

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A
INVERSIONES**

LUPAKA GOLD CORP.
Demandante

c.

REPÚBLICA DEL PERÚ
Demandada

(Caso CIADI No. ARB/20/46)

RESOLUCIÓN PROCESAL No. 5
Exhibición de Documentos en Disputa

Miembros del Tribunal

Prof. John R. Crook, Presidente del Tribunal

Sr. Oscar M. Garibaldi, Árbitro

Dr. Gavan Griffith QC, Árbitro

Secretaria del Tribunal

Sra. Luisa Fernanda Torres

29 de julio de 2022

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. En la Resolución Procesal No. 4 de 2 de junio de 2002 [*sic*] (“**RP No. 4**”), el Tribunal adoptó decisiones y emitió instrucciones relacionadas con las Solicitudes de Exhibición de Documentos de las Partes¹, que fueron presentadas al Tribunal el 23 de mayo de 2022.
2. Tal como se especifica en el Párrafo 15.1 de la Resolución Procesal No. 1 (“**RP No. 1**”), el Tribunal utilizó las Reglas de la IBA (*International Bar Association*) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional adoptadas en 2020 (“**Reglas de la IBA**” o “**Reglas**”) como guía para evaluar las solicitudes de las Partes.
3. La evaluación del Tribunal también se basó en el Artículo 835(7) del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y la República del Perú (“**TLC**”).
4. El Artículo 9(5) de las Reglas de la IBA autoriza a los Tribunales a adoptar medidas para permitir la presentación de documentos “sujeta a una adecuada protección de la confidencialidad”. El Tribunal adoptó dichas medidas a través de la Resolución Procesal No. 2 sobre Transparencia/Confidencialidad de 20 de julio de 2021 (“**RP No. 2**”). Podrá adoptar las medidas adicionales que sean necesarias.
5. En sus respuestas a las Solicitudes de Documentos de la Demandante, la Demandada objetó algunas solicitudes sobre la base de que los documentos solicitados revelarían deliberaciones privilegiadas relativas a la elaboración de políticas; se encontraban exentos de divulgación en virtud de disposiciones específicas de la legislación interna de la Demandada; o interferirían en el cumplimiento de la ley.

¹ En esta Resolución, se utiliza el término “Partes” para hacer referencia a la Demandante y a la Demandada del presente procedimiento y, el término “Parte” se utiliza para hacer referencia bien a la Demandante o a la Demandada. (El Tribunal está consciente de que el Capítulo 8 del TLC Canadá-Perú se refiere a la Demandante y a la Demandada, en su conjunto, como “partes contendientes” y a cualquiera de ellas, como “parte contendiente”). En esta Resolución, se hará referencia a los Estados signatarios del TLC (Canadá y Perú) como “Parte del TLC” o “Partes del TLC”, en aras de la claridad. (El Tribunal también está consciente de que el TLC Canadá-Perú se refiere a los Estados signatarios del TLC como “Parte”).

