

ANEXO A

Procedimientos de trabajo para el Grupo Especial encargado del asunto *Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*

1. El Grupo Especial proporcionará a las partes un calendario de sus actuaciones y procederá de conformidad con los procedimientos de trabajo normales establecidos en el ESD y su Apéndice 3, más determinados procedimientos adicionales, que se indican a continuación:
2. El Grupo Especial se reunirá a puerta cerrada. Las partes en la diferencia y los terceros sólo estarán presentes en las reuniones cuando el Grupo Especial las invite.
3. Las deliberaciones del Grupo Especial, y los documentos que se hayan sometido a su consideración, tendrán carácter confidencial. Ninguna de las disposiciones del ESD impedirá a una parte en la diferencia hacer públicas sus posiciones. Los Miembros considerarán confidencial la información facilitada al Grupo Especial por otro Miembro a la que éste haya atribuido tal carácter. Según lo previsto en el párrafo 2 del artículo 18 del ESD, cuando una parte en la diferencia facilite una versión confidencial de sus comunicaciones escritas al Grupo Especial, también facilitará, a petición de cualquier Miembro, un resumen no confidencial de la información contenida en esas comunicaciones que pueda hacerse público.
4. Antes de celebrarse la primera reunión sustantiva del Grupo Especial con las partes, las partes en la diferencia le presentarán comunicaciones escritas en las que expongan los hechos del caso y sus respectivos argumentos.
5. En la primera reunión sustantiva con las partes, el Grupo Especial pedirá a la parte reclamante que presente sus alegaciones. Posteriormente, en la misma reunión, se pedirá a la parte demandada que exponga sus puntos de vista.
6. Los terceros serán invitados por escrito a exponer sus opiniones durante una sesión de la primera reunión sustantiva del Grupo Especial reservada para tal fin. Los terceros podrán estar presentes durante la totalidad de dicha sesión.
7. Las réplicas formales se presentarán en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial. La parte demandada tendrá derecho a hablar en primer lugar, y a continuación lo hará la parte reclamante. Antes de la reunión, las partes presentarán sus escritos de réplica al Grupo Especial.
8. El Grupo Especial podrá en todo momento hacer preguntas a las partes y pedirles explicaciones, ya sea durante una reunión con ellas o por escrito. Las respuestas por escrito a las preguntas se presentarán en la fecha que decida el Grupo Especial en consulta con las partes.
9. Las partes en la diferencia, y cualquier tercero invitado a exponer sus opiniones, pondrán a disposición del Grupo Especial y de la otra parte una versión escrita de sus exposiciones orales.
10. En interés de una total transparencia, las exposiciones, las réplicas y las declaraciones mencionadas en los párrafos 5 a 9 se harán en presencia de las partes. Además, las comunicaciones escritas de cada parte, incluidas las respuestas a las preguntas del Grupo Especial, los comentarios sobre la parte expositiva del informe y los comentarios sobre el informe provisional, se pondrán a disposición de la otra parte.

11. Cualquier solicitud de resolución preliminar por el Grupo Especial (incluidas las resoluciones sobre cuestiones jurisdiccionales) será presentada a más tardar en la primera comunicación escrita de una parte. Si la parte reclamante solicita una resolución de este tipo, el demandado presentará su respuesta a dicha solicitud en su primera comunicación escrita. Si el demandado solicita una resolución de este tipo, la parte reclamante presentará su respuesta a dicha solicitud antes de la primera reunión sustantiva del Grupo Especial. La parte reclamante presentará esta respuesta en la fecha que determine el Grupo Especial después de recibir la solicitud del demandado y a la luz de ella. Podrán establecerse excepciones a este procedimiento por causas justificadas.

12. Las partes presentarán al Grupo Especial todas las pruebas fácticas a más tardar en la primera reunión sustantiva, excepto en lo tocante a las pruebas necesarias para los escritos de réplica o las respuestas a preguntas. Podrán establecerse excepciones a este procedimiento por causas justificadas. En tales casos, se concederá a la otra parte un plazo para que formule comentarios, según proceda.

13. Para facilitar la constitución del expediente de la diferencia y las referencias a las pruebas documentales presentadas por las partes, se solicita a éstas que numeren consecutivamente sus pruebas documentales durante todas las etapas de la diferencia.

14. Las partes y los terceros presentarán al Grupo Especial un resumen de los hechos y argumentos presentados al Grupo Especial en sus comunicaciones escritas y presentaciones orales dentro de la semana siguiente a la entrega al Grupo Especial de la versión escrita de la comunicación pertinente. Los resúmenes de las comunicaciones escritas que presentará cada parte no deberán exceder de 10 páginas y los resúmenes de las presentaciones orales no deberán exceder de 5 páginas cada uno. Los resúmenes que presenten los terceros deberán sintetizar sus comunicaciones escritas, y presentaciones orales, y no deberán exceder de 5 páginas. Los resúmenes no se utilizarán de ningún modo en sustitución de las comunicaciones de las partes en el examen del asunto por el Grupo Especial. Sin embargo, el Grupo Especial puede reproducir los resúmenes suministrados por las partes y los terceros en la sección de su informe relativa a los argumentos, con sujeción a cualquier modificación que considere apropiada. Las respuestas de las partes y los terceros a las preguntas, y los comentarios de las partes sobre las respuestas de cada uno de los demás a las preguntas figurarán como anexos del informe del Grupo Especial.

15. Las partes y los terceros en el presente procedimiento tendrán el derecho de determinar la composición de sus propias delegaciones. Las delegaciones pueden incluir, como representantes del gobierno de que se trate, consejeros y asesores privados. A este respecto, se señala que la parte reclamante se ha comprometido a asegurar, en la medida de lo posible, la presencia de un funcionario gubernamental en todas las reuniones con el Grupo Especial. Las partes y los terceros serán responsables por todos los miembros de sus delegaciones y asegurarán que todos ellos actúen en conformidad con las normas del ESD y los Procedimientos de Trabajo de este Grupo Especial, especialmente con respecto a la confidencialidad de las actuaciones. En particular, los abogados privados que actúen en nombre del reclamante tendrán las mismas obligaciones y responsabilidades que los Miembros de la OMC. Las partes facilitarán una lista de los participantes de su delegación antes o al comienzo de la reunión con el Grupo Especial.

16. Una vez que se les haya dado traslado del informe provisional, las partes dispondrán de 10 días como mínimo para presentar por escrito solicitudes de revisión de aspectos precisos del informe provisional, y para pedir una nueva reunión con el Grupo Especial. El derecho a pedir dicha reunión debe ejercerse no más tarde del momento en que se presente por escrito la solicitud de revisión. Una vez recibida cualquier solicitud escrita de revisión, en los casos en los que no se solicita una nueva reunión con el Grupo Especial, las partes tendrán oportunidad, en un plazo que especificará el Grupo Especial, para presentar comentarios por escrito sobre las peticiones de revisión formuladas por escrito por las otras partes. Dichos comentarios se limitarán estrictamente a las peticiones de revisión formuladas por escrito por las otras partes.

17. Se aplicarán los siguientes procedimientos respecto de la entrega de documentos:
- a) Cada parte y cada tercero entregará sus comunicaciones directamente a todas las demás partes, incluidos, cuando proceda, los terceros y confirmará que así lo ha hecho en el momento en que presente su comunicación al Grupo Especial.
 - b) Las partes y los terceros presentarán sus comunicaciones escritas y sus respuestas escritas a las preguntas a más tardar a las 17.30 h de las fechas en que venzan los plazos establecidos por el Grupo Especial, a menos que éste establezca un momento diferente. A este respecto, las partes han acordado que intercambiarán comunicaciones escritas y respuestas escritas a las preguntas, incluidas todas las pruebas documentales, electrónicamente, en formato de procesador de textos (Word o WordPerfect). Cuando sea necesario (por ejemplo, debido a la naturaleza y/o tamaño del documento en cuestión), las pruebas documentales pueden enviarse en formato .pdf o por telefax. En los casos en los que el tamaño de las pruebas documentales sea demasiado grande y no sea factible enviar los documentos en formato .pdf o por telefax en los plazos estipulados, se enviarán ejemplares impresos por servicios de mensajeros de manera que sean recibidos el día después de la fecha establecida. Dentro de las 24 horas siguientes a los plazos establecidos, se enviarán ejemplares impresos de todas las comunicaciones y respuestas por servicio de mensajero. Estos procedimientos son aplicables a la presentación de documentos al Grupo Especial, a la otra parte y a los terceros.
 - c) Las partes y los terceros facilitarán a la Secretaría copias de sus comunicaciones orales no más tarde del mediodía del primer día laborable siguiente al último día de las reuniones sustantivas.
 - d) Las partes y los terceros facilitarán al Grupo Especial nueve copias de todas sus comunicaciones, incluidas las versiones escritas de las declaraciones orales y las respuestas a las preguntas. Todas ellas se presentarán al Encargado del Registro de Solución de Diferencias, Sr. Ferdinand Ferranco (oficina 3154).
 - e) En el momento de presentar ejemplares impresos de sus comunicaciones, las partes y los terceros presentarán también al Grupo Especial una versión electrónica de todas sus comunicaciones en un disquete o en un archivo adjunto a un mensaje de correo electrónico, en formato compatible con el sistema informático de la Secretaría. Los archivos adjuntos a mensajes de correo electrónico se dirigirán al Encargado del Registro de Solución de Diferencias (DSRegistry@wto.org), con copia para la Sra. Mireille Cossy (mireille.cossy@wto.org).
 - f) Cada parte entregará los resúmenes mencionados en el párrafo 14 directamente a la otra parte y confirmará que así lo ha hecho en el momento en que presente su comunicación al Grupo Especial. Cada tercero entregará los resúmenes mencionados en el párrafo 14 directamente a las partes y confirmará que así lo ha hecho en el momento en que presente su comunicación al Grupo Especial. Los apartados d) y e) *supra* serán aplicables a la entrega de resúmenes.
-

ANEXO B

SOLICITUD DE RESOLUCIONES PRELIMINARES

A. DECISIÓN DEL GRUPO ESPECIAL*

1. La presente comunicación del Grupo Especial responde a la solicitud de resoluciones preliminares presentada por los Estados Unidos con respecto a la solicitud de establecimiento de un grupo especial¹ presentada por Antigua y Barbuda y a las cuestiones pertinentes a esa solicitud planteadas en la primera comunicación escrita² de Antigua y Barbuda. La solicitud fue recibida en la noche del viernes 17 de octubre de 2003.

2. El 20 de octubre de 2003, el Grupo Especial invitó a Antigua y Barbuda y a los terceros a formular comentarios sobre la solicitud de los Estados Unidos. Antigua y Barbuda presentó su respuesta el 23 de octubre de 2003; las Comunidades Europeas y el Japón, el 24 de octubre de 2003. El Taipei Chino, México y el Canadá informaron al Grupo Especial de que no presentarían comentarios sobre la solicitud de resoluciones preliminares presentada por los Estados Unidos.

1. Antecedentes procesales

3. El 13 de marzo de 2003, Antigua y Barbuda solicitó la celebración de consultas con los Estados Unidos en relación con medidas aplicadas por autoridades centrales, regionales y locales de los Estados Unidos que (supuestamente) afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas. En un anexo de su solicitud inicial de celebración de consultas³, Antigua y Barbuda identificó varios documentos como "medidas", e indicó que "estas medidas y su aplicación pueden constituir un incumplimiento de las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en virtud del AGCS".

4. Las secciones I y II del anexo de la solicitud de celebración de consultas contienen una lista de medidas legislativas federales y estatales. La sección III enumera otros documentos, clasificados por Antigua y Barbuda en su anexo como "Otras actuaciones o medidas federales y estatales de los Estados Unidos." Estos documentos incluyen jurisprudencia, opiniones de los Fiscales Generales, comunicados de prensa y páginas de sitios Web.

5. Con respecto a los elementos identificados en el anexo, Antigua y Barbuda alegó en su solicitud de celebración de consultas lo siguiente:

"A juicio de mi Gobierno, por efecto acumulativo de las medidas federales y estatales del tipo de las enumeradas en el anexo de la presente solicitud, el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas desde otro Miembro de

* Enviada a las partes el 29 de octubre de 2003. Los argumentos de las partes y los terceros figuran, respectivamente, en las secciones B y C del presente anexo.

¹ WT/DS285/2, 13 de junio de 2003.

² 1º de octubre de 2003.

³ WT/DS285/1, 27 de marzo de 2003.

la OMC (como Antigua y Barbuda) a los Estados Unidos se considera ilegal en el marco de la legislación estadounidense."⁴

6. El 10 de abril de 2003, Antigua y Barbuda notificó un addendum a su solicitud de celebración de consultas.⁵ Dicho addendum tenía por objeto "aclarar algunas de las referencias a la legislación de los Estados Unidos que figuran en el anexo original".⁶ Adjunto al addendum figuraba una nueva versión del anexo que se había adjuntado a la solicitud original de celebración de consultas. El addendum también reiteraba la alegación de Antigua y Barbuda de que una prohibición del suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas en los Estados Unidos resulta del efecto acumulativo de las medidas enumeradas en el anexo. En particular, el addendum preveía lo siguiente:

"Como explicamos en nuestra solicitud de celebración de consultas de 13 de marzo de 2003, a nuestro juicio la prohibición del suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas en los Estados Unidos resulta del efecto acumulativo de las medidas del tipo de las enumeradas en el Anexo. El Anexo corregido aclara algunas de las referencias a la legislación de los Estados Unidos y sustituye referencias a algunas medidas que ya no están en vigor por referencias a las medidas actuales."⁷

7. El 13 de junio de 2003, Antigua y Barbuda presentó al OSD su solicitud de establecimiento de un grupo especial (denominada en adelante "solicitud de establecimiento").⁸ Como en el caso de la solicitud de celebración de consultas, la solicitud de establecimiento contenía un anexo, cuyos contenidos y estructura son prácticamente idénticos al anexo adjunto a la solicitud de celebración de consultas revisada.

8. La solicitud de establecimiento reitera la alegación formulada en la solicitud de celebración de consultas de Antigua y Barbuda de que las leyes a las que se hace referencia en las secciones I y II del anexo tienen el efecto de prohibir todo suministro de servicios de juegos de azar y apuestas desde fuera de los Estados Unidos a consumidores en los Estados Unidos. Sin embargo, con respecto a los elementos contenidos en la sección III del anexo, en la solicitud de establecimiento se afirma lo siguiente:

"La sección III del anexo enumera ejemplos de medidas de autoridades no legislativas de los Estados Unidos que aplican estas leyes al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas."⁹

9. Por último, la solicitud de establecimiento también afirma lo siguiente:

"Las medidas enumeradas en el anexo sólo están comprendidas en el ámbito de la presente diferencia en tanto dichas medidas impiden o pueden impedir a los operadores de Antigua y Barbuda ofrecer legalmente servicios de juegos de azar y

⁴ WT/DS285/1, párrafo 2.

⁵ WT/DS285/1/Add.1, 10 de abril de 2003.

⁶ WT/DS285/1/Add.1, párrafo 1.

⁷ WT/DS285/1/Add.1, párrafo 2.

⁸ WT/DS285/2.

⁹ WT/DS285/2, párrafo 2.

apuestas en los Estados Unidos en condiciones de competencia compatibles con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos."¹⁰

10. En las reuniones primera y segunda del OSD en las que se consideró la solicitud de establecimiento presentada por Antigua y Barbuda, los Estados Unidos alegaron que había varias deficiencias relacionadas con dicha solicitud.¹¹ En particular, los Estados Unidos declararon que varios elementos contenidos en el anexo de la solicitud de establecimiento no eran "medidas" que pudieran incluirse adecuadamente en el ámbito de una solicitud de establecimiento de un grupo especial; que el anexo incluía varias medidas que no parecían haber sido incluidas en la solicitud de celebración de consultas revisada; y que no todas las medidas citadas en el anexo estaban relacionadas con el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas.¹² Los Estados Unidos plantearon nuevamente la cuestión de estas supuestas deficiencias en la reunión de organización del Grupo Especial celebrada el 3 de septiembre de 2003.

11. El 1º de octubre de 2003, de acuerdo con lo previsto en el Procedimiento de trabajo y el calendario de este Grupo Especial, Antigua y Barbuda presentó su primera comunicación escrita al Grupo Especial, en la cual se refería a algunas de las preocupaciones que habían planteado anteriormente los Estados Unidos con respecto a su solicitud de establecimiento.

12. De conformidad con el calendario del Grupo Especial para estas actuaciones, los Estados Unidos debían presentar su primera comunicación escrita el 29 de octubre de 2003. Sin embargo, como se indica *supra*, el 17 de octubre de 2003 los Estados Unidos solicitaron al Grupo Especial que adoptase varias resoluciones preliminares, que son el objeto de la presente comunicación.

2. La solicitud de resoluciones preliminares presentada por los Estados Unidos

13. Los Estados Unidos nos han solicitado que adoptásemos resoluciones preliminares de conformidad con el párrafo 11 del Procedimiento de trabajo del Grupo Especial. El párrafo 11 de nuestro Procedimiento de trabajo dice lo siguiente:

"Cualquier solicitud de que el Grupo Especial adopte una resolución preliminar (incluidas las resoluciones sobre cuestiones jurisdiccionales) será presentada no más tarde que la primera comunicación escrita de una parte. Si la parte reclamante solicita una resolución de este tipo, el demandado presentará su respuesta a dicha solicitud en su primera comunicación escrita. Si el demandado solicita una resolución de este tipo, la parte reclamante presentará su respuesta a dicha solicitud antes de la primera reunión sustantiva del Grupo Especial. La parte reclamante presentará esta respuesta en una fecha que determine el Grupo Especial después de recibir la solicitud del demandado y a la luz de ella. Podrán establecerse excepciones a este procedimiento por causas justificadas."

14. El Grupo Especial entiende que los Estados Unidos solicitan resoluciones preliminares sobre cuatro cuestiones. Según los Estados Unidos:

- a) Algunas de las medidas enumeradas en el anexo de la solicitud de establecimiento no estaban incluidas en la solicitud de celebración de consultas. Por consiguiente, dichas

¹⁰ WT/DS285/2, párrafo 2.

