la palabra “incumplimiento” para describir la falta de pago de una obligación soberana de Perú durante décadas. Sin embargo, Perú en realidad *está* en incumplimiento en pagar los Bonos de la Reforma Agraria. Perú también critica el supuesto fracaso de Gramercy en participar en negociaciones de buena fe. Sin embargo, Perú ha sacado continuamente la alfombra de debajo de Gramercy durante las repetidas gestiones de esta última por llegar a una solución amistosa, por ejemplo, haciendo fracasar a último momento el acuerdo de plazos de prescripción que Gramercy había propuesto repetidamente. Perú acusa a Gramercy de inducirlo a error, pero Perú continuamente engañó a Gramercy al cambiar errática y unilateralmente las fórmulas de pago de sus Decretos Supremos. Perú también critica la contratación por Gramercy de cabilderos y las conversaciones con los representantes de los EE. UU. Sin embargo, Perú ha contratado a sus propios cabilderos—además de su presencia permanente en Washington— con

el fin no solo de cortejar a los representantes de los EE. UU., sino también de empañar la reputación y las pretensiones de Gramercy.

63. Es revelador que Perú se haya referido una vez más—inexactamente—a una declaración que el abogado de Gramercy hizo en relación con la OCDE como “prueba de agravación”. **R-20**, Presentación de Perú, Anexo, ¶ 17. De hecho, en la conversación de abril mencionada por Perú, el abogado de Gramercy simplemente expresó su posición constantemente sostenida de que cualquier abstención de ejercer un derecho legal debe ser mutua, por lo que Gramercy se abstendrá de hacer declaraciones con respecto al incumplimiento de Perú si este también deja de hacer declaraciones ante las instituciones internacionales y otros haciendo caso omiso de la existencia de ese incumplimiento. Perú claramente no tiene ninguna intención de hacer esto; en cambio, ha apostado constantemente a su deseo de un discurso unilateral, entre otras cosas, al enviar una carta al Secretario General de la OCDE tergiversando una vez más su proceso de tenencia de bonos y censurando a Gramercy, y al contratar a cabilderos todavía en febrero de 2018 para que “proporcionen asesoramiento estratégico” en asuntos que incluyen “la posible entrada a la OCDE y otros asuntos de interés para el Gobierno del Perú en los Estados Unidos”. Véase el **Doc. R-205**, Carta del Perú al Secretario General de la OCDE, No. 264-2017-PCM/DPCM, 5 de diciembre de 2017; **Doc. CE-281**, Anexo AB a la Declaración de Registro conforme a la Ley de Registro de Agentes Extranjeros, 12 de febrero de 2018.

64. En consecuencia, Perú—el mismo Parte que ha apoyado repetidamente el uso de corrector por parte de su sistema judicial para forjar la decisión que dio lugar a los Decretos Supremos—no puede intentar fingir inocencia y afirmar que tiene las manos limpias. Si la conducta de Gramercy constituye una “agravación”, también lo constituye la de Perú. De la misma manera, Perú debe desistir no solo de participar en actividades que perjudiquen a Gramercy, sino que perjudiquen a todos los tenedores de bonos que participen en este asunto de importancia pública.

65. Por ejemplo, si Perú insiste en que Gramercy deje de hablar con los acreedores o las agencias de calificación sobre el incumplimiento de Perú, Perú también debe dejar de hacer declaraciones falsas de que no está en incumplimiento y de que paga los Bonos de la Reforma Agraria. Si Perú insiste en que Gramercy se abstenga de criticar el proceso defectuoso del Decreto Supremo, también debe abstenerse de pregonar las virtudes de su “procedimiento legítimo de tenedor de bonos”. Si Perú insiste en que Gramercy permanezca en silencio sobre el continuo incumplimiento de Perú, las graves acusaciones de mala conducta judicial y su completa falta de transparencia, también Perú debe dejar de presentarse como un “soberano responsable” que defiende inequívocamente el estado de derecho.

66. El alcance increíblemente amplio de la conducta que el Tribunal tendría que imponer a fin de garantizar que la reparación solicitada por Perú sea verdaderamente mutua ilustra por qué el Tribunal

debería negarse a ordenar cualquier reparación. Si Gramercy se hubiera presentado ante el Tribunal solicitando una reparación tan amplia contra Perú —que Perú no pueda comentar públicamente su historial crediticio, los Decretos Supremos, la naturaleza y el valor de los Bonos de la Reforma Agraria, su compromiso con el estado de derecho y cosas por el estilo— Perú habría objetado vehementemente, y denunciado la audacia de Gramercy al hacer siquiera la solicitud. Sin embargo, esto es exactamente lo que Perú pide al Tribunal que ordene contra Gramercy. Dicho de otra manera, ilustra cómo la reparación que solicita Perú constituiría una interferencia sin precedentes en la capacidad de las Partes para llevar a cabo una amplia gama de actividades legítimas no relacionadas con este arbitraje y fuera del contexto del mismo, actividades protegidas por la ley y disfrutadas por derecho en sociedades democráticas.

67. Gramercy no ha “rechazado sistemáticamente las salvaguardias procesales”. Véase **R-20**, Presentación de Perú, ¶ 6. De hecho, si Perú hubiera procurado realmente salvaguardias razonables, es probable que las Partes hubieran podido evitar todo este ejercicio, ya que Gramercy ha indicado sistemáticamente que está abierto a discutir limitaciones razonables y mutuas. En cambio, Perú decidió presentarse ante el Tribunal en busca de una reparación extraordinaria, negándose al mismo tiempo a reconocer que lo estaba haciendo, negándose a presentar la base jurídica de sus pretensiones y tergiversando por completo múltiples casos en los que se apoya, incluso diciendo exactamente lo contrario de lo que los tribunales sostuvieron en realidad. El Tribunal debe considerar este comportamiento no solo a los efectos de evaluar los fondos de esta solicitud, sino también al asignar los costos.

III.

SOLICITUD DE REPARACIÓN

68. Por las razones antes mencionadas, Gramercy solicita respetuosamente que el Tribunal:

- a) Deniegue la solicitud de Perú para ordenar las medidas según lo formulado en la Carta de Perú al Tribunal del 18 de abril de 2018 y la Presentación de Perú sobre Salvaguardias Procesales del 1 de junio de 2018;
- b) Con carácter subsidiario, en la medida en que el Tribunal conceda cualquier parte de la solicitud de Perú, aclarar que cualquier orden debe ser verdaderamente mutua, y que no impide a las Partes, entre otras actividades:
 - i) la comunicación con funcionarios de los EE. UU.;
 - ii) la comunicación con los funcionarios peruanos que consientan en hablar con ellos;

iii) la participación en debates sobre los Bonos de la Reforma Agraria en foros públicos;

iv) la interacción con otros tenedores de Bonos de la Reforma Agraria, individualmente y en organizaciones;

v) la participación en un debate general sobre el caso en foros públicos, debate que no se limite a actualizaciones sobre el estado del caso y que pueda incluir aspectos más amplios del caso, tal como un resumen de las posiciones de las Partes; y

c) Subvención de las costas de Gramercy.

69. Gramercy se reserva todos los derechos.

Respetuosamente,



Mark W. Friedman
Floriane Lavaud
Julianne J. Marley
DEBEVOISE & PLIMPTON LLP
919 Third Avenue
New York, NY 10022
USA
T: +1 (212) 909-6000
F: +1 (212) 909-6836

Nueva York, Nueva York, EE. UU., 15 de junio de 2018