6. En varios párrafos de la RP No. 4, el Tribunal ordenó que, en el supuesto de que la Demandada se negase a exhibir documentos de respuesta, “deberá preparar y enviar sin demora a la Demandante y al Tribunal un registro de privilegio”. El Tribunal ordenó, *inter alia*, que el registro de privilegio (a) identifique el(los) documento(s) específico(s) en cuestión; (b) identifique con precisión las disposiciones legales que se considera que impiden la divulgación; y (c) explique el motivo por el cual el(los) documento(s) no estaría(n) lo suficientemente protegido(s) a través de las medidas protectoras establecidas en virtud de la RP No. 2.
7. Tal como fuera ordenado por el Tribunal, el 14 de junio de 2022, las Partes debían exhibir documentos de respuesta a las solicitudes respecto de las cuales no se presentaron objeciones y otros documentos que el Tribunal ordenó que fueran exhibidos.
8. Sin embargo, la Demandada se negó a exhibir dos grupos de documentos que, en su conjunto, sumaban 29 documentos individuales o grupos de documentos relacionados que, en su opinión, debían estar exentos de divulgación. Tal como fuera ordenado en la RP No. 4, la Demandada presentó un registro de privilegio mediante el cual identificó los documentos en cuestión, las razones que justificaban su no divulgación, e indicó el motivo por el cual consideraba que las medidas protectoras establecidas en virtud de la RP No. 2 eran insuficientes.
9. El registro de privilegio de la Demandada identificó dos grupos de documentos diferentes. El primer grupo, que consistía en 11 documentos o conjuntos de documentos, fue abordado en la Sección II del registro de privilegio, intitulada “Documentos Retenidos sobre la Base de la Confidencialidad en Relación con el Cumplimiento de la Ley” [Traducción del Tribunal]. El segundo grupo, que consistía en 18 documentos o conjuntos de documentos, fue abordado en la Sección III del registro de privilegio, intitulada “Documentos Retenidos sobre la Base del Privilegio Legal” [Traducción del Tribunal]. La Demandada manifestó que los documentos de la Sección III involucraban materiales relacionados con el asesoramiento jurídico o la preparación del litigio.
10. En los supuestos en que se presentara un registro de privilegio, el Párrafo 14 de la RP No. 4 establecía que (a) la Parte solicitante tenía autorización para solicitar ante el Tribunal

dentro de un plazo de 14 días una resolución que “ordene la exhibición o para que se otorgue protección a través de medidas protectoras”, y (b) “[l]a Parte solicitada deberá responder dentro del plazo de siete días”. En consecuencia, mediante una carta de 28 de junio de 2022, la Demandante presentó sus objeciones a la retención efectuada por la Demandada de los documentos incluidos en la Sección II. La Demandada presentó una carta en respuesta el 5 de julio de 2022.

11. El 8 de julio de 2022, la Demandante solicitó autorización para presentar una carta de 2 páginas, a más tardar, el 12 de julio de 2022 para efectuar comentarios breves sobre la carta del Perú. Ese mismo día, el Tribunal autorizó a la Demandante a presentar los comentarios breves conforme a lo solicitado, y autorizó a la Demandada a presentar comentarios breves en respuesta, a más tardar, el viernes, 15 de julio de 2022. El Tribunal señaló que “no se autorizarán otras presentaciones relativas a esta cuestión” [Traducción del Tribunal]. Ambas Partes presentaron comentarios adicionales tal como se autorizó.

II. LOS DOCUMENTOS DE LA SECCIÓN II

A. LAS POSICIONES DE LAS PARTES

12. En su registro de privilegio, la Demandada expresó que no había localizado ningún documento que debiera ser retenido sobre la base del privilegio deliberativo. Por lo tanto, la controversia entre las Partes relacionada con los documentos de la Sección II se refiere únicamente a documentos respecto de los cuales se afirma que involucran el cumplimiento de la ley.
13. Se afirma que dos de los documentos incluidos en la Sección II tienen que ver con la explotación por parte de la Comunidad de Parán de la mina Invicta que anteriormente estaba en manos de la Demandante. El resto de los documentos se relacionan con un intento aparentemente infructuoso llevado a cabo por las autoridades policiales el 14 de diciembre

de 2021 de desplazar por la fuerza del sitio de la mina a miembros de la Comunidad de Parán².