¹¹ La primera reunión se celebró el 24 de junio de 2003: WT/DSB/M/151; la segunda reunión se celebró los días 21 y 23 de julio de 2003: WT/DSB/M/153.

¹² WT/DSB/M/151, página 12, párrafo 47; WT/DSB/M/153, párrafo 47.

medidas no fueron objeto de consulta y no deberían ser consideradas por el Grupo Especial.

- b) Algunos de los elementos enumerados en el anexo de la solicitud de establecimiento no son "medidas" en el sentido del párrafo 2 del artículo 6 del ESD y, por consiguiente, no están comprendidos en el mandato del Grupo Especial.
- c) Algunas de las medidas enumeradas en la solicitud de establecimiento no están relacionadas con el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas.¹³
- d) Antigua y Barbuda no ha acreditado *prima facie* una infracción y, por consiguiente, su reclamación debería ser rechazada.

15. A continuación, examinaremos sucesivamente cada una de estas cuestiones.

3. La evaluación por el Grupo Especial de la solicitud de resoluciones preliminares presentada por los Estados Unidos

a) Consideraciones generales

16. Como punto de partida, observamos que la jurisprudencia confirma que, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD, una solicitud de establecimiento de un grupo especial debe: i) presentarse por escrito, ii) indicar si se celebraron consultas, iii) identificar las medidas concretas en litigio, y iv) proporcionar una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación suficiente para presentar el problema con claridad.¹⁴ En el asunto *CE - Banano III*, el Órgano de Apelación aclaró lo siguiente:

"Es importante que la solicitud de establecimiento de un grupo especial sea suficientemente precisa por dos razones: en primer lugar, porque con gran frecuencia constituye la base del mandato del grupo especial, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7 del ESD y, en segundo lugar, porque informa a la parte contra la que se dirige la reclamación y a los terceros de cuál es el fundamento jurídico de la reclamación."¹⁵

17. Al evaluar la solicitud de resoluciones preliminares presentada por los Estados Unidos, el Grupo Especial considera que es importante tener en cuenta lo que Antigua y Barbuda considera que es (son) la(s) medida(s) que está impugnando y respecto de las cuales solicitó la celebración de consultas. A este respecto, observamos que en su solicitud de establecimiento, en su primera comunicación escrita y en sus comentarios sobre la solicitud de resoluciones preliminares presentada por los Estados Unidos, Antigua y Barbuda hizo hincapié en que está impugnando efectivamente el efecto general y acumulativo de varias leyes federales y estatales, las cuales, juntamente con varias declaraciones de política y otras medidas gubernamentales, constituyen una completa prohibición del suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas.

¹³ Observamos que en el párrafo 14 de la solicitud de resoluciones preliminares presentada por los Estados Unidos, dicho país formuló este argumento como parte de su alegación de que la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Antigua y Barbuda incluía indebidamente determinadas medidas que no habían sido objeto de consultas. Sin embargo, el Grupo Especial ha decidido tratar este argumento como una cuestión separada.

¹⁴ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Corea - Productos lácteos*, párrafo 120.

¹⁵ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *CE - Banano III*, párrafo 142.

18. A este respecto, recordamos la orientación ofrecida por el Órgano de Apelación en el asunto *Corea - Productos lácteos*¹⁶ y en el asunto *Estados Unidos - Acero al carbono* con respecto a la forma en que un grupo especial debería abordar las impugnaciones respecto de la suficiencia de las solicitudes de establecimiento de un grupo especial en virtud del párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

"Como hemos indicado en casos anteriores, el cumplimiento de los requisitos del párrafo 2 del artículo 6 debe demostrarse a la luz de la solicitud de establecimiento de un grupo especial. Los defectos de la solicitud no pueden ser "subsanaados" en las comunicaciones posteriores de las partes durante las actuaciones del Grupo Especial. No obstante, al examinar si una solicitud de establecimiento de un grupo especial es o no suficiente, pueden consultarse las comunicaciones presentadas y las declaraciones hechas durante el curso de las actuaciones, en particular la primera comunicación escrita de la parte reclamante, con el fin de confirmar el sentido de los términos empleados en la solicitud de establecimiento del Grupo Especial y como parte de la evaluación acerca de si el demandado ha sufrido o no perjuicios en sus posibilidades de defensa. Además, el cumplimiento de los requisitos del párrafo 2 del artículo 6 debe determinarse sobre la base de los fundamentos de cada caso, examinando el conjunto de la solicitud de establecimiento del Grupo Especial y a la luz de las circunstancias respectivas."¹⁷

19. También es importante tener en cuenta que debe ser posible exigir el cumplimiento respecto de la o las medidas que se han impugnado en una solicitud de establecimiento de un Grupo Especial, con arreglo al párrafo 1 del artículo 19 del ESD, que estipula lo siguiente:

"Cuando un grupo especial o el Órgano de Apelación lleguen a la conclusión de que una medida es incompatible con un acuerdo abarcado, recomendarán que el Miembro afectado¹⁸ la ponga en conformidad con ese acuerdo."

20. Por último, con respecto a la oportunidad de las solicitudes de resolución preliminar, recordamos la declaración del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - EVE*.

"En virtud del párrafo 10 del artículo 3 del ESD los Miembros de la OMC, si surge una diferencia, deben entablar un procedimiento de solución de diferencias 'de buena fe y esforzándose por resolverla'. Esta es otra manifestación específica del principio de buena fe que, como hemos señalado, es a la vez un principio general de derecho y un principio general del derecho internacional. Este principio omnipresente exige que tanto el Miembro reclamante como el Miembro demandado cumplan las prescripciones del ESD (y las prescripciones conexas establecidas en otros acuerdos abarcados) de buena fe. Mediante el cumplimiento de buena fe, los Miembros reclamantes proporcionan a los Miembros demandados toda la protección y oportunidad para defenderse que prevé la letra y el espíritu de las normas de procedimiento. En virtud del mismo principio de buena fe, los Miembros demandados deben señalar oportuna y prontamente las deficiencias de procedimiento alegadas a la atención del Miembro reclamante, así como a la del OSD o el Grupo Especial, de manera que, en caso necesario, éstas puedan corregirse para solucionar

¹⁶ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Corea - Productos lácteos*, párrafos 120-128.

¹⁷ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 127.

¹⁸ El "Miembro afectado" es la parte en la diferencia a la que van dirigidas las recomendaciones del Grupo Especial o del Órgano de Apelación.

las diferencias. Las normas de procedimiento del sistema de solución de diferencias de la OMC tienen por objeto promover, no el desarrollo de técnicas de litigio, sino simplemente la solución equitativa, rápida y eficaz de las diferencias comerciales." (sin subrayar en el original)¹⁹

- b) Evaluación de la solicitud de los Estados Unidos
- i) *Algunas de las medidas enumeradas en el anexo de la solicitud de establecimiento no estaban incluidas en la solicitud de celebración de consultas y no deberían ser consideradas por el Grupo Especial.*

21. Como se indica *supra*, la cuestión que se plantea en este caso es si el Grupo Especial está facultado para considerar las disposiciones de legislación a las que se hace referencia en la solicitud de establecimiento en los casos en los que la solicitud de celebración de consultas hacía referencia a la misma legislación, pero contenía referencias a disposiciones diferentes de esa legislación.

22. Las medidas en cuestión indicadas por los Estados Unidos a este respecto son las leyes estatales correspondientes a Colorado, Nueva York y Rhode Island. En particular:

1) Con respecto a Colorado, la solicitud de celebración de consultas revisada hace referencia a "COLO. REV. STAT. §§ 18-10-101 a 18-10-**08** (1999)", mientras que la solicitud de establecimiento hace referencia a "COLO. REV. STAT. §§ 18-10-101 a 18-10-**108** (1999)".

2) En relación a Nueva York, la solicitud de celebración de consultas revisada hace referencia a "N.Y. CONST. art. **II**, § 9", mientras que la solicitud de establecimiento hace referencia a "N.Y. CONST. art. **I**, § 9".

3) Con respecto a Rhode Island, la solicitud de celebración de consultas revisada hace referencia a "R.I. CONST. art. **I**, § 22", mientras que la solicitud de establecimiento hace referencia a "R.I. CONST. art. **VI**, § 22".

23. El Grupo Especial observa que, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD, corresponde a las partes reclamantes, entre otras cosas, indicar en su solicitud de establecimiento de un grupo especial si se celebraron consultas sobre el asunto objeto de la diferencia. Este requisito tiene la finalidad de garantizar que las partes hayan tenido una oportunidad adecuada de examinar el asunto objeto de la diferencia antes de que se establezca un grupo especial para que resuelva la diferencia. De hecho, existe jurisprudencia que indica que se impedirá "a un Miembro solicitar el establecimiento de un grupo especial en relación con una diferencia respecto de la cual no se haya solicitado la celebración de consultas".²⁰

24. Dadas las discrepancias existentes entre la solicitud de establecimiento y la solicitud de celebración de consultas, los Estados Unidos aducen que no se celebraron consultas en relación con las medidas respecto de las cuales se modificaron las referencias en la solicitud de establecimiento. Al decidir el significado y las consecuencias relacionados con estas discrepancias, observamos que en el asunto *Brasil - Aeronaves* el Órgano de Apelación declaró lo siguiente:

¹⁹ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - EVE*, párrafo 166.

²⁰ Informe del Grupo Especial sobre el asunto *Canadá - Aeronaves civiles*, párrafo 9.12.

"... no consideramos que los artículos 4 y 6 del ESD, ni los párrafos 1 a 4 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, exijan una *identidad precisa y exacta* entre las medidas concretas que fueron objeto de las consultas celebradas y las medidas concretas identificadas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial".²¹

25. A nuestro entender, esta declaración indica que puede haber diferencias entre las medidas enumeradas en la solicitud de celebración de consultas y las enumeradas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial. De hecho, consideramos que esas diferencias pueden muy bien estar justificadas dado que en el curso de las consultas pueden establecerse hechos que "configur[e]n en gran medida el fondo y el ámbito del posterior procedimiento del grupo especial".²² Sin embargo, reconocemos que se precisa un equilibrio entre, por una parte, el derecho del reclamante a alterar la solicitud de establecimiento de un grupo especial a la luz de la información que pueda obtenerse durante las consultas y, por otra parte, la necesidad de garantizar que un Miembro no solicite el establecimiento de un grupo especial con respecto a una diferencia respecto de la cual no se solicitó la celebración de consultas.

26. En cuanto a si, en este caso, las diferencias entre la solicitud de establecimiento y la solicitud de celebración de consultas revisada a las que se hace referencia *supra* son tales que el Grupo Especial aún esté facultado para considerar las medidas afectadas por el argumento de los Estados Unidos, observamos que tanto la solicitud de celebración de consultas revisada como la solicitud de establecimiento contienen referencias a la misma *legislación* para cada uno de los estados pertinentes. Sin embargo, las discrepancias que existen entre los dos conjuntos de solicitudes se relacionan con las *disposiciones* a las que se hace referencia. A primera vista, las discrepancias parecen de naturaleza tipográfica. Dado que la jurisprudencia prevé la modificación de las solicitudes de establecimiento de un grupo especial en determinadas circunstancias a las que se hace referencia *supra*, parecería que las modificaciones de las solicitudes de establecimiento de un grupo especial en casos de errores tipográficos deberían aceptarse debido a su naturaleza aparentemente menos conspicua.

27. Sin embargo, no estamos en condiciones de efectuar en esta etapa una evaluación definitiva acerca de si las diferencias son de naturaleza puramente tipográfica dado que Antigua y Barbuda aún no ha acreditado completamente una presunción *prima facie*²³ y la legislación en cuestión aún no se ha presentado como prueba. Además, el Grupo Especial considera que estará en mejores condiciones para efectuar su evaluación una vez que haya conocido los argumentos sustantivos de las partes. En consecuencia, por el momento, el Grupo Especial se abstiene de resolver acerca de este aspecto de la solicitud presentada por los Estados Unidos.

ii) *Algunos de los elementos enumerados en el anexo de la solicitud de establecimiento no son "medidas" en el sentido del párrafo 2 del artículo 6 del ESD y, por consiguiente, no están comprendidos en el mandato del Grupo Especial*

28. En su respuesta a la solicitud de resoluciones preliminares sobre esta cuestión presentada por los Estados Unidos, observamos que Antigua y Barbuda hizo hincapié en que el Grupo Especial no tiene que determinar si los elementos contenidos en la sección III del anexo de la solicitud de establecimiento constituyen medidas separadas e individuales. De hecho, Antigua y Barbuda ha

²¹ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Brasil - Aeronaves*, párrafo 132.

²² Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *India - Patentes (EE.UU.)*, párrafo 94.

²³ A este respecto, véanse las conclusiones del Grupo Especial contenidas en los párrafos 38 a 40 *infra* relativas a la alegación de los Estados Unidos de que Antigua y Barbuda no ha establecido una presunción *prima facie*.

declarado que los elementos contenidos en la sección III se basan en las disposiciones legislativas enumeradas en las secciones I y II.

29. En cuanto al valor jurídico que debería atribuirse a los elementos contenidos en la sección III del anexo de la solicitud de establecimiento, recordamos la declaración formulada por el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Acero al carbono*:

"La parte que sostenga que la legislación interna de otra parte, en sí misma, es incompatible con obligaciones pertinentes dimanantes de un tratado tiene sobre sí la carga de presentar pruebas acerca del alcance y el sentido de esa ley para fundamentar tal aseveración. La forma característica de aportar esa prueba es el texto de la legislación o instrumentos jurídicos pertinentes, que puede apoyarse, según proceda, con pruebas sobre la aplicación sistemática de esas leyes, los pronunciamientos de los tribunales nacionales acerca de su sentido, las opiniones de juristas especializados y las publicaciones de estudiosos de prestigio. La naturaleza y el alcance de las pruebas necesarias para cumplir la carga de la prueba habrán de variar entre un caso y otro."²⁴

30. Por consiguiente, a la luz de lo expuesto, un Miembro reclamante está facultado para utilizar diversos tipos de pruebas para indicar cómo una medida viola una disposición de la OMC.²⁵ Mientras que los elementos enumerados por Antigua y Barbuda en la sección III del anexo de su solicitud de establecimiento pueden no ser (todas) medidas²⁶, estos elementos pueden, sin embargo, ser pertinentes a la demostración por Antigua y Barbuda de que las medidas legislativas a las que se hace referencia en las secciones I y II del anexo de su solicitud de establecimiento dan lugar a una completa prohibición del suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas.

31. Dado que Antigua y Barbuda ha indicado que no se propone tratar los elementos enumerados en la sección III como "medidas" distintas y autónomas sino que, básicamente, pretende basarse en ellas como prueba para ilustrar la existencia de una prohibición general contra el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas en los Estados Unidos, nos abstenemos de descartar la pertinencia de dichos elementos. Sin embargo, como sugirió Antigua y Barbuda, durante nuestro examen sustantivo de la presente diferencia, no las consideraremos ni examinaremos como medidas separadas, autónomas.

iii) *Algunas de las medidas no están relacionadas con el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*

32. En el párrafo 14 de su solicitud de resoluciones preliminares, los Estados Unidos identificaron algunas disposiciones legislativas que, según aducen, "no están relacionadas con el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas" y que, por consiguiente, no deberían ser consideradas por el Grupo Especial en la presente diferencia.²⁷

²⁴ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 157.

²⁵ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafos 156-157.

²⁶ Coincidimos con el Japón en que la cuestión de lo que constituye una "medida" según el derecho de la OMC es un asunto sensible que se ha debatido recientemente ante el Grupo Especial encargado del asunto *Estados Unidos - Examen por extinción: acero resistente a la corrosión*.

²⁷ Véanse: Georgia Code § 16-12-37; Iowa Code § 725.11; Arkansas Statutes § 5-66-115; California Penal Code §§ 337b-337e; Georgia Code §§ 16-12-33 y 16-12-34; Massachusetts General Laws, capítulo 271, §§ 39 y 39A; California Penal Code §§ 337u-337z; Delaware Code §§ 1470 y 1471; Maryland Code, Criminal

33. El párrafo 2 del artículo 6 del ESD estipula que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial "se identificarán las medidas concretas en litigio y se hará una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que sea suficiente para presentar el problema con claridad".

34. Coincidimos con el argumento presentado por las Comunidades Europeas en el sentido de que, dado que el párrafo 2 del artículo 6 del ESD es una disposición general que regula el contenido de las solicitudes de establecimiento de un grupo especial, debe leerse juntamente con las disposiciones pertinentes contenidas en los Acuerdos de la OMC. A este respecto, las disposiciones pertinentes del AGCS incluyen el artículo XXIII del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, que efectivamente establece que el ESD rige las diferencias que se plantean en el marco de dicho Acuerdo. Señalamos, además, que el párrafo 3 del artículo I y los apartados a) y c) del artículo XXVIII en conjunto definen en líneas generales las medidas a las que se aplican las disposiciones del AGCS.²⁸ En tanto la definición contenida en el AGCS de una "medida" es más amplia que la contenida en el artículo 6 del ESD, esa definición complementarí­a el significado de "medidas" en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD²⁹, según la interpretación de la jurisprudencia.

Law, § 12-109; Massachusetts General Laws, capítulo 271, §§ 12 y 32; Ohio Revised Code § 2915.05; Oregon Revised Statutes § 167.167; Virginia Code § 18.2-327; Washington Revised Code §§ 9.46.196-9.46.1962; California Penal Code §§ 337f-337h; Vermont Statutes title 13, § 2153. Massachusetts General Laws, capítulo 271, § 46.

²⁸ El párrafo 3 del artículo I del AGCS dice lo siguiente: a) se entenderá por "medidas adoptadas por los Miembros" las medidas adoptadas por: i) gobiernos y autoridades centrales, regionales o locales; y ii) instituciones no gubernamentales en ejercicio de facultades en ellas delegadas por gobiernos o autoridades centrales, regionales o locales. En cumplimiento de sus obligaciones y compromisos en el marco del Acuerdo, cada Miembro tomará las medidas razonables que estén a su alcance para lograr su observancia por los gobiernos y autoridades regionales y locales y por las instituciones no gubernamentales existentes en su territorio. El apartado a) del artículo XXVIII estipula que "medida" significa cualquier medida adoptada por un Miembro, ya sea en forma de ley, reglamento, regla, procedimiento, decisión o disposición administrativa, o en cualquier otra forma. Además, el apartado c) del artículo XXVIII estipula que "medidas adoptadas por los Miembros que afecten al comercio de servicios" abarca las medidas referentes a: i) la compra, pago o utilización de un servicio; ii) el acceso a servicios que se ofrezcan al público en general por prescripción de esos Miembros, y la utilización de los mismos, con motivo del suministro de un servicio; iii) la presencia, incluida la presencia comercial, de personas de un Miembro en el territorio de otro Miembro para el suministro de un servicio.

²⁹ El Órgano de Apelación ya ha determinado (en *Guatemala - Cemento I*, párrafo 75) que en una diferencia en el marco del Acuerdo Antidumping, deben respetarse las prescripciones del Acuerdo Antidumping y del ESD al determinar cuál es la "cuestión" sometida al OSD: "El hecho de que el párrafo 5 del artículo 17 contenga esas prescripciones adicionales, a las que no se hace referencia en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD, no anula ni hace inaplicables en las diferencias planteadas de conformidad con el Acuerdo Antidumping las prescripciones específicas del párrafo 2 del artículo 6 del ESD. Consideramos que no hay ninguna incompatibilidad entre el párrafo 5 del artículo 17 del Acuerdo Antidumping y las disposiciones del párrafo 2 del artículo 6 del ESD, sino que, por el contrario, se trata de disposiciones complementarias que deben aplicarse conjuntamente. En consecuencia, la solicitud de establecimiento de un grupo especial formulada en relación con una diferencia planteada de conformidad con el Acuerdo Antidumping debe ajustarse a las disposiciones pertinentes en materia de solución de diferencias tanto de ese Acuerdo como del ESD. Así pues, cuando una parte reclamante someta una "cuestión" al OSD de conformidad con el párrafo 4 del artículo 17 del Acuerdo Antidumping, la solicitud de establecimiento del grupo especial debe cumplir las prescripciones de los párrafos 4 y 5 del artículo 17 de dicho Acuerdo y del párrafo 2 del artículo 6 del ESD". (sin cursivas en el original)

35. La jurisprudencia reciente ha establecido que antes de que puedan aplicarse las disposiciones del AGCS para determinar si existe o no una incompatibilidad con el AGCS, un grupo especial debe, en el curso normal de su análisis, determinar si la medida en cuestión "afecta al comercio de servicios".³⁰ El Órgano de Apelación ha hecho hincapié además en que "el empleo de la expresión 'que afecten' refleja la intención de los redactores de dar al AGCS un amplio alcance".³¹

36. Nos parece que la mayoría de las leyes impugnadas por los Estados Unidos por no estar relacionadas con el suministro transfronterizo de servicios tienen por objeto principal prohibir el soborno, el fraude, etc., y no regular el suministro de servicios de juegos *per se*. Aunque en esta etapa puede ser difícil entender por qué Antigua y Barbuda impugna dichas leyes penales y de qué manera éstas infringen el AGCS, es conceptualmente posible que estas medidas sean medidas que afectan al comercio transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas en el sentido del AGCS. En cualquier caso, el Grupo Especial señala que Antigua y Barbuda declaró en su solicitud de establecimiento que "[l]as medidas enumeradas en el anexo sólo están comprendidas en el ámbito de la presente diferencia en tanto dichas medidas impiden o pueden impedir a los operadores de Antigua y Barbuda ofrecer legalmente servicios de juegos de azar y apuestas en los Estados Unidos en condiciones de competencia compatibles con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos".³² En cuanto a si estas medidas afectan, de hecho, al comercio transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas, ello se debe responder durante las actuaciones del Grupo Especial y no puede, a nuestro juicio, ser objeto de una resolución preliminar en esta etapa temprana.

37. Además, dado que Antigua y Barbuda parece aducir que todas las leyes enumeradas en el anexo de la solicitud de establecimiento deben leerse conjuntamente para demostrar que los Estados Unidos prohíben en general el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas, el Grupo Especial opina que sería más apropiado abstenerse de llegar a una conclusión definitiva respecto de si cualesquiera de las leyes enumeradas, leídas aisladamente o juntamente con otras, "no están relacionadas con el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas" en esta etapa de las actuaciones.

iv) *Antigua y Barbuda no ha acreditado prima facie una violación del AGCS y, por consiguiente, su reclamación debería ser rechazada*

38. Observamos que la jurisprudencia del Órgano de Apelación ha establecido que un reclamante dispone de dos turnos para presentar comunicaciones escritas y dos audiencias con un grupo especial para convencer a éste de que ha acreditado *prima facie* que la(s) medida(s) en litigio viola(n) una o más disposiciones de la OMC.³³

39. Además, recordamos la conclusión del Grupo Especial que entendió en el asunto *Tailandia - Vigas doble T*, que subrayó la importancia de la distinción entre, por una parte, la suficiencia de la solicitud de establecimiento y, por otra parte, la cuestión de si la parte reclamante ha acreditado o no *prima facie* una infracción.

"Tailandia alega que un 'grupo especial sólo puede aceptar la simple enumeración de un artículo particular como suficiente si no puede causar en absoluto un perjuicio durante el desarrollo del procedimiento'. Según Tailandia, 'esto sólo sucedería,

³⁰ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Canadá - Automóviles*, párrafos 150-155.

³¹ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *CE - Banano III*, párrafo 220.

³² WT/DS285/2, párrafo 2.

³³ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *CE - Banano III*, párrafos 145-147.

cuando 1) un grupo especial constatará que el reclamante no había presentado una presunción y, por tanto, la adecuación de la defensa era inapropiada o 2) un grupo especial no llegó a examinar las reclamaciones con arreglo a los artículos enumerados porque decidió el caso exclusivamente con respecto a las reclamaciones descritas adecuadamente en la solicitud'. Nos preocupa a este respecto que Tailandia está confundiendo la distinción entre, por un lado, la suficiencia de la solicitud de establecimiento de un grupo especial y, por el otro, la cuestión de saber si una parte demandante establece o no un indicio de infracción de una obligación impuesta por los acuerdos abarcados. Recordamos que 'hay una importante diferencia entre las alegaciones identificadas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, que determina el mandato del Grupo Especial de conformidad con el artículo 7 del ESD, y los argumentos que apoyan esas alegaciones, que se exponen y aclaran progresivamente en las primeras comunicaciones escritas, los escritos de réplica y la primera y segunda reuniones del Grupo Especial con las partes'.³⁴ El párrafo 2 del artículo 6 del ESD no se refiere directamente a la suficiencia de las comunicaciones escritas y orales siguientes de las partes en el desarrollo del procedimiento, en las que se pueden explicar los argumentos en apoyo de las alegaciones establecidas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial. Tampoco determina si la parte reclamante logrará o no establecer un indicio de infracción de una obligación de un acuerdo abarcado en el desarrollo efectivo del procedimiento del Grupo Especial. En la medida en que las solicitudes de Tailandia con arreglo al párrafo 2 del artículo 6 del ESD están relacionadas con el hecho de saber si Polonia estableció o no una presunción de violación de las disposiciones pertinentes, examinamos este aspecto más adelante.³⁵ (sin subrayar en el original)

40. De conformidad con esta jurisprudencia, la cuestión de si Antigua y Barbuda ha acreditado una presunción *prima facie* es independiente de la cuestión de si la solicitud de establecimiento cumple las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6 del ESD, y debe considerarse separadamente. Dado que Antigua y Barbuda dispone de dos turnos de comunicaciones escritas y dos audiencias con el Grupo Especial para convencer a éste de que ha establecido una presunción *prima facie* no podemos aceptar la solicitud de los Estados Unidos de que lleguemos en esta temprana etapa de las actuaciones del Grupo Especial a la conclusión de que Antigua y Barbuda no demostró *prima facie* que las medidas enumeradas en el anexo de su solicitud de establecimiento son incompatibles con las obligaciones contraídas por los Estados Unidos en virtud del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.

41. Las resoluciones que figuran *supra* no afectan al derecho del Grupo Especial de ampliar y desarrollar sus constataciones sobre estas cuestiones tras haber escuchado a todas las partes y terceros sobre los aspectos sustantivos de las alegaciones de Antigua y Barbuda.

4. Reajustes del calendario del Grupo Especial

42. A la luz de lo expuesto, solicitamos que los Estados Unidos presenten su primera comunicación escrita no más tarde del viernes 7 de noviembre de 2003 y su resumen no más tarde del viernes 14 de noviembre de 2003. Las comunicaciones de los terceros deberán entregarse no más tarde del viernes 14 de noviembre de 2003 y los resúmenes de estas comunicaciones no más tarde del 21 de noviembre. Como consecuencia de las modificaciones del calendario resultantes de la solicitud de resoluciones preliminares presentada por los Estados Unidos, es necesario aplazar la primera

³⁴ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *CE - Banano III*, párrafo 141.

³⁵ Informe del Grupo Especial sobre el asunto *Tailandia - Vigas doble T*, párrafo 7.43.

reunión sustantiva con las partes. Debido a los compromisos de los integrantes del Grupo Especial, la primera reunión del Grupo Especial con las partes se celebrará los días 10, 11 y 12 de diciembre de 2003. Las réplicas de las partes deberán presentarse no más tarde del viernes 9 de enero de 2004 y la segunda reunión del Grupo Especial se celebrará los días 26 y 27 de enero de 2004. Se ha adjuntado un calendario revisado.

[Firma: B.K. Zutshi, Presidente del Grupo Especial.]

B. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

1. Argumentos de los Estados Unidos

43. Habiendo examinado la primera comunicación de Antigua y Barbuda, los **Estados Unidos**, de conformidad con el párrafo 11 de los procedimientos de trabajo del Grupo Especial, solicitan al Grupo Especial que adopte resoluciones preliminares sobre las siguientes cuestiones: i) los elementos citados como "medidas" en la sección III del anexo de la solicitud de establecimiento³⁶ no son en realidad "medidas" en el sentido del párrafo 2 del artículo 6 del ESD y, por consiguiente, no están comprendidos en el mandato del Grupo Especial; y ii) la solicitud de establecimiento presentada por Antigua y Barbuda incluye indebidamente determinadas medidas que no fueron objeto de consultas. Además de estas solicitudes, los Estados Unidos desean señalar a la atención del Grupo Especial el hecho de que la primera comunicación de Antigua y Barbuda no acredita *prima facie* una incompatibilidad con la OMC de ninguna medida concreta de los Estados Unidos. En cambio, Antigua y Barbuda basa su alegación en una afirmación sobre el efecto de una o más medidas no especificadas entre los cientos de elementos enumerados en el anexo de su solicitud de establecimiento. Por las razones explicadas *infra*, este enfoque no puede servir de base para establecer una presunción *prima facie*.

44. Con respecto a la primera cuestión planteada en el párrafo 43, los Estados Unidos alegan que entre los numerosos elementos impugnados por Antigua y Barbuda hay varios elementos en la sección III del anexo de su solicitud de establecimiento denominados "[o]tras actuaciones o medidas ..." que no constituyen "medidas". En consecuencia, los Estados Unidos solicitan que el Grupo Especial constate que estos elementos particulares no están comprendidos en su mandato. Un "asunto" remitido al OSD consiste en una o más medidas "concretas", juntamente con una o más alegaciones jurídicas relacionadas con dichas medidas.³⁷ Un grupo especial con un mandato uniforme sólo puede examinar este asunto, es decir, alegaciones relativas a una "medida" incluida en la solicitud de establecimiento de un grupo especial. Para que algo sea una medida a los efectos de la solución de diferencias de la OMC, debe "constituir un instrumento con una vida funcional propia" en virtud del derecho interno, es decir, debe "*hacer* algo concreto, independientemente de cualquier otro instrumento".³⁸ Por ejemplo, un Grupo Especial constató recientemente que un "*policy bulletin*" del

³⁶ WT/DS285/2.

³⁷ Párrafo 2 del artículo 6 del ESD. Véase también el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Guatemala - Cemento I*, párrafo 72.

³⁸ Párrafo 7.119 del informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Examen por extinción: acero resistente a la corrosión*, que cita el párrafo 8.85 del informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Limitaciones de las exportaciones* ("Cuando se trata de determinar si cada una de las medidas, o todas ellas, consideradas individualmente, pueden dar lugar a una violación de las obligaciones dimanantes de la pertenencia a la OMC, lo esencial es saber si cada medida surte algún efecto concreto por sí sola. Con esto queremos decir que cada medida tendría que constituir un instrumento con una vida funcional propia, o sea que para dar lugar por sí sola a una violación de las obligaciones dimanantes de la OMC tendría que *hacer* algo concreto, independientemente de cualquier otro instrumento." (las cursivas figuran en el original)); el párrafo 7.23 del informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Chapas de acero*,

Gobierno de los Estados Unidos no constituía una medida que pudiera impugnarse en un procedimiento de solución de diferencias de la OMC porque, en sí mismo y por sí mismo, no era un instrumento jurídico que tuviese efectos en forma independiente.³⁹

45. Los Estados Unidos señalan que la solicitud de establecimiento presentada por Antigua y Barbuda cita varios comunicados de prensa como medidas.⁴⁰ Estos comunicados de prensa son obviamente de carácter informativo y están concebidos únicamente para informar e instruir al público sobre las medidas adoptadas por los funcionarios. No tienen ninguna fuerza por sí mismos en virtud del derecho estadounidense⁴¹ y, por lo tanto, no constituyen "medidas" en virtud del ESD. Lo mismo puede decirse de una página Web, *Michigan Gaming Control Board*, citada por Antigua y Barbuda.⁴² Esta página Web (consistente en una sección referida a "Preguntas frecuentes") suministra información al público, pero no tiene ningún valor jurídico independiente en virtud del derecho estadounidense. El sitio proporciona una respuesta a una pregunta que está destinada a informar al público de las leyes relativas a los juegos de azar por Internet. La respuesta carece de valor operativo independiente en el marco del derecho interno. Por el contrario, se limita a describir cómo funcionaría la legislación estatal y/o federal. En sí mismo, este sitio Web no constituye una medida en virtud del ESD. Los Estados Unidos afirman que la solicitud de establecimiento presentada por Antigua y Barbuda también cita una opinión del Fiscal General de Kansas⁴³ como una medida. Esta opinión es una interpretación de la ley aplicable a los servicios de juegos de azar por Internet proporcionada por el Fiscal General y el Fiscal General Adjunto en 1996 a solicitud de un Senador Estatal. En Kansas, como en otros Estados, la opinión del Fiscal General no es jurídicamente

(en el que se constata que una práctica impugnada "[c]arece (...) de condición operativa independiente"); la nota 89 del informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Artículo 129 (c) (1) de la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay* (en la que se examina el asunto *Estados Unidos - Limitaciones de las exportaciones*).

³⁹ Informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Examen por extinción: acero resistente a la corrosión*, párrafo 7.125. Véase también el informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, párrafo 7.133 (en el que se constata que la Declaración de Acción Administrativa de los Estados Unidos que acompaña la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay "podría considerarse, no como una medida autónoma de la Administración por la que ésta determina su política en cuanto a la aplicación del artículo 304, sino como un importante elemento para la interpretación de los términos del propio artículo 304").

⁴⁰ Fiscal General de Florida, Comunicado de prensa: *Western Union Cuts Off Sports Betting Accounts* (23 de diciembre de 1997); Fiscal General de Nueva York, Comunicado de prensa: *Ten Banks End Online Gambling With Credit Cards - Spitzer Hails Establishment of New Banking Industry Standard* (11 de febrero de 2003); Fiscal General de Nueva York, Comunicado de prensa: *Agreement Reached with Paypal to Bar New Yorkers from Online Gambling - Campaign Against Illegal Gambling Web Site in New York Continues* (21 de agosto de 2002); Fiscal General de Nueva York, Comunicado de prensa: *Financial Giant Joins Fight Against Online Gambling - Leading Credit Card Issuer Agrees to Block Key Internet Transactions* (14 de junio de 2002).

⁴¹ Véase el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Determinados productos procedentes de las CE*, párrafo 73 (en el que se constata que las declaraciones de funcionarios de los Estados Unidos en un comunicado de prensa no permitían "por sí mismas" al Órgano de Apelación determinar la relación jurídica entre dos medidas).

⁴² Michigan Gaming Control Board, Preguntas frecuentes: *Is it Legal to Gamble Over the Internet in Michigan?* En el sitio Web se afirma que "todas las formas de juegos de azar son ilegales en Michigan, excepto las que están específicamente permitidas por la legislación de Michigan" y orienta al público a "[p]onerse en contacto con la División Penal del Fiscal General (517/334-6010) para obtener más información".

⁴³ *Kansas Op. Att'y Gen* N° 96-31 (25 de marzo de 1996).

vinculante.⁴⁴ La opinión afirma, según sus propios términos, que se trata solamente de "nuestra opinión" y no pretende tener ningún valor jurídico independiente en el marco del derecho interno estadounidense. Por consiguiente, no constituye una medida en virtud del ESD. Las mismas razones son aplicables con un peso aun mayor a las dos páginas Web de las oficinas de los Fiscales Generales de Kansas y Minesota citadas como medidas por Antigua y Barbuda en su solicitud de establecimiento.⁴⁵ Los dos documentos son similares. Cada uno de ellos "indica la posición con respecto a la aplicación", del Fiscal General. Una "posición con respecto a la aplicación" es en el mejor de los casos una orientación no vinculante que se da al público sobre la actitud que es probable que adopten los funcionarios públicos en los futuros procesos. Las dos declaraciones son comparables a este respecto con el "*policy bulletin*" respecto del cual en el asunto *Estados Unidos - Examen por extinción: acero resistente a la corrosión* el Grupo Especial constató que no era un "instrumento jurídico" que pudiera "operar con independencia de otros instrumentos jurídicos," y por consiguiente no podía ser impugnado en el procedimiento de solución de diferencias de la OMC.⁴⁶ Como simples declaraciones de política o documentos de posición, estos documentos carecen de valor jurídico independiente más allá de las leyes en que se basan, y, por consiguiente, no pueden ser medidas en virtud del ESD.