14. En su registro de privilegio, la Demandada justificó la retención de los documentos incluidos en la Sección II basándose en que: (a) los documentos retenidos estaban exentos de divulgación porque ella impediría el cumplimiento de la ley, contrariamente a lo dispuesto por el Artículo 835(7) del TLC; y/o (b) se encontraban sujetos a impedimento legal o privilegio o involucraban una especial sensibilidad política o institucional y, por lo tanto, debían ser retenidos en virtud del Artículo 9(2) de las Reglas de la IBA y con arreglo a las prácticas de otros tribunales de inversión.
15. La Demandada afirmó que los documentos de la Sección II “incluyen aquellos preparados por organismos de inteligencia o encargados del cumplimiento de la ley, cuya publicación socavaría los esfuerzos locales tendientes al cumplimiento de la ley, ya que las investigaciones se encuentran en curso y, por lo tanto, cualquier divulgación de los documentos relevantes potencialmente perjudicaría la investigación penal”³. La Demandada después adujo que “dichos documentos son preparados con una expectativa de privacidad codificada en virtud de la legislación peruana” y estaban exentos de divulgación en virtud del Artículo 324.1 del Código Procesal Penal del Perú, el cual establece que “la[s] investigación[es] tiene[n] carácter reservado. Sólo podrán enterarse de su contenido las partes [...]”⁴. La Demandada también citó el Decreto Supremo N° 021-2019-JUS “el cual, en su Artículo 16 establece que “[e]l derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de la información clasificada como reservada”. “La información reservada” incluye “[l]os planes de operaciones policiales y de inteligencia” y otras cuestiones⁵.
16. En su carta de 28 de junio de 2022, la Demandante se opuso a la no divulgación de los documentos incluidos en la Sección II y solicitó al Tribunal que ordenara su exhibición oportuna. La Demandante alegó: (a) que la Demandada no probó que la exhibición de los

² Carta de la Demandante, 28 de junio de 2022, pág. 1.

³ Registro de Privilegio de la Demandada, ¶ 7 [Traducción del Tribunal].

⁴ Id., ¶ 7 [Traducción del Tribunal].

⁵ Id., ¶ 6 [Traducción del Tribunal].

documentos retenidos impediría el cumplimiento de la ley; (b) que las disposiciones de la legislación nacional citadas por la Demandante [*sic*] como fundamento para la no exhibición son inaplicables al presente arbitraje en virtud del TLC, y algunas de las disposiciones citadas en cualquier caso no impiden la exhibición; y (c) que, dado que previamente había exhibido varios documentos relacionados con investigaciones penales en curso, la Demandada había renunciado a cualquier alegación de confidencialidad.

17. En su carta de respuesta de 5 de julio de 2022, la Demandada renovó sus argumentos. Adujo que, de los documentos en cuestión, diez de los once sets “se referían a *investigaciones penales en curso* relacionadas con el intento de ejecución de un *plan operativo* de la Policía Nacional del Perú (“PNP”), destinado a facilitar el desalojo de la Comunidad de Parán y el cierre de la Mina Invicta el 14 de diciembre de 2021 (hace apenas seis meses)”⁶. La Demandada sostuvo lo siguiente:

[L]a divulgación de estos documentos impediría el cumplimiento de la ley, al menos, en dos sentidos cruciales: i) socavar el recaudo y planificación de inteligencia en curso de la PNP para la ejecución de un plan operativo similar en el futuro cercano a efectos del cierre de la Mina; y ii) plantear una serie de cuestiones relativas a la seguridad en relación con las propias fuerzas locales de la PNP y su capacidad para exigir el cumplimiento de la ley de manera efectiva dentro de la zona y en relación con la Comunidad de Parán⁷.

18. La Demandada también renovó sus argumentos relativos a (a) las disposiciones de su legislación interna que se afirma crean tanto impedimentos legales a la exhibición y (b) condiciones de especial sensibilidad política o institucional⁸ que, en su opinión, “impedirían la divulgación de los documentos relevantes”⁹. La Demandada señaló a este respecto las decisiones de algunos otros tribunales de arbitraje de inversión que han reconocido la confidencialidad de los procedimientos penales en curso¹⁰.

⁶ Carta de la Demandada, 5 de julio de 2022, pág. 4 (énfasis en el original) [Traducción del Tribunal].

⁷ Id., pág. 5 [Traducción del Tribunal].

⁸ Id., pág. 6.

⁹ Id., págs. 11-12 [Traducción del Tribunal].

¹⁰ Id., págs. 13-14.

19. La Demandada sostuvo que las medidas protectoras en virtud de la RP No. 2 del Tribunal serían insuficientes para abordar la situación, *inter alia*, a la luz de “la intensidad de la hostilidad y el resentimiento de la Demandante hacia la Comunidad de Parán y las autoridades peruanas”¹¹. La Demandada especuló oscuramente que la divulgación de los documentos retenidos podría llevar a la Demandante a:

[A]doptar medidas que, directa o indirectamente, i) socavarían los esfuerzos tendientes a exigir el cumplimiento de la ley destinados a ejecutar una operación policial venidera para cerrar la Mina, al igual que mantener el orden y la seguridad en la zona, ii) impedirían las investigaciones en curso relativas al cumplimiento de la ley, o iii) perjudicarían al Perú en procesos penales en curso, pendientes o futuros en relación con los sucesos del 14 de diciembre de 2021¹².

20. En su última carta de 12 de junio de 2022, la Demandante impugnó enérgicamente la acusación de la Demandada de que podría abusar de la información revelada a fin de socavar los esfuerzos tendientes a exigir el cumplimiento de la ley, aseverando que la acusación “no tiene sentido”. Sin embargo, la Demandante añadió que, “[e]n el supuesto de que el Tribunal, no obstante, considerase apropiado ofrecer una medida adicional de protección a los Documentos Retenidos, la Demandante sugiere respetuosamente que sean exhibidos ‘solo para los ojos de los abogados’”¹³.

21. En su última carta de 15 de julio de 2022, la Demandada rechazó la idea de divulgar los documentos impugnados “solo para los ojos de los abogados”. La Demandada insistió en que esto “obligaría al Perú a violar su propia legislación interna y posiblemente comprometería investigaciones penales sensibles”, y también sería “un mero precursor para que [la Demandante] presente una solicitud al Tribunal” para que ponga los documentos a disposición de la Demandante”¹⁴.

¹¹ Id., pág. 7 [Traducción del Tribunal].

¹² Id., págs. 7-8 [Traducción del Tribunal].

¹³ Carta de la Demandante, 12 de julio de 2022, pág. 2 [Traducción del Tribunal].

¹⁴ Carta de la Demandada, 15 de julio de 2022, págs. 2-3 [Traducción del Tribunal].

B. EL ANÁLISIS Y LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

22. En la RP No. 4 el Tribunal ordenó la exhibición de los tipos de documentos enumerados en la Sección II de la Demandada, determinando que esos documentos eran relevantes y sustanciales. En consecuencia, la relevancia y sustancialidad no se encuentran en discusión ahora. En lugar de ello, la cuestión es si la Demandada ha cumplido con su carga de probar que estos documentos no deberían ser divulgados a la Demandante en el contexto de este arbitraje.
23. El Tribunal recuerda que este es un arbitraje internacional de inversión con fundamento jurídico en el TLC, un tratado entre Canadá y la República del Perú. En el Artículo 825 del TLC, Canadá y Perú prestaron su “cons[entimiento] [a]l sometimiento de una reclamación a arbitraje de acuerdo con los procedimientos establecidos en esta Sección”. Por lo tanto, existe una obligación jurídica internacional de participar en el procedimiento que nos ocupa conforme a los procedimientos y estándares establecidos en el TLC.
24. El Artículo 835(7) del TLC dispone, en parte:

Como se estipula en los Artículos 2202 (Excepciones - Seguridad Nacional) y 2204 (Excepciones - Divulgación de Información), el Tribunal no requerirá que una Parte proporcione o permita el acceso a información cuya revelación impediría el cumplimiento de la ley o sería contraria a la legislación de la Parte que protege los procesos deliberativos y de elaboración de política del poder ejecutivo del gobierno a nivel de gabinete [...] o que la Parte determine ser contrario a su seguridad esencial.

25. La Demandada no pretende retener ningún documento que involucre deliberaciones o elaboración de política de gobierno, de manera que no es necesario considerar esa cuestión. Además, la Demandada tampoco alega que la divulgación de alguno de los documentos sería contraria a la seguridad nacional.
26. Entonces la cuestión que enfrenta el Tribunal es si la divulgación de los documentos de la Sección II a la Demandante en este procedimiento “impediría el cumplimiento de la ley”. Estas palabras del tratado deben ser interpretadas conforme a su sentido corriente¹⁵. El

¹⁵ **RLA-0128**, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Art. 31(1): “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

Tribunal entiende que el sentido corriente de “impediría” impone una carga significativa a la parte que invoca el Artículo 835. Dicha parte debe demostrar que la divulgación de un documento particular en las circunstancias del caso efectivamente retrasaría, obstaculizaría o bloquearía la actividad relacionada con el cumplimiento de la ley.