46. Los Estados Unidos señalan, además, que la solicitud de establecimiento presentada por Antigua y Barbuda cita dos opiniones judiciales como medidas.⁴⁷ El valor operativo de una opinión judicial en el marco de la legislación interna estadounidense deriva de la medida interpretada y aplicada y del ámbito de autoridad del tribunal. Las opiniones de un tribunal competente de los Estados Unidos son vinculantes sólo para las partes en la diferencia. También pueden tener valor como precedente en decisiones futuras -pero las opiniones de los tribunales inferiores a la Corte Suprema de los Estados Unidos tienen tal valor únicamente con respecto al mismo tribunal y a los tribunales inferiores pertenecientes al ámbito de autoridad del tribunal en que se originaron.⁴⁸ Los Estados Unidos afirman que, si bien el Grupo Especial puede considerar las dos opiniones citadas por Antigua y Barbuda a efectos de determinar el significado de las leyes de los Estados Unidos que interpretan, (en la medida en que esas leyes estén comprendidas en el ámbito de la presente diferencia), estas opiniones no son "medidas" en virtud del ESD a los efectos de la presente diferencia. En conclusión, los Estados Unidos solicitan que el Grupo Especial formule resoluciones preliminares en las que se constate que los elementos examinados *supra* no son "medidas" en el

⁴⁴ Véase *Kansas Ass'n of Public Employees v. Public Employee Rel. Bd.*, 13 Kan. App. 2d 657, 660; 778 P.2d 377, 379 (Tribunal de Apelaciones de Kansas 1989) ("Por supuesto, las opiniones del Fiscal General no son vinculantes para los tribunales de justicia.").

⁴⁵ Fiscal General de Kansas, *Internet Gambling Warning*; Fiscal General de Minnesota, *Statement of Minnesota Attorney General on Internet Jurisdiction*.

⁴⁶ Informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Examen por extinción: acero resistente a la corrosión*, párrafos 7.125 y 7.126.

⁴⁷ *U.S. v. Cohen*, 260 F.3d 68 (2nd Cir. 2001); *Vacco ex rel. People v. World Interactive Gaming Corp.*, 714 N.Y.S.2d 844, 854 (N.Y. Sup. Ct. 1999). *People v. World Interactive Gaming*.

⁴⁸ Los Estados Unidos señalan que el caso *US v. Cohen*, citado por Antigua y Barbuda, fue decidido por el Tribunal de Apelación para el Segundo Circuito. El Segundo Circuito Judicial, del cual el Tribunal de Apelación de los Estados Unidos para el Segundo Circuito es el tribunal superior, consiste en sólo los tribunales federales de los Estados de Nueva York, Connecticut y Vermont, incluidos los tribunales federales de distrito y de quiebras de los Distritos Norte, Sur, Este y Oeste de Nueva York, el Distrito de Connecticut y el Distrito de Vermont. El caso *Vacco v. World Interactive Gaming*, citado por Antigua y Barbuda, fue decidido por el Tribunal Supremo de Nueva York, Condado de Nueva York. En el sistema judicial de Nueva York, los Tribunales Supremos son tribunales de primera instancia, no tribunales de apelación. Sus opiniones, por tanto, tienen un valor de precedente muy limitado.

sentido del párrafo 2 del artículo 6 del ESD, y que, por consiguiente, estos elementos no están comprendidos en el mandato del Grupo Especial.

47. Con respecto a la segunda cuestión planteada en el párrafo 43, los Estados Unidos alegan que Antigua y Barbuda solicitó el establecimiento de un grupo especial con respecto a tres medidas que no fueron objeto de consultas: la sección 9 del artículo I de la Constitución de Nueva York, la sección 22 del artículo VI de la Constitución de Rhode Island; y las secciones 18-10-101 a 18-10-108 del *Colorado Revised Statutes*. Estas disposiciones no fueron citadas en la solicitud de celebración de consultas presentada por Antigua y Barbuda⁴⁹, no fueron examinadas durante las consultas y no están relacionadas con ninguna de las medidas y supuestas medidas citadas en la solicitud de celebración de consultas. Un Miembro no puede solicitar el establecimiento de un grupo especial con respecto a *cualquier* medida; en cambio, sólo puede presentar una solicitud de establecimiento de un grupo especial con respecto a una medida que ha sido objeto de consultas.⁵⁰ El párrafo 4 del artículo 4 del ESD prevé que en una solicitud de celebración de consultas figurarán las razones en que se base "con indicación de las *medidas en litigio* y de los fundamentos jurídicos de la reclamación". (sin cursivas en el original) En el presente caso, está fuera de controversia que Antigua y Barbuda no incluyó las disposiciones citadas en su solicitud de celebración de consultas. Antigua y Barbuda incluyó diferentes citas de la Constitución de Nueva York, la Constitución de Rhode Island y el *Colorado Revised Statutes* en su solicitud de celebración de consultas, pero esas citas eran, según admitió Antigua y Barbuda misma, no eran en absoluto pertinentes y/o carecían de sentido.

48. Los Estados Unidos señalan que Antigua y Barbuda se propone caracterizar las diferentes citas que figuran en su solicitud de celebración de consultas como "nada más que errores tipográficos" y aduce que, sobre la base del contexto y el tema de las disposiciones citadas erróneamente (derechos de voto y el derecho a portar armas), "debería haber quedado claro" para los Estados Unidos cuáles eran las citas correctas. En contra de lo que sugiere Antigua y Barbuda, muchos de los elementos enumerados en el anexo de la solicitud de celebración de consultas presentada por Antigua y Barbuda no están relacionados con el suministro transfronterizo de juegos de azar, y no fueron "corregidos" en la solicitud de establecimiento presentada por Antigua y Barbuda. Entre ellos se cuentan leyes contra la pelea de perros⁵¹ y el toreo⁵²; leyes contra el soborno⁵³, la estafa⁵⁴, y contra la administración de drogas a los animales de carrera⁵⁵; y una ley estatal en virtud de la cual es ilegal deshacerse de un

⁴⁹ WT/DS285/1/Add.1.

⁵⁰ Véase el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Determinados productos procedentes de las CE*, párrafo 70 (en el que se constata que una medida que "no era formalmente el tema de las consultas" tampoco era, por ese motivo, una medida en litigio en la diferencia y no estaba comprendida en el mandato del Grupo Especial. (sin cursivas en el original))

⁵¹ Véase Georgia Code § 16-12-37.

⁵² Véase Iowa Code § 725.11.

⁵³ Véanse, por ejemplo, Arkansas Statutes § 5-66-115 (que prohíbe el soborno de los participantes en eventos deportivos), Penal Code §§ 337b-337e (*idem*); Georgia Code §§ 16-12-33 y 16-12-34 (*idem*); Massachusetts General Laws, capítulo 271, §§ 39 y 39A (*idem*).

⁵⁴ Véanse, por ejemplo, California Penal Code §§ 337u-337z; Delaware Code §§ 1470 y 1471; Maryland Code, Criminal Law, § 12-109; Massachusetts General Laws, capítulo 271, §§ 12 y 32; Ohio Revised Code § 2915.05; Oregon Revised Statutes § 167.167; Virginia Code § 18.2-327; Washington Revised Code §§ 9.46.196 a 9.46.1962.

⁵⁵ Véanse, por ejemplo, California Penal Code §§ 337f-337h; Vermont Statutes title 13, § 2153.

frigorífico sin quitar primero la puerta.⁵⁶ En cualquier caso, la capacidad de una parte para prevenir modificaciones en las medidas citadas en la solicitud de celebración de consultas no es pertinente. La solicitud de celebración de consultas no es un juego de adivinanzas. Es incuestionable que Antigua y Barbuda no solicitó la celebración de consultas sobre la sección 9 del artículo I de la Constitución de Nueva York, la sección 22 del artículo VI de la Constitución de Rhode Island, ni sobre las secciones 18-10-101 a 18-10-108 del *Colorado Revised Statutes*. Por consiguiente, los Estados Unidos solicitan que el Grupo Especial constate que las medidas citadas por primera vez en la solicitud de establecimiento presentada por Antigua y Barbuda no están comprendidas en el mandato del Grupo Especial.

49. Por último, los Estados Unidos aducen que Antigua y Barbuda no estableció una presunción *prima facie* con respecto a medidas estadounidenses concretas. Tras enumerar cientos de disposiciones legales, y otros elementos, que a su juicio podrían figurar entre las medidas impugnadas en su solicitud de establecimiento, Antigua y Barbuda afirma que, en su opinión, "[e]l objeto de la presente diferencia es la *prohibición total del suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas en los Estados Unidos*". Si bien parece aceptar que esta "prohibición total" está constituida por "leyes o reglamentos" particulares, Antigua y Barbuda no ha citado, adjuntado ni aducido el significado de ninguna ley o reglamento de ese tipo. En cambio, Antigua y Barbuda afirma que "no hay necesidad de llevar a cabo un debate sobre el ámbito preciso de leyes y reglamentos concretos de los Estados Unidos". Además afirma que "[e]l modo preciso en que esta prohibición de las importaciones se interpreta en el derecho estadounidense" -supuestamente mediante una o más de las medidas y supuestas medidas enumeradas en su solicitud de establecimiento- "no debería afectar al resultado de este procedimiento". En la medida en que Antigua y Barbuda se rehúsa a identificar medidas concretas como el objeto de su alegación de presunción *prima facie*, los Estados Unidos afirman que Antigua y Barbuda no ha establecido una presunción *prima facie* con respecto a ninguna medida. Como se explica *supra*, está ampliamente reconocido que un "asunto" sometido al OSD consiste en una o más medidas "concretas", juntamente con una o más alegaciones jurídicas relacionadas con dichas medidas.⁵⁷ Un grupo especial con un mandato uniforme sólo puede examinar este asunto, es decir, alegaciones relativas a las medidas "concretas" incluidas en una solicitud de establecimiento de un grupo especial.

50. Los Estados Unidos alegan que incumbe a Antigua y Barbuda, en su calidad de parte reclamante, la carga de identificar las medidas concretas que a su juicio constituyen violaciones de las disposiciones de la OMC. Incluso en virtud de los requisitos mínimos aplicables a una solicitud de establecimiento de un grupo especial, un grupo especial ha constatado recientemente que "[l]as debidas garantías de procedimiento exigen que la parte reclamante asuma totalmente la carga de la identificación de las medidas concretas que se impugnan", de manera que no incumbe a la parte contraria la carga de determinar qué medidas están o no en litigio.⁵⁸ Si todo esto se exige a la solicitud de establecimiento de un grupo especial, las debidas garantías de procedimiento exigen claramente no menos especificidad con respecto a la identificación de las medidas concretas que son el objeto de la alegación de presunción *prima facie* de una parte reclamante.⁵⁹ Esta carga incumbe a

⁵⁶ Massachusetts General Laws, capítulo 271, § 46 (que impone una multa por no quitar las puertas de los frigoríficos desechados).

⁵⁷ Párrafo 2 del artículo 6 del ESD. Véase también el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Guatemala - Cemento I*, párrafo 72.

⁵⁸ Informe del Grupo Especial sobre el asunto *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafo 24.

⁵⁹ Los Estados Unidos señalan que, en el asunto *India - Patentes (EE.UU.)*, el Órgano de Apelación aclaró que las partes no pueden ser deliberadamente imprecisas con respecto a sus alegaciones y alegaciones fácticas, incluida la cuestión de qué medidas concretas están en litigio. ("Todas las partes que intervengan en la

la parte reclamante, y ésta no puede desplazarla a la parte demandada, como Antigua y Barbuda pretende explícitamente hacer en este caso.⁶⁰ Antigua y Barbuda debe dejar en claro qué medidas concretas están en litigio en la presente diferencia.

51. Los Estados Unidos afirman que la aseveración de Antigua y Barbuda relativa a una "prohibición total" no es en sí misma una medida.⁶¹ Como se explica *supra*, el término "medida" hace referencia a algo que tiene "una vida funcional propia" en virtud del derecho interno.⁶² En virtud del derecho interno estadounidense, la aseveración de Antigua y Barbuda relativa a una "prohibición total" no tiene vida funcional. Por ejemplo, las autoridades de los Estados Unidos no podrían perseguir judicialmente a un proveedor de servicios alegando una violación de la "prohibición total". Los fiscales deben basarse en alguna ley concreta, como la ley federal en la que se basó el caso *U.S. v. Cohen* citado en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Antigua y Barbuda.⁶³

52. Los Estados Unidos sostienen que han planteado esta preocupación a Antigua y Barbuda muchas veces, incluso durante las consultas y en las reuniones del OSD en las que Antigua y Barbuda solicitó el establecimiento de un grupo especial. Los Estados Unidos, y ciertamente los terceros, sufrirían perjuicios si en la presente diferencia se permitiese a Antigua y Barbuda sustituir medidas concretas por una tesis general. Dado que Antigua y Barbuda no ha identificado las medidas concretas que son el objeto de su alegación de presunción *prima facie*, los Estados Unidos no han podido preparar su defensa; simplemente no saben qué medidas concretas de los cientos de medidas enumeradas por Antigua y Barbuda se están impugnando. Además, sin conocer las medidas concretas en litigio ni la forma en que esas medidas infringen supuestamente las normas de la OMC, los terceros tropezarán con las mismas dificultades que los Estados Unidos al presentar sus opiniones al Grupo Especial. Por último, no se debe permitir a Antigua y Barbuda ocultarse tras la excusa de que la legislación estadounidense supuestamente es demasiado compleja y opaca; Antigua y Barbuda y sus

solución de diferencias con arreglo al ESD deben exponer plenamente desde el principio las alegaciones que configuran la diferencia y los elementos de hecho relacionadas con esas alegaciones.", párrafo 94.)

⁶⁰ Los Estados Unidos recuerdan que Antigua y Barbuda afirma que los Estados Unidos están "en mejor posición que Antigua y Barbuda para interpretar coherentemente sus propias leyes". Los Estados Unidos señalan que, de ser necesario, en su primera comunicación tratarán en mayor medida la cuestión de la carga de la prueba. Por el momento, observan simplemente que el Órgano de Apelación ha aclarado anteriormente que una parte que formula una alegación de incompatibilidad con la OMC relativa al derecho interno de una parte "tiene sobre sí la carga de presentar pruebas acerca del alcance y el sentido de esa ley para fundamentar tal aseveración". Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 157.

⁶¹ Los Estados Unidos señalan que Antigua y Barbuda exagera el supuesto acuerdo entre las partes sobre la existencia de una "prohibición total". Se basa a este respecto en la declaración formulada por los Estados Unidos en la reunión del OSD celebrada el 24 de junio en la que los Estados Unidos afirmaron que habían aclarado "que el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas está prohibido por el derecho estadounidense" y que esos servicios están prohibidos "por igual para los proveedores de servicios nacionales y los extranjeros" (WT/DSB/M/151). Los Estados Unidos sostienen que esta declaración no exime a Antigua y Barbuda de su responsabilidad, como la parte reclamante, de decir qué medidas concretas están en litigio y de acreditar *prima facie* una infracción de las normas de la OMC con respecto a cada medida identificada.

⁶² Véase la nota 38 *supra*.

⁶³ Véase *United States v. Cohen* 260 F.3d 68, 71 (2nd Cir. 2001) ("Cohen fue arrestado en marzo de 1998 en virtud de una acusación formal de ocho cargos por conspiración y delitos sustantivos en infracción de la Ley 18 U.S.C. § 1084.").

dos firmas de abogados externos son ciertamente capaces de identificar medidas concretas e intentar establecer una presunción *prima facie* con respecto a ellas si deciden hacerlo.⁶⁴

53. Para lograr que la primera reunión del Grupo Especial sea constructiva y garantizar la oportunidad plena de responder a cualesquiera alegaciones que Antigua y Barbuda desee formular con respecto a medidas concretas, los Estados Unidos solicitan que el Grupo Especial invite a Antigua y Barbuda a presentar una nueva comunicación, en la que identifique las medidas concretas en litigio entre las que figuran en el anexo de su solicitud de establecimiento de un grupo especial y presente argumentos con respecto a estas medidas antes del 29 de octubre de 2003, fecha para la que actualmente debe presentarse la primera comunicación escrita de los Estados Unidos. Si el Grupo Especial está de acuerdo y Antigua y Barbuda acepta esta invitación, los Estados Unidos solicitan que el Grupo Especial reajuste su calendario para que la primera comunicación de los Estados Unidos pueda presentarse cuatro semanas después de la recepción de la comunicación complementaria de Antigua y Barbuda (con lo cual se duplicaría el tiempo previsto inicialmente entre la primera comunicación escrita de Antigua y Barbuda y la de los Estados Unidos). Ello se debe a que se requerirá tiempo suficiente para que los Estados Unidos respondan a cualquier argumento que Antigua y Barbuda desee presentar con respecto a medidas concretas en una comunicación complementaria. Además, posiblemente haya un gran número de medidas en litigio, incluidas medidas a nivel subfederal; como señalaron los Estados Unidos durante la reunión de organización del Grupo Especial, la legislación estadounidense exige la celebración de consultas con las entidades subfederales al preparar la defensa de medidas subfederales concretas. Dado que hasta ahora Antigua y Barbuda no ha hecho nada para aclarar las medidas concretas que son el objeto de su alegación de presunción *prima facie*, los Estados Unidos precisarán tiempo suficiente para preparar su comunicación, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 12 del ESD.

54. Los Estados Unidos proponen que, si Antigua y Barbuda afirma que no pretende formular ningún argumento con respecto a ninguna medida concreta, no habría necesidad de que el Grupo Especial reajuste el calendario para prever una comunicación complementaria. A este respecto, los Estados Unidos solicitan también que se invite a Antigua y Barbuda a que indique, no más tarde del 24 de octubre de 2003, si presentará una comunicación complementaria, a fin de que los Estados Unidos puedan saber con antelación si su primera comunicación escrita aún debe presentarse para el 29 de octubre. Si Antigua y Barbuda confirma que no presentará esta nueva comunicación, los Estados Unidos solicitarían que el Grupo Especial adoptara una resolución preliminar en la que constatará que todas las medidas y supuestas medidas enumeradas en el anexo de la solicitud de establecimiento presentada por Antigua y Barbuda ya no están en litigio en la presente diferencia. Esta resolución garantizaría que los Estados Unidos no se vean perjudicados ni privados de las debidas garantías de procedimiento por haberse planteado la cuestión de la compatibilidad de medidas concretas con las normas de la OMC en alguna etapa posterior del procedimiento, cuando los Estados Unidos y los terceros no tengan la oportunidad plena de responder a las alegaciones de Antigua y Barbuda con respecto a estas medidas concretas.⁶⁵

⁶⁴ Los Estados Unidos recuerdan que un funcionario del Departamento de Justicia de los Estados Unidos fue enviado para celebrar consultas con Antigua y Barbuda en Ginebra el 30 de abril de 2003, con la finalidad de explicar de forma detallada a Antigua y Barbuda y a sus abogados externos varias leyes estadounidenses relativas a los juegos de azar. Además de esta explicación, los Estados Unidos señalan que Antigua y Barbuda parece no carecer de otra competencia técnica en el derecho estadounidense relativo a los juegos de azar, dado que ha podido dedicar más de 18 páginas de su primera comunicación escrita a explicar las diversas formas de juegos de azar que, según aduce, están autorizadas por el derecho estadounidense. Los Estados Unidos encuentran, pues, curioso que Antigua y Barbuda se declare incapaz de afrontar la supuesta "complejidad y opacidad" de las leyes estadounidenses que restringen los juegos de azar.

⁶⁵ Informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Chapas de acero*, párrafo 7.28 (en el que se constata que en caso de permitir a una parte reavivar una apelación después de renunciar a ella

55. En conclusión, los Estados Unidos solicitan que el Grupo Especial adopte resoluciones preliminares en las que se constate lo siguiente: i) los elementos examinados *supra* no son "medidas" en el sentido del párrafo 2 del artículo 6 del ESD; y ii) las medidas citadas por primera vez en la solicitud de establecimiento presentada por Antigua y Barbuda no están comprendidas en el mandato del Grupo Especial. Los Estados Unidos también solicitan que el Grupo Especial invite a Antigua y Barbuda a presentar una nueva comunicación en la que exponga cualquier argumento que desee con respecto a las medidas concretas enumeradas en el anexo de su solicitud de establecimiento; y que el Grupo Especial adopte la resolución preliminar -si Antigua y Barbuda decide no presentar esta nueva comunicación- de que todos los elementos enumerados en el anexo ya no están en litigio en la presente diferencia.

2. Argumentos de Antigua y Barbuda

56. Antigua y Barbuda alega que, en general, el enfoque de los Estados Unidos representa el mayor contraste posible con los principios del sistema de solución de diferencias de la OMC tal como fueron enunciados por el Órgano de Apelación.⁶⁶ Los puntos planteados en esta etapa por los Estados Unidos no son equitativos, distan de ser rápidos y llevarán, de ser aceptados, al medio más ineficaz de resolver la presente diferencia comercial. El argumento formulado por los Estados Unidos de que no pueden preparar su defensa es un intento transparente de demorar el presente procedimiento y extender el calendario, mientras que al mismo tiempo, cabe señalar, los Estados Unidos están intentando resueltamente destruir la industria de juegos de azar y apuestas de Antigua y Barbuda mediante varias medidas de ejecución de la ley y de otro tipo.⁶⁷

57. El 30 de abril de 2003, los Estados Unidos y Antigua y Barbuda celebraron consultas en Ginebra. La única explicación sobre la legislación estadounidense relativa a los juegos de azar ofrecida por los Estados Unidos en esa ocasión fue que, si bien varias de las leyes enumeradas en la solicitud de consultas no se relacionaban con el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar, dicho suministro estaba, en todo caso, inequívocamente prohibido por el derecho estadounidense. El 8 de mayo de 2003, Antigua y Barbuda envió una carta a los Estados Unidos en la que ofrecía entablar nuevas consultas. Un aspecto importante es que, en la comunicación del 8 de mayo, Antigua y Barbuda declaró, entre otras cosas, lo siguiente:

"En cualquier caso, el debate sobre el alcance y la naturaleza concretos de las medidas individuales ha pasado a ser mucho más simple, si no superfluo, porque el equipo de los Estados Unidos explicó que el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas es siempre ilegal en la totalidad de los Estados Unidos en la forma que fuere. Por consiguiente, consideramos que ya no es pertinente continuar el debate sobre la repercusión o aplicabilidad de medidas concretas.

expresamente "se privaría a otros Miembros participantes en el procedimiento de solución de diferencias de la plena oportunidad de defender sus intereses con respecto a esa alegación").

⁶⁶ "Las normas de procedimiento del sistema de solución de diferencias de la OMC tienen por objeto promover, no el desarrollo de técnicas de litigio, sino simplemente la solución equitativa, rápida y eficaz de las diferencias comerciales." Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - EVE*, párrafo 166; e informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Tailandia - Vigas doble T*, párrafo 97.

⁶⁷ Antigua y Barbuda señala que, a fines de septiembre de 2003, los Estados Unidos emplazaron a los denominados "portales de Internet" y otras empresas de medios de comunicación porque contenían anuncios publicitarios sobre servicios transfronterizos de juegos de azar. Antes de hacerlo, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos había enviado cartas a las empresas de medios de comunicación advirtiéndoles que no cooperaran con operadores de juego "extraterritoriales". (Departamento de Justicia de los Estados Unidos, carta a la Asociación Nacional de Empresas de Radiodifusión y Televisión, de fecha 11 de junio de 2003.)

Lo importante en términos del derecho de la OMC es el efecto de una o más medidas y, en ese sentido, ustedes nos han manifestado inequívocamente que el suministro de este tipo de servicios desde Antigua y Barbuda a personas en los Estados Unidos es ilegal en los Estados Unidos."

58. Antigua y Barbuda señala que, en mayo de 2003, los Estados Unidos aparentemente no consideraron que este punto mereciera un mayor examen.⁶⁸ Desde entonces, Antigua y Barbuda ha reiterado inequívocamente este enfoque de la prohibición general de los Estados Unidos.⁶⁹ Durante este mismo período los Estados Unidos han reiterado inequívocamente que prohíben todo suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar.⁷⁰ Además, los Estados Unidos han enjuiciado y encarcelado a una persona por operar una empresa autorizada de Antigua y Barbuda de juegos de azar y apuestas⁷¹ y han adoptado varias medidas para impedir el uso de tarjetas de crédito y otros instrumentos y transacciones financieros en relación con el acceso de consumidores estadounidenses a los servicios de juegos de azar y apuestas ubicados en otros países, tales como Antigua y Barbuda.⁷²

⁶⁸ El 28 de mayo, los Estados Unidos (sólo tras ser consultados por Antigua y Barbuda) confirmaron que estaban "en proceso de elaborar una respuesta". El 5 de junio, Antigua y Barbuda recibió la siguiente respuesta de dos párrafos de los Estados Unidos:

Gracias por su carta de fecha 8 de mayo de 2003, en la que se propone la continuación de las consultas sobre la cuestión de [Estados Unidos - Juegos de azar].

Los Estados Unidos aprecian la explicación escrita de sus opiniones sobre las cuestiones mencionadas en su carta y la explicación adicional de sus opiniones sobre la interpretación de la Lista de los Estados Unidos relativa a los servicios. Recordamos que los Estados Unidos proporcionaron sus opiniones sobre estas cuestiones durante las consultas celebradas con su delegación en Ginebra el 30 de abril de 2003. Si bien estaríamos dispuestos a reunirnos nuevamente en Ginebra con los representantes de su Gobierno, consideramos que ya hemos expuesto nuestra posición sobre las cuestiones planteadas en su carta de 8 de mayo de 2003. Señalamos que la opinión que mantiene coherentemente el Departamento de Justicia de los Estados Unidos es que los juegos de azar por Internet están prohibidos por el derecho estadounidense.

⁶⁹ En la solicitud de establecimiento presentada por Antigua y Barbuda el 12 de junio de 2003, en la reunión celebrada por el OSD el 24 de junio de 2003 (WT/DSB/M/151, párrafo 44), en la reunión celebrada por el OSD el 21 de julio de 2003 (WT/DSB/M/153, párrafo 46), durante la reunión de organización con el Grupo Especial celebrada el 3 de septiembre de 2003 y en la primera comunicación de Antigua y Barbuda de fecha 1º de octubre de 2003. En la reunión celebrada por el OSD el 21 de julio de 2003, Antigua y Barbuda también indicó su disposición a "intentar responder a cualquier pregunta específica que puedan tener los Estados Unidos, de la misma manera que agradecería una explicación detallada y escrita de los Estados Unidos acerca de lo que no entienden sobre la solicitud de establecimiento de un grupo especial" (WT/DSB/M/153, párrafo 46).

⁷⁰ En la reunión celebrada por el OSD el 24 de junio de 2003, el representante de los Estados Unidos afirmó que: "[n]o es menos importante la aclaración hecha por los Estados Unidos de que el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas está prohibido por el derecho estadounidense" (WT/DSB/M/151, párrafo 47); en la reunión celebrada por el OSD el 21 de julio de 2003, el representante de los Estados Unidos afirmó que: "[t]ambién es evidente que estos servicios están prohibidos por la legislación estadounidense" (WT/DSB/M/153, párrafo 47). Véase también la carta, de fecha 11 de junio de 2003, enviada por el Departamento de Justicia a la Asociación Nacional de Empresas de Radiodifusión y Televisión, mencionada en la nota 67.

⁷¹ Véase *United States v. Cohen* 260 F.3d 68 (2nd Cir. 2001).

⁷² Véase el debate contenido en el párrafo 3.80 del presente informe y en el Comunicado de prensa del Fiscal General de Nueva York (de fecha 21 de agosto de 2002) en la dirección <http://www.oag.state.ny.us/press/2002/aug/aug21a-02.html>, visitada el 23 de septiembre de 2003, y el Acuerdo para la Discontinuación de

Evidentemente, los Estados Unidos consideran ilegales dichos servicios y han formulado declaraciones públicas y adoptado medidas compatibles con ello. En ese contexto, simplemente no es creíble que ahora los Estados Unidos aleguen incapacidad para responder a los argumentos de Antigua y Barbuda amparándose en el desconocimiento de sus propias medidas.⁷³

59. Antigua y Barbuda observa que los Estados Unidos alegan, con respecto a la cuestión de las "medidas concretas", que "han planteado esta preocupación a Antigua y Barbuda muchas veces, incluso durante las consultas y en las reuniones del OSD en las cuales Antigua y Barbuda solicitó el establecimiento de un grupo especial". Esta afirmación es incorrecta. Los Estados Unidos han planteado otras cuestiones de procedimiento relativas a las "medidas" (véanse los párrafos 3.78 a 3.80 *infra*). Hasta presentar su solicitud de resoluciones preliminares, los Estados Unidos no habían afirmado en ningún momento que no podían entender la alegación de Antigua y Barbuda en ausencia de una nueva explicación de esa alegación en lo concerniente a cada ley individual. Si los Estados Unidos así lo hubieran hecho, Antigua y Barbuda habría abordado esta cuestión en su primera comunicación. Con respecto a la afirmación de los Estados Unidos de que Antigua y Barbuda no ha presentado "pruebas" suficientes para acreditar *prima facie* que cada ley individual enumerada en el anexo de su solicitud de establecimiento prohíbe efectivamente el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas, Antigua y Barbuda sostiene que los Estados Unidos aceptan que existe la prohibición total del suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas. A la luz de su explicación del caso *United States v. Cohen*, en el que se aplicó la Ley de Comunicaciones por Cable (*Wire Act*)⁷⁴, los Estados Unidos claramente también aceptan que por lo menos una ley concreta incluida en el anexo de la solicitud de establecimiento presentada por Antigua y Barbuda (es decir, la Ley de Comunicaciones por Cable (*Wire Act*)) prohíbe el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas. Un informe de la Oficina General de Intervención de Cuentas (GAO) confirma este hecho para otras leyes concretas estadounidenses mencionadas en el anexo de la solicitud de establecimiento.⁷⁵ Además, los Estados Unidos aún no han objetado que la mayoría de las leyes citadas en el anexo de la solicitud de establecimiento están efectivamente relacionadas con la prohibición del suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas (sólo alegan que algunas no lo están, y únicamente sobre la base de una lectura deliberadamente errónea de las referencias a estas leyes).⁷⁶ A este respecto, Antigua y Barbuda

Prácticas (*Assurance of Discontinuance*) firmado entre el Fiscal General de Nueva York y Paypal Inc, de fecha 16 de agosto de 2002.

⁷³ Antigua y Barbuda señala que es notable que, mientras que los Estados Unidos se quejan de que algunas de las (deliberadamente malinterpretadas: véase el párrafo II.B.2.65 *infra*) referencias contenidas en el anexo de la solicitud de establecimiento también regulan otros asuntos diferentes del suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar (tales como la eliminación de refrigeradores), no hacen ningún intento de explicar por qué exactamente las numerosas referencias a leyes que prohíben claramente el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas, combinadas con el texto de la solicitud de establecimiento, la primera comunicación de Antigua y Barbuda y otras comunicaciones de Antigua y Barbuda, no les permiten preparar su defensa. La única defensa legal que los Estados Unidos han planteado hasta ahora a Antigua y Barbuda consiste en que su Lista anexa al AGCS no abarca los servicios de juegos de azar y apuestas. Antigua y Barbuda no ve cómo las cuestiones planteadas en la Solicitud podrían tener un efecto en el desarrollo de ese argumento.

⁷⁴ Véanse el párrafo II.B.1.51 y la nota 63 *supra*.

⁷⁵ Oficina General de Intervención de Cuentas (GAO) de los Estados Unidos, *Internet Gambling: An Overview of the Issues* (GAO-03-89), diciembre de 2002, página 11. Véase también la carta del Departamento de Justicia de fecha 11 de junio de 2003 a la Asociación Nacional de Empresas de Radiodifusión y Televisión, mencionada en la nota 67.

⁷⁶ Antigua y Barbuda observa a este respecto que las leyes aparentemente no pertinentes descritas en el párrafo II.B.1.48 *supra* están, de hecho, incluidas en una "serie" de leyes que en otros aspectos se relacionan con la actividad de los juegos de azar y apuestas. Es un método aceptado para realizar citas en los escritos jurídicos

sostiene que en la medida en que las "pruebas" estén en cuestión en este caso, Antigua y Barbuda, en todo caso, ha acreditado una presunción *prima facie* con respecto a las medidas enumeradas en su solicitud de establecimiento que entran en el ámbito de la presente diferencia (es decir, aquellas que están relacionadas con el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas).⁷⁷

60. Antigua y Barbuda sostiene que es dudoso que alguien pueda elaborar una lista definitiva de todas las leyes y reglamentos de los Estados Unidos que podrían aplicarse contra el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar. Las razones de ello consisten en que la legislación estadounidense con respecto a esta cuestión es en sí misma poco clara y, ciertamente, Antigua y Barbuda no es la única parte con alguna dificultad en comprender el sistema jurídico de los Estados Unidos en lo relativo al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas. Como ha afirmado la propia Oficina General de Intervención de Cuentas de los Estados Unidos:

"El juego de azar por Internet es una actividad esencialmente sin fronteras que plantea problemas reglamentarios y de aplicación. El marco jurídico para su regulación en los Estados Unidos y en el extranjero es complejo. La legislación de los Estados Unidos en lo que se refiere a los juegos de azar por Internet comprende tanto leyes estatales como federales."⁷⁸

61. También tiene lugar un significativo debate en la comunidad jurídica estadounidense en cuanto a la naturaleza exacta de la prohibición impuesta por los Estados Unidos al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas.⁷⁹ Además, hay desacuerdo incluso entre los tribunales de los Estados Unidos sobre la interpretación precisa de las leyes estadounidenses relativas a esta cuestión.⁸⁰ Esta falta de claridad de la legislación de los Estados Unidos puso a Antigua y Barbuda frente a un dilema cuando elaboró su solicitud de establecimiento. Si únicamente hubiese incluido en la lista la Ley de Comunicaciones por Cable (*Wire Act*), caben pocas dudas de que, en la etapa en la que los Estados Unidos hubieran debido aplicar las recomendaciones y resoluciones resultantes de la presente diferencia, los Estados Unidos habrían sostenido que sólo deberían dejar de aplicar o adaptar la Ley de Comunicaciones por Cable (*Wire Act*) y que podrían continuar aplicando otras leyes porque ellas habrían estado fuera del mandato del Grupo Especial. Esta preocupación se ha visto justificada por el hecho de que los Estados Unidos adoptan ahora un enfoque formalista y

de los Estados Unidos incluir una "serie" de leyes conexas aun si esa serie incluye leyes derogadas o no pertinentes.

⁷⁷ La solicitud de establecimiento presentada por Antigua y Barbuda indica expresamente que: "Las medidas enumeradas en el anexo sólo están comprendidas en el ámbito de la presente diferencia en tanto dichas medidas impiden o pueden impedir a los operadores de Antigua y Barbuda ofrecer legalmente servicios de juegos de azar y apuestas en los Estados Unidos en condiciones de competencia compatibles con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos."

⁷⁸ Oficina General de Intervención de Cuentas (GAO) de los Estados Unidos, *Internet Gambling: An Overview of the Issues* (GAO-03-89), diciembre de 2002, página 3.

⁷⁹ Véase Jeffrey R. Rodefer, *Internet Gambling in Nevada Overview of Federal Law Affecting Assembly Bill 466*, publicado el 18 de marzo de 2003 en el sitio Web del Departamento de Justicia de Nevada (www.ag.state.nv.us), páginas 8 a 13, en el contexto de la Ley de Comunicaciones por Cable (*Wire Act*). En ese artículo, el autor observa que "(...) hay un debate secundario en curso acerca de si la definición de 'wire communication facility' (medio de comunicaciones por cable) está limitada a las empresas telefónicas". *Ibid.*, página 13.