27. El Tribunal abordó este aspecto del texto del tratado en la RP No. 4:

La protección otorgada por la disposición resulta aplicable en los casos en que la divulgación de una información en particular ‘*impediría*’ el cumplimiento de la ley – no en los que ‘podría’ hacerlo o ‘es posible que’ lo hiciera. Ello significa que las potenciales alegaciones para retener documentos sobre esta base deben evaluarse a la luz de la situación en particular y de los documentos involucrados. El hecho de que una Solicitud haga referencia a actividades pasadas relativas al cumplimiento de las leyes de alguna manera no debe encuadrarla automáticamente dentro del alcance del Artículo 835(7) del TLC Canadá-Perú¹⁶.

28. En su registro de privilegio, la Demandada alegó que no debería requerírsele que divulgue documentos que “potencialmente perjudicarían investigaciones penales en curso” o “potencialmente perjudicarían la investigación penal”¹⁷. Sin embargo, el perjuicio potencial está por debajo del estándar del Artículo 835. Tal como expresó el Tribunal en la RP No. 4, no basta con que la divulgación “podría” impedir el cumplimiento de la ley o “es posible que” lo hiciera.

29. Asimismo, tal como también se indica en la RP No. 4, la cuestión de si la exhibición impediría el cumplimiento de la ley debe tener en cuenta el contexto circundante. Cualquier exhibición aquí ocurriría en un procedimiento de arbitraje rigurosamente controlado que funciona en un marco de normas establecidas, las cuales proporcionan mecanismos para la protección del material confidencial de la divulgación pública inapropiada.

30. Sobre el particular, el Tribunal observa el argumento de la Demandada en cuanto a que la divulgación de los documentos impugnados a la Demandante podría llevar a esta última a adoptar medidas no especificadas para socavar una operación policial futura, impedir las

¹⁶ RP No. 4, ¶ 7.

¹⁷ Registro de Privilegio de la Demandada, ¶¶ 6 y 7 [Traducción del Tribunal].

investigaciones en curso o de algún modo perjudicar procedimientos futuros¹⁸. La Demandante impugnó con vehemencia esta línea argumentativa¹⁹, y el Tribunal la encuentra poco convincente. Dicha especulación está muy por debajo del requisito del TLC en virtud del cual debe demostrarse que la exhibición “impediría” el cumplimiento de la ley.

31. El Tribunal concluye que la Demandada no ha cumplido con su carga de demostrar que la exhibición de los documentos de la Sección II a la Demandante en el contexto de este procedimiento de arbitraje impediría el cumplimiento de la ley, tal como lo exige el Artículo 835 del TLC para impedir la exhibición.
32. La Demandada también adujo que el Tribunal debería dar efecto a varias disposiciones de su legislación nacional que, según ella, impiden la exhibición de los documentos de la Sección II. La Demandante cuestionó si algunas de estas disposiciones efectivamente prohíben la exhibición en el contexto de este arbitraje. Sin embargo, no es necesario que el Tribunal resuelva este debate relacionado con la interpretación correcta de la legislación nacional de la Demandada.
33. Al instar al Tribunal a dar efecto a las disposiciones citadas de su legislación nacional, la Demandada señaló el Artículo 9 de las Reglas de la IBA:

[...]

2. El Tribunal Arbitral excluirá, a instancia de Parte o de oficio, la prueba o la exhibición de cualquier Documento, declaración, testimonio oral o inspección, total o parcialmente, por cualquiera de las siguientes razones:

[...]

(b) existencia de impedimento legal o privilegio (*privilege*) bajo las normas jurídicas o éticas determinadas como aplicables por el Tribunal Arbitral (véase el Artículo 9.4);

[...]

¹⁸ Carta de la Demandada, 5 de julio de 2022, págs. 7-8.