⁸⁰ Con respecto a la Ley de Comunicaciones por Cable (*Wire Act*), véase el análisis contenido en Oficina General de Intervención de Cuentas (GAO) de los Estados Unidos, *Internet Gambling: An Overview of the Issues* (GAO-03-89), diciembre de 2002, página 13.

obstruccionista muy similar en la solicitud de resoluciones preliminares. Fue por estas razones -así como las frecuentemente reiteradas declaraciones formuladas por los Estados Unidos en el sentido de que prohíben todo suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas- que Antigua y Barbuda decidió impugnar la prohibición general del suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas que efectivamente existe en los Estados Unidos, realizando al mismo tiempo un esfuerzo serio y de buena fe para identificar medidas concretas tras llevar a cabo una minuciosa investigación en una arcana esfera de la legislación de dicho país. Al proceder de este modo, Antigua y Barbuda ya ha hecho más de lo que razonablemente puede esperarse de un reclamante en el procedimiento de solución de diferencias de la OMC.⁸¹

62. Antigua y Barbuda también rechaza el argumento formulado por los Estados Unidos de que, de conformidad con su mandato, el Grupo Especial estaría obligado a investigar separadamente las repercusiones de cada una de las leyes concretas enumeradas en el anexo de la solicitud de establecimiento presentada por Antigua y Barbuda.⁸² Antigua y Barbuda encuentra difícil concebir cómo -mucho menos por qué- el Grupo Especial abordaría "separadamente" la evaluación de las repercusiones concretas de cada una de las 93 medidas legislativas de prohibición enumeradas en el anexo de la solicitud de establecimiento presentada por Antigua y Barbuda. Tal enfoque sería innecesario, engorroso, repetitivo, llevaría mucho tiempo y no serviría para aumentar los derechos legítimos de la defensa (de otro modo que no sea frustrando simplemente la eficacia del sistema de solución de diferencias de la OMC). Dada la inequívoca posición jurídica de los Estados Unidos respecto de los servicios en cuestión, sería evidentemente absurdo exigir que Antigua y Barbuda y el Grupo Especial consuman tiempo y esfuerzo en analizar exactamente cómo operan e interactúan las medidas estadounidenses en la práctica. En cualquier caso, el mandato del Grupo Especial está determinado por la solicitud de establecimiento presentada por Antigua y Barbuda, país que no conoce ninguna disposición o doctrina del derecho de la OMC que impida al Grupo Especial investigar en conjunto las repercusiones de una serie de medidas concretas que tienen, todas ellas, el mismo efecto, es decir, la prohibición. El Grupo Especial debería observar que, en relación con este argumento, los Estados Unidos afirman incorrectamente que: "Antigua y Barbuda se rehúsa a identificar medidas concretas como objeto de su alegación de presunción *prima facie*". Como se indica en el párrafo 61 *supra*, a pesar de las dificultades que por su naturaleza entraña esta tarea, Antigua y Barbuda ha hecho un esfuerzo serio y de buena fe para identificar medidas concretas en el anexo de su solicitud de establecimiento.⁸³

⁸¹ En opinión de Antigua y Barbuda, el aumento de los requisitos mínimos hará que la solución de diferencias de la OMC sea prácticamente inmanejable para todos los Miembros de la OMC, excepto los más importantes, por ejemplo en los casos que entrañen antecedentes jurídicos nacionales complejos contra un Miembro de la OMC cuyas leyes no estén generalmente disponibles en inglés (u otro idioma que se comprenda ampliamente en todo el mundo). En una situación tal, la obligación de llevar a cabo en primer lugar una investigación minuciosa de todas esas leyes, aun si el Miembro de la OMC de que se trate no niega el efecto aducido de su legislación, podría requerir años y no tendría ninguna finalidad.

⁸² Véase el párrafo 49 *supra*.

⁸³ Por ejemplo, la solicitud de establecimiento presentada por Antigua y Barbuda identifica la Ley 18 U.S.C. §§ 1081, 1084. Como señalan los Estados Unidos en su nota 63 *supra*, esta Ley se utilizó para condenar al Sr. Jay Cohen en el caso *United States v. Cohen*, mencionado también en la solicitud de establecimiento. El Sr. Cohen fue condenado porque trabajaba para un proveedor de servicios de juegos de azar y apuestas de Antigua y Barbuda. La solicitud de establecimiento también menciona la Ley 18 U.S.C. § 1952 (*Travel Act* (Ley de Viajes)) y la Ley 18 U.S.C. § 1955 (*Illegal Gambling Business Act* (Ley sobre actividades ilícitas de juegos de azar)), que, según la Oficina General de Intervención de Cuentas (GAO) de los Estados Unidos, "se han utilizado para actuar en justicia contra las entidades que aceptan apuestas interestatales o internacionales por teléfono y probablemente serían aplicables a la actividad de juegos de azar por Internet". Con respecto a estas tres leyes, véase también la carta del Departamento de Justicia de los Estados Unidos a la Asociación Nacional de Empresas de Radiodifusión y Televisión, de fecha 11 de junio de 2003, que menciona

63. Con respecto al argumento formulado por los Estados Unidos de que determinados "elementos" enumerados en la sección III del anexo de la solicitud de establecimiento presentada por Antigua y Barbuda no son "medidas" que puedan ser investigadas en virtud del ESD, Antigua y Barbuda sostiene que, dado que las medidas enumeradas en la sección III del anexo se basan en las disposiciones legislativas enumeradas en las secciones I y II del anexo⁸⁴, están en cualquier caso abarcadas como tales. En opinión de Antigua y Barbuda, no importa realmente si las medidas enumeradas en la sección III hacen "algo concreto, independientemente de cualquier otro instrumento" o si el Grupo Especial las tiene en cuenta "para ayudar a determinar el significado de las leyes de los Estados Unidos". De hecho, las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley penal (tales como las enumeradas en la sección III del anexo) podrían muy bien ser clasificadas en ambas categorías. Lo que importa es que los Estados Unidos mantienen y aplican una prohibición total del suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar (y esto es claramente así). A este respecto, Antigua y Barbuda propone que el Grupo Especial ejerza sus facultades discrecionales para aplicar el principio de economía procesal y se pronuncie sobre este asunto sin decidir si medidas como las enumeradas en la sección III del anexo son "medidas" que puedan ser sometidas al procedimiento de solución de diferencias de la OMC.

64. En caso de que el Grupo Especial desee, no obstante, abordar esta cuestión, Antigua y Barbuda se remite a lo expuesto en el párrafo 3.77 de este informe. Antigua y Barbuda añadiría únicamente que los cuatro comunicados de prensa y los documentos conexos de Fiscales Generales evidentemente no están incluidos en la solicitud de establecimiento como comunicados de prensa, sino porque describen las medidas, a saber, las medidas procesales (sobre las cuales hay poca o ninguna información oficial de otra índole accesible al público).

65. Antigua y Barbuda rechaza el argumento formulado por los Estados Unidos de que la solicitud de establecimiento presentada por Antigua y Barbuda incluye indebidamente medidas que no fueron objeto de consultas y señala que ya ha respondido a este argumento en el párrafo 3.78 de este informe. Los Estados Unidos simplemente pasan por alto estos argumentos y la resolución del Órgano de Apelación en el asunto *Brasil - Aeronaves*⁸⁵ a que hace referencia Antigua y Barbuda en su primera comunicación. Antigua y Barbuda señala la referencia hecha por los Estados Unidos al informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Determinados productos procedentes de las CE*.⁸⁶ Sin embargo, Antigua y Barbuda sostiene que la cuestión de si una medida que no fue formalmente parte de las consultas puede incluirse o no en una solicitud de establecimiento de un grupo especial depende de las circunstancias concretas de cada caso. En este caso, Antigua y Barbuda considera que ello es posible (como lo hizo el Órgano de Apelación en las circunstancias examinadas en el asunto *Brasil - Aeronaves*). Como en el asunto *Brasil - Aeronaves*, las partes en este caso efectivamente han consultado sobre la prohibición de los servicios de los juegos de azar en la Constitución de Nueva York, la Constitución de Rhode Island y los *Colorado Revised Statutes*

los "artículos 1084, 1952 y 1955 del título 18 del Código de los Estados Unidos". Antigua y Barbuda ha enumerado también las medidas concretas de distintos Estados descritas por la GAO del modo siguiente: "Algunos estados han adoptado medidas legislativas concretas para ocuparse de los juegos de azar por Internet, en algunos casos tipificándolo como delito y en otros casos basándose en las leyes existentes sobre los juegos de azar para iniciar acciones contra entidades que se dediquen a los juegos de azar por Internet o que los faciliten." GAO, *Internet Gambling, ibid.*, página 11.

⁸⁴ Antigua y Barbuda sostiene que ello está explícitamente confirmado por los Estados Unidos en el párrafo II.B.1.52.

⁸⁵ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Brasil - Aeronaves*.

⁸⁶ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Determinados productos procedentes de las CE*.

(porque las partes consultaron sobre la prohibición total del suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas de la cual estas medidas forman parte). Antigua y Barbuda sostiene también que los errores tipográficos que se corrigieron con respecto a la Constitución de Nueva York, la Constitución de Rhode Island y los *Colorado Revised Statutes* son diferentes de las referencias supuestamente incorrectas a leyes contra la pelea de perros y otras leyes no pertinentes que los Estados Unidos mencionan en el párrafo 14 de su solicitud. Estas últimas son casos en los que estas disposiciones que no se relacionan con los juegos de azar están incluidas en una "serie" de leyes que en otros aspectos se relacionan con la actividad de los juegos de azar y apuestas. Es un método aceptado para hacer citas en los escritos jurídicos de los Estados Unidos incluir una "serie" de leyes relacionadas, aun si la serie incluye leyes derogadas o no pertinentes. Cuando los Estados Unidos sugieren que las referencias a estas leyes comprendidas en una "serie" complican su comprensión de la reclamación de Antigua y Barbuda están simplemente actuando en forma poco franca.

66. En conclusión, Antigua y Barbuda considera que no es necesario presentar una comunicación complementaria como propusieron los Estados Unidos. No obstante, si el Grupo Especial decidiera que desea una nueva comunicación de Antigua y Barbuda sobre las cuestiones planteadas por los Estados Unidos (o sobre otras cuestiones), Antigua y Barbuda solicita que el Grupo Especial le permita presentarla en una fecha que determine el Grupo Especial, pero que no aplase la fecha de 29 de octubre de 2003, en que los Estados Unidos deben presentar su primera comunicación.⁸⁷ Antigua y Barbuda solicita también que el Grupo Especial desestime la solicitud de resoluciones preliminares sobre las tres cuestiones planteadas por los Estados Unidos en dicha solicitud.

C. ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS⁸⁸

1. Argumentos de las Comunidades Europeas

67. Las Comunidades Europeas observan que los Estados Unidos impugnan en primer lugar la calificación de "medidas", en el sentido del párrafo 2 del artículo 6 del ESD, de determinados documentos a los que se hace referencia en la sección III de la solicitud de establecimiento presentada por Antigua y Barbuda. Estos documentos son: comunicados de prensa; las respuestas de una junta de control del juego de un Estado de los Estados Unidos a "Preguntas frecuentes"; opiniones y declaraciones de Fiscales Generales de Estados que forman parte de los Estados Unidos; y decisiones judiciales de tribunales estadounidenses. Las Comunidades Europeas recuerdan que, en su solicitud de establecimiento, Antigua y Barbuda distingue entre, por una parte, las secciones I y II del anexo y, por otra parte, la sección III de éste. Con respecto a las secciones I y II, Antigua y Barbuda alega que "dichas leyes (por separado o en combinación) tienen el efecto de prohibir todo suministro de servicios de juegos de azar y apuestas desde fuera de los Estados Unidos". En cambio, califica los documentos enumerados en la sección III como "ejemplos de medidas de autoridades no legislativas de los Estados Unidos que aplican estas leyes al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas". Por consiguiente, hay cierta ambigüedad en cuanto a si la finalidad de estas referencias es más ejemplificadora y aclaradora que la de constituir una lista de medidas adicionales por sí mismas. Además, la cuestión planteada por los Estados Unidos está estrictamente conectada con el fondo del caso, que es bastante complejo desde el punto de vista jurídico y fáctico. Al ser así,

⁸⁷ Antigua y Barbuda observa que los Estados Unidos citan como justificación de la demora su necesidad de celebrar "consultas con entidades subfederales (...) exigidas por el derecho estadounidense (...)". Sin embargo, en virtud de la ley federal aplicable, estas consultas estatales-federales debían haberse iniciado a más tardar siete días, y celebrado efectivamente a más tardar 30 días, después de que se recibió la solicitud de celebración de consultas presentada por Antigua y Barbuda. Véase 19 U.S.C. § 3512(b)(1)(C).

⁸⁸ El Canadá, México y el Taipei Chino informaron al Grupo Especial de que no presentarían sus opiniones sobre la solicitud de resoluciones preliminares presentada por los Estados Unidos.

no es un caso idóneo para intentar resolverlo mediante un procedimiento sumario de resolución preliminar en virtud del párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

68. En el caso de que el Grupo Especial considere que la alegación de los Estados Unidos debe abordarse en esta etapa, las Comunidades Europeas harían las consideraciones siguientes. El párrafo 2 del artículo 6 del ESD es una disposición general que reglamenta el contenido de las solicitudes de establecimiento de un grupo especial para prácticamente la totalidad de las disposiciones de la OMC.⁸⁹ Como tal, debe poder leerse de modo que no restrinja el contenido de ninguna de las disposiciones de los acuerdos abarcados. El término "medida" que figura en el párrafo 2 del artículo 6 no puede ser considerado de ningún modo más restringido que el que abarque cualquier acción que pueda equivaler a una violación de una disposición de la OMC. El párrafo 2 del artículo 6 está concebido para ser aplicable a la totalidad del *Acuerdo sobre la OMC*. De otro modo, se arriesgaría a reducir indebidamente el alcance de las obligaciones dimanantes de otras disposiciones de los acuerdos abarcados. Así, por ejemplo, varias disposiciones de la OMC utilizan el término "medida" o "prescripción" y han sido interpretadas en informes anteriores. Todas ellas sugieren en general una lectura amplia del término "medida", especialmente en cuanto a la forma que las medidas pueden adoptar. En particular, dado que en el artículo XXVIII del AGCS hay una definición específica de las medidas a los efectos del AGCS, cualquier interpretación del término "medida" que sea más restringida que la definición allí contenida equivaldría a restringir el alcance del artículo XXVIII y, junto a éste, de la totalidad del AGCS.⁹⁰ Ello equivaldría a disminuir los derechos y obligaciones de los Miembros dimanantes del *Acuerdo sobre la OMC*, contrariamente a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 3 del ESD.

69. Además, la gama de acciones de los Miembros de la OMC que pueden estar comprendidas en el ámbito del examen del procedimiento de solución de diferencias es incluso más amplia que la resultante del artículo XXVIII del AGCS. Por ejemplo, las violaciones pueden resultar no sólo de un "instrumento" particular, sino también de una omisión (por ejemplo, no publicar legislación relacionada con el comercio, reglamentaciones, decisiones judiciales y resoluciones administrativas de aplicación general, contrariamente a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo X del GATT de 1994). Además, el párrafo 1 c) del artículo XXIII del GATT de 1994 permite que se presenten reclamaciones basadas en la existencia de "otra situación" (es decir, una situación diferente de a) incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la OMC y b) anulación o menoscabo resultante de una medida que infrinja o no las disposiciones del GATT). Dichas reclamaciones son aún posibles y están regidas en general por el ESD, incluido el párrafo 2 de su artículo 6, de conformidad con el párrafo 2 de su artículo 26. Por consiguiente, cualquier interpretación del término "medida" contenido en el párrafo 2 del artículo 6 sería demasiado restrictiva si conllevara el riesgo de impedir el examen de ese tipo de reclamaciones en razón de que éste no está permitido por el párrafo 2 del artículo 6.

70. Las Comunidades Europeas alegan que, en muchos de estos casos, el criterio que proponen los Estados Unidos (a saber, que una medida en el sentido del párrafo 2 del artículo 6 debe "constituir un instrumento con una vida funcional propia" en virtud del derecho interno -es decir, debe "hacer algo concreto, independientemente de cualquier otro instrumento"⁹¹) no permitiría a un grupo especial examinar la infracción de estas disposiciones. Las referencias de los Estados Unidos a la

⁸⁹ De conformidad con las Comunidades Europeas, una excepción notable es el párrafo 4 del artículo 17 del *Acuerdo Antidumping* (véase el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Guatemala - Cemento I*, párrafo 14).

⁹⁰ De conformidad con el párrafo 1 de su artículo 1, el AGCS "se aplica a las medidas adoptadas por los Miembros que afecten al comercio de servicios".

⁹¹ Véase el párrafo II.B.1.44 *supra*.

"jurisprudencia" de la OMC en el marco del *Acuerdo Antidumping*⁹² no tienen ninguna pertinencia, dado que se relacionan con una norma especial y adicional al ESD (el párrafo 4 del artículo 17 del *Acuerdo Antidumping*) y no con el criterio general establecido en el párrafo 2 del artículo 6.

71. Las Comunidades Europeas subrayan que no aducen que el término "medida" que figura en el párrafo 2 del artículo 6 carezca de todo significado autónomo en comparación con, por ejemplo, las disposiciones de los acuerdos abarcados.⁹³ Por una parte, un grupo especial podría basarse en el párrafo 2 del artículo 6 para desestimar el examen completo de una diferencia en algunos casos manifiestos: por ejemplo, en los casos en los que la supuesta medida a que se haga referencia en una solicitud de establecimiento de un grupo especial no fuera atribuible ni siquiera a un órgano de un Miembro de la OMC (por ejemplo, una declaración de políticas de una organización no gubernamental). Además, se desprende con claridad del párrafo 2 del artículo 6 que es necesario identificar una medida concreta. Por último, si el Grupo Especial decidiera examinar los documentos que los Estados Unidos impugnan en esta alegación, y concluyera que algunos de ellos no constituyen "medidas" en el sentido del párrafo 2 del artículo 6 del ESD, su conclusión no debería influir de ningún modo en la pertinencia probatoria que estos documentos pueden tener en el examen de si la alegación de Antigua y Barbuda está en general bien fundada. Ciertamente esta actividad corresponde al examen del fondo del asunto que ha de realizar el Grupo Especial.

72. En cuanto a la segunda alegación de los Estados Unidos en el sentido de que determinadas disposiciones de las tres medidas estadounidenses (Constitución de Nueva York, Constitución de Rhode Island, *Colorado Revised Statutes*) no están comprendidas en el mandato del Grupo Especial porque no figuran en la solicitud de celebración de consultas presentada por Antigua y Barbuda en virtud del artículo 4 del ESD⁹⁴, las Comunidades Europeas entienden que las referencias a estas medidas y a sus disposiciones concretas a que se refieren los Estados Unidos están debidamente hechas en la solicitud de establecimiento presentada por Antigua y Barbuda, y que las referencias a esas disposiciones concretas en la solicitud de establecimiento reemplazaron las referencias a otras disposiciones de las mismas medidas contenidas en la solicitud de celebración de consultas. La cuestión planteada por los Estados Unidos debe apreciarse a la luz de la finalidad de las consultas y su solicitud, la finalidad del párrafo 2 del artículo 6 del ESD y, más en general, la naturaleza y función del procedimiento de solución de diferencias.

73. Las Comunidades Europeas sostienen que, en relación con el primer aspecto, el Órgano de Apelación en el asunto *Brasil - Aeronaves*⁹⁵ ha dado una indicación muy clara:

"Sin embargo, no consideramos que los artículos 4 y 6 del ESD, ni los párrafos 1 a 4 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, exijan una identidad precisa y exacta entre las medidas específicas que fueron objeto de las consultas celebradas y las medidas específicas identificadas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial. Como señaló el Grupo Especial, '[u]na de las finalidades de las consultas, con arreglo al párrafo 3 del artículo 4 del *Acuerdo SMC*, es 'dilucidar los hechos del caso' y cabe esperar que la información obtenida durante las consultas pueda permitir al reclamante circunscribir el alcance del asunto con respecto al cual solicita el establecimiento del grupo especial'."

⁹² Véase la nota 38 *supra*.

⁹³ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Gasolina*, página 23.

⁹⁴ Véase el párrafo II.B.1.47 *supra*.

⁹⁵ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Brasil - Aeronaves*, párrafo 132. (no se reproducen las notas de pie de página)

74. Las Comunidades Europeas están plenamente de acuerdo con este enfoque y con las conclusiones del Órgano de Apelación y añadirían que son aplicables *a fortiori* a un caso como el presente, en que las medidas son las mismas tanto en la solicitud de celebración de consultas como en la solicitud de establecimiento de un grupo especial. Al parecer de las Comunidades Europeas, las únicas disposiciones de, por ejemplo, la Constitución de Nueva York que podrían haber sido objeto de consultas son las relativas a las restricciones sobre los juegos de azar y apuestas. Por consiguiente, sería absurdo que, mientras que Antigua y Barbuda continúa basándose en la misma medida que indicó en su solicitud de celebración de consultas, el Grupo Especial estuviera privado en virtud del párrafo 2 del artículo 6 de la facultad de examinar la compatibilidad de esa medida con las disposiciones de la OMC en las que se basó el reclamante. Además, la finalidad de las consultas tiene que compararse con la de la solicitud de establecimiento, que consiste en definir el alcance del mandato del Grupo Especial y en notificar a la parte demandada y a los terceros las alegaciones del reclamante.⁹⁶ En vista de esa función diferente "[l]os defectos de la solicitud no pueden ser 'subsanaos' en las comunicaciones posteriores de las partes durante las actuaciones del Grupo Especial".⁹⁷ Pero, nuevamente, la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Antigua y Barbuda incluye no sólo las medidas concretas pertinentes, sino también las disposiciones concretas de ellas a las que hacen referencia los Estados Unidos.

75. Las Comunidades Europeas también desean recordar la forma en que el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - EVE* caracterizó con mucha eficacia la función de las partes en los procedimientos de solución de diferencias⁹⁸:

"En virtud del párrafo 10 del artículo 3 del ESD los Miembros de la OMC, si surge una diferencia, deben entablar un procedimiento de solución de diferencias 'de buena fe y esforzándose por resolverla'. Esta es otra manifestación específica del principio de buena fe que, como hemos señalado, es a la vez un principio general de derecho y un principio general del derecho internacional. Este principio omnipresente exige que tanto el Miembro reclamante como el Miembro demandado cumplan las prescripciones del ESD (y las prescripciones conexas establecidas en otros acuerdos abarcados) de buena fe. Mediante el cumplimiento de buena fe, los Miembros reclamantes proporcionan a los Miembros demandados toda la protección y oportunidad para defenderse que prevé la letra y el espíritu de las normas de procedimiento. En virtud del mismo principio de buena fe, los Miembros demandados deben señalar oportuna y prontamente las deficiencias de procedimiento alegadas a la atención del Miembro reclamante, así como a la del OSD o el Grupo Especial, de manera que, en caso necesario, éstas puedan corregirse para solucionar las diferencias. Las normas de procedimiento del sistema de solución de diferencias de la OMC tienen por objeto promover, no el desarrollo de técnicas de litigio, sino simplemente la solución equitativa, rápida y eficaz de las diferencias comerciales."

⁹⁶ En este sentido, el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Brasil - Coco desecado*, página 22; informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafos 125-126.

⁹⁷ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 127.

⁹⁸ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - EVE*, párrafo 166.

76. Las Comunidades Europeas señalan a este respecto que, mientras que debe reconocerse que los Estados Unidos plantearon esta cuestión al OSD, debe reconocerse igualmente que Antigua y Barbuda ofreció con prontitud entablar contactos aclaratorios.⁹⁹ Por consiguiente, no cabe duda de que los Estados Unidos estuvieron en plenas condiciones de defenderse con eficacia.

77. Con respecto a la aseveración formulada por los Estados Unidos de que Antigua y Barbuda no acreditó una presunción *prima facie* porque "Antigua y Barbuda no ha citado, adjuntado ni aducido el significado de ninguna de esas leyes o reglamentos", las Comunidades Europeas consideran que esta cuestión se relaciona con el fondo de la diferencia y ciertamente con el núcleo mismo del procedimiento de solución de diferencias. Como tal, no es adecuada para una resolución preliminar dictada en un procedimiento sumario como el presente, sobre la base del párrafo 2 del artículo 6 del ESD, sino que debe ser abordada por el Grupo Especial a lo largo de (todo) el procedimiento.¹⁰⁰ De otro modo, las partes se verán privadas del beneficio de un examen completo por un grupo especial de asuntos complejos desde el punto de vista jurídico y fáctico, tales como los que están en cuestión en la presente diferencia, con claras implicaciones relativas al debido proceso. Un grupo especial tiene la obligación de realizar una evaluación objetiva de los hechos. Ello supone una evaluación plenamente informada. Por consiguiente, las Comunidades Europeas se reservan el derecho de formular nuevas observaciones sobre este aspecto sustantivo de la diferencia en su comunicación en calidad de tercero y en la sesión destinada a terceros de la primera reunión sustantiva del Grupo Especial.

78. Las Comunidades Europeas sostienen que la alegación de los Estados Unidos de que Antigua y Barbuda no ha acreditado una presunción *prima facie* también parece suponer que no está permitido a un reclamante hacerlo después de un momento determinado (presumiblemente la presentación de su primera comunicación escrita, como en el presente caso). Dicha presunción sería evidentemente incorrecta.¹⁰¹ Lo que es más, en la medida en que los Estados Unidos relacionan su alegación de que Antigua y Barbuda no ha acreditado una presunción *prima facie* con la obligación de identificar medidas concretas establecidas en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD, su argumento también es incorrecto y debería ser desestimado. Ante todo, Antigua y Barbuda ha alegado que existe una prohibición de todo suministro de servicios de juegos de azar y apuestas desde fuera de los Estados Unidos a consumidores en los Estados Unidos.¹⁰² En segundo lugar, en el anexo de su solicitud de establecimiento ha identificado varias medidas concretas. Por consiguiente, las otras partes tienen la posibilidad de entender el fondo y la base de la reclamación, y la parte demandada tiene la posibilidad de refutar específicamente la calificación jurídica que hace a estas medidas Antigua y Barbuda.

79. Las Comunidades Europeas consideran que el mero hecho de que los Estados Unidos puedan examinar la naturaleza de los documentos citados en el anexo de la solicitud de establecimiento presentada por Antigua y Barbuda demuestra que son perfectamente capaces de identificarlas. Por lo tanto, no hay perjuicio para las partes afectadas, que es un factor que debe considerarse al evaluar si

⁹⁹ Véase WT/DSB/M/153, párrafos 43 y 46.

¹⁰⁰ Las Comunidades Europeas opinan que los Estados Unidos confunden el aspecto jurisdiccional, regido por el párrafo 2 del artículo 6 del ESD, con el aspecto sustantivo mencionado, por ejemplo, en la nota 61 *supra*. Las Comunidades Europeas coinciden con los Estados Unidos en que Antigua y Barbuda no está eximida de su carga de establecer su presunción *prima facie*, pero ésta es precisamente la cuestión fundamental sustantiva.

¹⁰¹ Véanse, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Corea - Productos lácteos*, párrafo 145, y la referencia en él contenida al informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *India - Restricciones cuantitativas*, párrafo 143.

¹⁰² WT/DS285/2, párrafo 2.

se ha cometido una infracción del párrafo 2 del artículo 6.¹⁰³ El hecho de que una infracción de las disposiciones de la OMC pueda derivar de múltiples medidas de un Miembro de la OMC -por ejemplo, un conjunto de medidas de defensa comercial- puede hacer más complejo un litigio, pero no es una razón para que un grupo especial se declare incompetente en virtud del párrafo 2 del artículo 6 del ESD.

2. Argumentos del Japón

80. Con respecto a la alegación de los Estados Unidos de que varios elementos enumerados en la solicitud de establecimiento presentada por Antigua y Barbuda no constituyen "medidas" previstas en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD y, por consiguiente, no están comprendidas en el mandato del Grupo Especial, el Japón no desea prejuzgar la decisión del Grupo Especial sobre los elementos concretos en cuestión, ni está en condiciones de formular comentarios sobre los aspectos fácticos del presente procedimiento. Sin embargo, el Japón no puede estar de acuerdo con el argumento formulado por los Estados Unidos, que se basa en la constatación del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Examen por extinción: acero resistente a la corrosión*. Aunque en el asunto *Estados Unidos - Examen por extinción: acero resistente a la corrosión*, el Grupo Especial constató que el "Sunset Policy Bulletin" no era una medida que pudiera dar lugar, en sí misma y por sí misma, a una violación de normas de la OMC, esta constatación es ahora objeto de examen por el Órgano de Apelación. El Japón, como se especifica en su anuncio de apelación¹⁰⁴, solicita al Órgano de Apelación que revoque esta constatación del Grupo Especial. Por consiguiente, reitera su desacuerdo con la constatación del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Examen por extinción: acero resistente a la corrosión* sobre esta cuestión, y afirma que en el asunto *Estados Unidos - Juegos de azar*, el Grupo Especial debería desestimar esta constatación errónea.

81. Con respecto a la alegación de los Estados Unidos de que en la primera comunicación de Antigua y Barbuda se afirma que el objeto del presente procedimiento es la prohibición total del suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas sin especificar las leyes y reglamentos que conforman esa prohibición total, y de que, dado que Antigua y Barbuda se rehusó a identificar medidas concretas como el objeto de su alegación de presunción *prima facie*, no ha establecido una presunción *prima facie* con respecto a ninguna medida, el Japón sostiene que los Estados Unidos parecen confundir dos cuestiones totalmente distintas. El Japón considera que la cuestión de si Antigua y Barbuda ha tenido éxito en establecer una presunción *prima facie* es de fondo y, por lo tanto, no debería ser objeto de resoluciones preliminares del Grupo Especial.

82. El Japón observa que, como admiten los Estados Unidos mismos, las resoluciones preliminares del Grupo Especial sobre la especificidad de las medidas se relacionan con las debidas garantías procesales de defensa. En cambio, como constató el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Camisas y blusas*, la parte que afirma una determinada reclamación o defensa establece una presunción *prima facie* presentando pruebas suficientes para fundar la presunción de que su reclamación es legítima, y "la cuantificación precisa y la determinación del tipo de pruebas que se necesitará para establecer esa presunción variará necesariamente para cada medida, para cada disposición y para cada caso".¹⁰⁵ Las deliberaciones del Grupo Especial sobre este asunto son de un

¹⁰³ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Corea - Productos lácteos*, párrafos 126-127 (referidos al informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Comunidades Europeas - Equipo informático*, párrafo 70).

¹⁰⁴ "El Grupo Especial incurrió en error en las conclusiones jurídicas que figuran en los párrafos 7.145, 7.195 y 7.246 de su informe, y en el razonamiento que llevó a esas conclusiones, según las cuales el *Sunset Policy Bulletin*, ... no puede, de por sí, dar lugar a una violación de normas de la OMC, y por lo tanto, no es en sí mismo una medida impugnada en el marco del Acuerdo sobre la OMC como tal." WT/DS244/7, párrafo 4.

¹⁰⁵ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Camisas y blusas*, página 14.

importante carácter sustantivo y forman las bases de sus constataciones de compatibilidad o incompatibilidad de las medidas en cuestión con el Acuerdo sobre la OMC. En consecuencia, la cuestión de si Antigua y Barbuda ha establecido o no una presunción *prima facie* es independiente de la cuestión de si los derechos de los Estados Unidos a las debidas garantías procesales están afectados por la supuesta falta de especificidad, y debe separarse de ella. Aun si el Grupo Especial constatará que la identificación de las medidas por Antigua y Barbuda no es suficientemente específica, ello sería únicamente la constatación de una violación del párrafo 2 del artículo 6 del ESD, y no tendría ningún otro efecto jurídico.

ANEXO C

PREGUNTAS FORMULADAS POR EL GRUPO ESPECIAL A LAS PARTES

Nota

El presente anexo contiene las preguntas formuladas por el Grupo Especial y las respuestas escritas suministradas por las partes durante la primera (sección I) y la segunda (sección II) reuniones sustantivas, así como las preguntas formuladas a los terceros durante la primera reunión sustantiva y sus respuestas (sección IV).

El Grupo Especial invitó expresamente a cada parte a que respondiera las preguntas formuladas a la otra parte, si así lo deseaba, así como a las preguntas formuladas a los terceros. En la primera reunión, también se invitó a los terceros a responder a las preguntas formuladas a las partes (sección I).

Además, con respecto a las preguntas formuladas en la segunda reunión sustantiva, se invitó a cada parte a formular observaciones sobre las respuestas suministradas por la otra parte. Estas observaciones se reproducen en la sección III del presente anexo.

II. PREGUNTAS FORMULADAS POR EL GRUPO ESPECIAL A LAS PARTES EN LA PRIMERA REUNIÓN SUSTANTIVA

A. LISTA DE LOS ESTADOS UNIDOS

Para ambas partes:

- 1. ¿Cuál es la naturaleza y el valor jurídico de las Directrices para la consignación en Listas de 1993 y del documento W/120 en los procedimientos de solución de diferencias de la OMC y en qué medida estos documentos son pertinentes a la interpretación de las Listas anexas al AGCS cuando en esas Listas no hay referencia explícita a la CPC?**

Antigua y Barbuda

De conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena, las Directrices para la consignación en Listas de 1993, distribuidas por la Secretaría durante las negociaciones de la Ronda Uruguay¹⁰⁶, y el documento W/120 representan importantes instrumentos para la interpretación de las Listas de los Miembros anexas al AGCS. El hecho de que una Lista anexa al AGCS contenga o no referencias explícitas a la CPC no tiene efectos en el valor interpretativo de las Directrices para la consignación en Listas de 1993 y el documento W/120, determinado de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena.

Las Directrices para la consignación en Listas de 1993 forman parte del *contexto* del AGCS y de las Listas anexas al AGCS porque son un "instrumento" formulado con motivo de la celebración del tratado, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 31 de la Convención de Viena. Es cierto que técnicamente las Directrices para la consignación en Listas de 1993 no fueron "formuladas" por "una o más partes" sino por la entonces Secretaría del GATT. Sin embargo, en las Directrices para la consignación en Listas de 1993 se menciona explícitamente que "[l]a Secretaría distribuye la presente nota en respuesta a las solicitudes recibidas de los participantes". En el momento de las negociaciones de la Ronda Uruguay, también fueron aceptadas por todas las partes como base para la

¹⁰⁶ MTN.GNS/W/164 (3 de septiembre de 1993).

elaboración de las Listas de servicios. Esto se vio confirmado explícitamente en 2001, cuando el Consejo del Comercio de Servicios adoptó en forma unánime nuevas Directrices para la consignación en Listas (las "Directrices para la consignación en Listas de 2001"¹⁰⁷), en cuya nota 1 se afirma lo siguiente: "Queda entendido que las Listas en vigor antes de la fecha del presente documento se confeccionaron de conformidad con los documentos MTN.GNS/W/164 y MTN.GNS/W/164/Add.1." Teniendo en cuenta este antecedente, Antigua y Barbuda sostiene que las Directrices para la consignación en Listas de 1993 no pueden desestimarse como "contexto" simplemente porque su autor formal es la Secretaría del GATT y no un Miembro de la Organización Mundial del Comercio (la "OMC").¹⁰⁸ La finalidad de la interpretación de un tratado de conformidad con los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena es identificar la intención común de las partes.¹⁰⁹ Los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena deberían aplicarse teniendo en cuenta ese objetivo y no literalmente.¹¹⁰ Lo importante al determinar si un instrumento, como las Directrices para la consignación en Listas de 1993, expresa la intención *común* de las partes es si éste es aceptado por *todas* las partes, no si su autor formal es *una* de las partes. Antigua y Barbuda sostiene además que las Directrices para la consignación en Listas de 2001 incluyen un *acuerdo ulterior* entre las partes (de conformidad con el párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena) relativo a la interpretación de las Listas existentes a la luz de las Directrices para la consignación en Listas de 1993. Como se menciona *supra*, la nota 1 de las Directrices para la consignación en Listas de 2001 (aprobadas por unanimidad por el Consejo del Comercio de Servicios) prevé lo siguiente: "Queda entendido que las Listas en vigor antes de la fecha del presente documento se confeccionaron de conformidad con los documentos MTN.GNS/W/164 y MTN.GNS/W/164/Add.1."