¹⁹ Carta de la Demandante, 12 de julio de 2022, pág. 2.

(f) razones de especial sensibilidad política o institucional que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes (incluyendo pruebas que hayan sido clasificadas como secretas por parte de un gobierno o de una institución pública internacional);

[...]

4. Al evaluar la existencia de impedimentos legales o privilegios bajo el Artículo 9.2(b), y en la medida en que sea permitido por cualesquiera normas jurídicas o éticas de obligado cumplimiento, aplicables conforme al Tribunal Arbitral, éste puede tomar en consideración:

[...]

(c) las expectativas de las Partes y de sus asesores en el momento en el que se alega que ha surgido el impedimento o privilegio legal;

[...]

34. El Tribunal ha analizado cuidadosamente las disposiciones del Artículo 9 de las Reglas de la IBA. Sin embargo, ha sido consciente de que, en virtud de la RP No. 1, el rol de las Reglas de la IBA en este procedimiento es “como guía, en la medida en la que estén en consonancia con el Convenio del CIADI y con las Reglas de Arbitraje del CIADI”²⁰. Las Reglas de la IBA no amplían las restricciones a la exhibición establecidas en el Artículo 835 del TLC, ni suplantán la facultad del Tribunal en virtud de la Regla 34 de las Reglas de Arbitraje del CIADI para requerirles a las partes a que presenten documentos, o la obligación relacionada de las partes de “cooperar[...] con el Tribunal en la producción de la prueba”²¹.
35. Tal como destacó el Tribunal en la RP No. 4, “[e]ste procedimiento [...] encuentra su fundamento jurídico en el TLC Canadá-Perú y no en la legislación nacional de alguno de los Estados parte del TLC Canadá-Perú. La legislación interna de cualquiera de las Partes del TLC no es aplicable en forma directa”²². En consecuencia, las normas de la legislación nacional peruana invocadas por la Demandada no son aplicables a este arbitraje. Además,

²⁰ RP No. 1, ¶ 15.1.

²¹ Regla 34(3) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

²² RP No. 4, ¶ 9.

la Demandada no ha probado que los documentos enumerados en la Sección II involucren motivos convincentes de “especial sensibilidad política o institucional”.

36. Por lo tanto, el Tribunal ordena que se exhiban a la Demandante los documentos de la Sección II. Sin embargo, a la luz de las inquietudes expresadas por la Demandada, el Tribunal ordena también que la exhibición se limite únicamente a los abogados designados por la Demandante, una vez que dichos abogados hayan asumido el compromiso de no realizar una divulgación más amplia sin la autorización del Tribunal. Se instruye a las Partes para que realicen las consultas correspondientes en relación con las medidas administrativas que puedan ser necesarias para llevar a cabo esta resolución.

III. LOS DOCUMENTOS DE LA SECCIÓN III

37. La Demandada señala que estos documentos:

[F]ueron preparados por los abogados a los fines de brindar asesoramiento jurídico o dejar constancia de él o bien como preparativos de un litigio o arbitraje. En consecuencia, son privilegiados en virtud de los principios de privilegio por asesoramiento jurídico y/o privilegio por litigio y privilegio abogado-cliente y/o privilegio por el producto del trabajo de los abogados, y se deniega su exhibición de conformidad con los Artículos 9.2(b) y 9.4(a) de las Reglas de la IBA²³.

38. En sus cartas de 28 de junio y el 12 de julio de 2022, la Demandante no mencionó los documentos de la Sección III. La Demandante no expresó ninguna objeción respecto de su retención y tampoco solicitó medida alguna al Tribunal.
39. Puesto que la Demandante no ha planteado ninguna objeción respecto de la retención de los documentos de la Sección III y no ha solicitado medida alguna al Tribunal, no se requiere que se adopte ninguna decisión.

²³ Registro de Privilegio de la Demandada, Sección III, pág. 11, ¶ 12 [Traducción del Tribunal].

En nombre y representación del Tribunal.

_____ [Firma] _____
Profesor John R. Crook
Presidente del Tribunal
Fecha: 29 de julio de 2022