Antigua y Barbuda considera que el documento W/120 forma parte del contexto del AGCS y las Listas anexas al AGCS, por dos razones principales: i) el documento W/120 está incorporado por referencia en el Entendimiento sobre Solución de Diferencias (el "ESD") de la OMC (párrafo 2 del artículo 31 de la Convención de Viena); y ii) el documento W/120 es un instrumento formulado con motivo de la celebración del tratado y aceptado por todas las partes (párrafo 2 b) del artículo 31 de la Convención de Viena). Además, existe un acuerdo ulterior en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena y una práctica ulteriormente seguida en el sentido del párrafo 3 b) del artículo 31 de la Convención de Viena que confirman el valor interpretativo del documento W/120.

De conformidad con el párrafo 2 del artículo II del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (el "Acuerdo sobre la OMC"), el AGCS, el ESD y los otros acuerdos multilaterales y plurilaterales forman parte integrante del Acuerdo sobre la OMC. El párrafo 2 del artículo 31 de la Convención de Viena define el contexto como (entre otros elementos)

¹⁰⁷ S/L/92 (28 de marzo de 2001).

¹⁰⁸ En opinión de Antigua y Barbuda, tampoco las Directrices para la consignación en Listas de 1993 pueden ser consideradas inaplicables porque ellas indican que "no deben entenderse como una interpretación jurídica autorizada del AGCS". (Véase I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (Manchester University Press, 1984), páginas 129-130).

¹⁰⁹ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Comunidades Europeas - Equipo informático*, párrafo 84.

¹¹⁰ Véase, por ejemplo, I. Sinclair, *The Vienna Convention*, páginas 117-118: "en sus comentarios, la Comisión se refiere a la rica variedad de principios y máximas de interpretación aplicados por los tribunales internacionales. Señala que esos principios y máximas son, en su mayor parte, principios de lógica y sentido común que son valiosos sólo como guías para ayudar a apreciar el significado que las partes puedan haber pretendido atribuir a las expresiones que emplearon en un documento; y que recurrir a muchos de esos principios es discrecional y no obligatorio, dado que la interpretación es en alguna medida un arte más que una ciencia exacta".

el texto de un tratado, incluidos sus preámbulos y anexos. Por consiguiente, el ESD constituye contexto a los efectos de la interpretación del AGCS (y viceversa) porque ambos forman parte del mismo tratado: el Acuerdo sobre la OMC. El párrafo 3 f) ii) del artículo 22 del ESD hace referencia explícita al documento W/120 para definir un "sector" de comercio a los efectos de la suspensión de concesiones. Al hacerlo, incorpora por referencia el documento W/120 en el ESD. Como parte del ESD, el documento W/120 es contexto del AGCS y de la Lista de los Estados Unidos, que en sí misma es parte integrante del AGCS en virtud del párrafo 3 del artículo XX del AGCS.

El documento W/120 también constituye "contexto" porque, al igual que las Directrices para la consignación en Listas de 1993, es un instrumento formulado con motivo de la celebración del AGCS de conformidad con el párrafo 2 b) del artículo 31 de la Convención de Viena. En la Reunión Ministerial de Montreal, celebrada en diciembre de 1988, se solicitó explícitamente a la Secretaría del GATT que compilase una "Lista de referencia de sectores".¹¹¹ El documento W/120 fue el resultado de este ejercicio, y se desprende de las Directrices para la consignación en Listas de 1993 y de la referencia al documento W/120 contenida en el ESD que todos los Miembros aceptaron dicho documento como un punto de partida, una "lista de referencia" para la elaboración de sus Listas anexas al AGCS.¹¹² La intención común de las partes (expresada en las Directrices para la consignación en Listas de 1993) permitía a una parte apartarse de esa "lista de referencia" siempre que lo hiciese explícitamente. El párrafo 5 del proyecto de Lista final de los Estados Unidos confirma que los Estados Unidos suscribieron explícitamente esta "intención común".

Las Directrices para la consignación en Listas de 2001 incluyen un acuerdo ulterior que confirma el valor interpretativo de las Directrices para la consignación en Listas de 1993. Las Directrices para la consignación en Listas de 1993 establecen explícitamente que el documento W/120 es la lista de referencia "por defecto" para las Listas de la Ronda Uruguay. Por consiguiente, al confirmar el valor interpretativo de las Directrices para la consignación en Listas de 1993, las Directrices para la consignación en Listas de 2001 han confirmado también el valor interpretativo del documento W/120.

Existe una "práctica ulterior", en el sentido del párrafo 3 b) del artículo 31 de la Convención de Viena, por la cual consta el acuerdo de los Miembros de la OMC acerca del valor interpretativo del documento W/120. Desde la entrada en vigor del AGCS, los Miembros han hecho referencia sistemáticamente al documento W/120 como la clasificación utilizada a los efectos del AGCS y como el principal punto de referencia para cualquier debate sobre la clasificación de los servicios. Ello incluye la propia comunicación de los Estados Unidos a la OMC sobre la Clasificación de los servicios energéticos¹¹³ y el Documento de la USITC.

Como se explica *supra*, las razones por las cuales las Directrices para la consignación en Listas de 1993 y el documento W/120 constituyen importantes factores interpretativos en el sentido del artículo 31 de la Convención de Viena para *todas* las Listas anexas al AGCS no están relacionadas con las referencias a la CPC. Por consiguiente, la ausencia o presencia de referencias explícitas a la CPC en una lista concreta no puede tener ningún efecto en la naturaleza jurídica y el valor interpretativo de las Directrices para la consignación en Listas de 1993 o el documento W/120.

¹¹¹ MTN.TNC/7(MIN), parte II.

¹¹² Con respecto a la cuestión de que el documento W/120 fue "elaborado" por la Secretaría del GATT y no por una parte, Antigua y Barbuda sostiene que la argumentación desarrollada sobre esta cuestión con respecto a las Directrices para la consignación en Listas de 1993 se aplica igualmente al documento W/120.

¹¹³ Comunicación de los Estados Unidos: Clasificación de los servicios energéticos, S/CSC/W/27, 18 de mayo de 2000.

Estados Unidos

Estos documentos de la historia de la negociación son "trabajos preparatorios" en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena.¹¹⁴ En la medida en que estos documentos mencionan la CPC, ésta sólo es pertinente a la interpretación de un compromiso particular si un Miembro incluye una referencia explícita a ella en ese compromiso. Este hecho se ve confirmado por lo siguiente: i) el texto de la Lista de los Estados Unidos (que no incluye referencias a la CPC), ii) el contexto de la Lista de los Estados Unidos (que demuestra que otras Listas incluyeron referencias a la CPC para algunos o todos los compromisos, lo que confirma que éstas eran optativas); iii) otros antecedentes de negociación del AGCS (que confirman que las partes en las negociaciones del AGCS no pretendían estar obligadas por ninguna nomenclatura concreta); y iv) las ulteriores declaraciones de los Miembros reflejadas en los debates que tuvieron lugar en el Comité de Compromisos Específicos (que confirman que un Miembro que consignaba sus compromisos en el marco del AGCS durante la Ronda Uruguay era libre de elegir hacer o no referencia a la CPC, y que el resultado de ello es que las definiciones de la CPC no determinan la interpretación del (de los) compromiso(s) de ese Miembro).¹¹⁵

Canadá

El Canadá recuerda los argumentos formulados en su comunicación escrita al Grupo Especial en calidad de tercero.¹¹⁶

En primer lugar, el Canadá sostiene que la cuestión sometida al Grupo Especial consiste en determinar, de conformidad con las normas de interpretación establecidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, la intención común de los Miembros con respecto a los compromisos específicos contraídos por los Estados Unidos e inscritos en su Lista. Esa intención común debe determinarse interpretando la Lista de los Estados Unidos de buena fe, de conformidad con el sentido corriente que ha de otorgarse a los términos de la Lista en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin del AGCS y del Acuerdo sobre la OMC más en general. En la medida en que corresponda, puede recurrirse a medios de interpretación complementarios.

Claramente, los Estados Unidos utilizaron y siguieron la estructura del documento W/120 para consignar sus compromisos específicos. Sin embargo, su Lista no incluye referencias explícitas a los números de la CPC que, en el documento W/120, están asociados con un sector o subsector particular de servicios. Esto no significa, como sugieren los Estados Unidos, que los números de la CPC asociados con un sector o subsector particular de servicios en el documento W/120 sean no pertinentes, inaceptables o deban pasarse por alto al interpretar los compromisos específicos de los Estados Unidos. En cambio, forman parte del contexto, o, subsidiariamente, constituyen un medio de interpretación complementario, que, de conformidad con los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, es pertinente a la interpretación y determinación del sentido de los compromisos específicos de los Estados Unidos.

Cuando se interpreta la Lista de los Estados Unidos de conformidad con los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, y se toman en cuenta todos los elementos que son pertinentes a la determinación de la intención común de los Miembros con respecto a los compromisos específicos de los Estados Unidos, sólo existe una conclusión razonable: En los casos en que la Lista de los Estados

¹¹⁴ Las Directrices para la consignación en Listas de 1993 indican expresamente que "no deben entenderse como una interpretación jurídica autorizada del AGCS".

¹¹⁵ Véase la sección III.B.2 del presente informe.

¹¹⁶ Véase la sección IV.A del presente informe.

Unidos refleja el documento W/120 sin apartarse clara y explícitamente de éste ni de los números de la CPC correspondientes, debe inferirse que los compromisos específicos de los Estados Unidos se concibieron y han de interpretarse a la luz del documento W/120 y los números de la CPC asociados con él.

Cuando los Estados Unidos consignaron sus compromisos específicos, eran libres de rechazar con claridad el documento W/120 y los números de la CPC correspondientes. No lo hicieron. Por el contrario, indicaron expresamente a sus interlocutores comerciales que, salvo donde está específicamente señalado en su Lista, el alcance de los compromisos específicos de los Estados Unidos corresponde a los sectores comprendidos en el documento W/120.¹¹⁷ Dado que el documento W/120 define los sectores comprendidos haciendo referencia a los números de la CPC pertinentes, ello significa que, salvo donde está específicamente señalado en la Lista de los Estados Unidos, el alcance de los compromisos específicos de los Estados Unidos corresponde al alcance de los números de la CPC pertinentes (que establecen el alcance de los sectores o subsectores particulares de servicios) a los que se hace referencia en el documento W/120. Este fue y es el entendimiento común de los Miembros con respecto a los compromisos específicos contraídos por los Estados Unidos en el marco del AGCS, y debe ser respetado.

En lo que respecta más específicamente al documento W/120, el Canadá recuerda su conclusión de que dicho documento y los números de la CPC correspondientes forman parte del *contexto* que, de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena, el Grupo Especial debe tener en cuenta al interpretar los compromisos específicos contraídos por los Estados Unidos en virtud del AGCS. En opinión del Canadá, el documento W/120 (y, como consecuencia, los números de la CPC a que éste se refiere) es, por lo menos, un "instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado" de conformidad con el párrafo 2 del artículo 31 de la Convención de Viena.¹¹⁸ En efecto: i) el documento W/120 es un instrumento; ii) el documento W/120 fue elaborado por la Secretaría del GATT a solicitud y en beneficio de los participantes de la Ronda Uruguay. Fue objeto de examen y comentarios por estos países.¹¹⁹ Los participantes de la Ronda Uruguay utilizaron el documento W/120 como la referencia general para la consignación de compromisos específicos, incorporando de esa forma la nomenclatura del documento W/120 a sus Listas, salvo en los casos en que está específicamente señalado. Estos mismos países también acordaron utilizar el documento W/120 en el ESD.¹²⁰ El documento W/120 fue de hecho elaborado por los participantes de la Ronda Uruguay actuando por intermedio de la entonces Secretaría del GATT -que muy posiblemente era el único modo práctico y eficaz de trabajar concertadamente sobre un asunto tan complejo. En estas circunstancias, puede considerarse que el documento W/120 fue "formulado por las partes" en el sentido del párrafo 2 b) del artículo 31 de la Convención de Viena¹²¹; iii) el documento W/120 fue finalizado en julio de 1991 y utilizado por los participantes de la Ronda

¹¹⁷ Comunicación de los Estados Unidos de América, *Proyecto de Lista final de los Estados Unidos de América en materia de compromisos iniciales*, MTN.GNS/W/112/Rev.3, 7 de diciembre de 1993, párrafo 5.

¹¹⁸ Véase la sección IV.A del presente informe.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ ESD, párrafo 3 f) ii) del artículo 22.

¹²¹ El Canadá no sugiere de ningún modo que cualquier documento de la Secretaría, o que entrañe su participación, pueda constituir un "instrumento" o "acuerdo" de conformidad con el párrafo 2 del artículo 31 de la Convención de Viena. El Canadá alega que el documento W/120 constituye "contexto" pertinente en la interpretación de la Lista de los Estados Unidos sobre la base de las características y circunstancias específicas y únicas relativas a ese documento.

Uruguay hasta el término de las negociaciones sobre el acceso a los mercados. También se hace referencia específica a este documento en el ESD. Por consiguiente, este documento fue formulado con motivo de la concertación del AGCS, y iv) el hecho notable de que se hace referencia explícita al documento W/120 en el ESD¹²², que es uno de los Acuerdos Comerciales Multilaterales vinculantes para todos los Miembros¹²³, establece necesariamente que dicho documento fue aceptado por todos los participantes de la Ronda Uruguay como un instrumento relacionado con el AGCS y el Acuerdo sobre la OMC. Este hecho, en sí mismo, invalida la afirmación de los Estados Unidos en el sentido de que el documento W/120 es sólo parte de los antecedentes de negociación del AGCS y por lo tanto no puede constituir nada más que un medio de interpretación complementario de conformidad con el artículo 32 de la Convención de Viena.¹²⁴

En caso de que se constate que el documento W/120 y los números de la CPC correspondientes no constituyan "contexto" en el sentido del párrafo 2 del artículo 31 de la Convención de Viena, el Canadá sostiene, subsidiariamente, que constituyen, y el Grupo Especial debería remitirse a ellos de ese modo, *medios de interpretación complementarios* de la Lista de los Estados Unidos de conformidad con el artículo 32 de la Convención de Viena.¹²⁵

Por último, lo cierto es que el documento W/120 y los números de la CPC correspondientes son pertinentes y deberían ser considerados por el Grupo Especial al interpretar los compromisos específicos que figuran en la Lista de los Estados Unidos de conformidad con las reglas de interpretación aplicables establecidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena. Cuando se interpreta la Lista de los Estados Unidos de conformidad con estas reglas de interpretación, y se toman en cuenta todos los elementos que son pertinentes para determinar el sentido de los compromisos específicos de los Estados Unidos, la única conclusión razonable es que en los casos en que la Lista de los Estados Unidos refleja el documento W/120, sin apartarse clara y explícitamente de éste y de los números de la CPC correspondientes, los compromisos específicos de los Estados Unidos deben interpretarse en forma compatible con el documento W/120 y los números de la CPC correspondientes asociados con él.¹²⁶

En lo que respecta a las Directrices para la consignación en Listas de 1993 *per se*, éstas constituyen un medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena. El Canadá recuerda que no impugna el hecho de que estas Directrices no constituyen una interpretación jurídica autorizada del AGCS. De hecho, en ellas se afirma específicamente que no son una interpretación jurídica autorizada del AGCS.¹²⁷ En todo caso, la facultad de adoptar interpretaciones de los Acuerdos de la OMC, incluido el AGCS, está reservada exclusivamente a la

¹²² ESD, párrafo 3 f) ii) del artículo 22.

¹²³ *Acuerdo sobre la OMC*, párrafo 2 del artículo II.

¹²⁴ Véase la sección III.B.2 del presente informe. Ésta puede apoyar también el argumento de que el documento W/120 constituye un "acuerdo" en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 31 de la Convención de Viena.

¹²⁵ El Canadá escribió que los Estados Unidos no objetan que el documento W/120 pueda constituir un medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena (véase la primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 63). Sin embargo, los Estados Unidos simplemente pasan por alto en su argumentación la pertinencia y aplicación del documento W/120 como un medio de interpretación complementario tal de su Lista, y no tratan sus efectos en la interpretación de sus compromisos específicos en la presente diferencia.

¹²⁶ Véase la sección IV.A del presente informe.

¹²⁷ *Ibid.*

Conferencia Ministerial y al Consejo General.¹²⁸ Sin embargo, esto no viene al caso. El hecho de que las Directrices para la consignación en Listas de 1993 no consistan en interpretaciones jurídicas formales del AGCS no significa que no puedan utilizarse para aclarar el entendimiento general de los participantes de la Ronda Uruguay en lo que respecta a la consignación de compromisos específicos. Mientras que no cabe duda de que las Directrices para la consignación en Listas de 1993 no constituyen una interpretación jurídica autorizada del AGCS, tampoco cabe duda de que, de conformidad con su finalidad declarada, éstas ayudaron a todos los Miembros en la elaboración de sus Listas y en la enumeración de sus compromisos específicos. Como tales, pueden utilizarse como un elemento que confirme otras pruebas de lo que los Estados Unidos han hecho en su Lista.

En el presente caso, las Directrices para la consignación en Listas de 1993 constituyen un elemento entre otros que refuta, más que apoyar, el argumento formulado por los Estados Unidos de que el documento W/120 y los números de la CPC correspondientes no son pertinentes y deben pasarse por alto. Estas Directrices son congruentes con otros factores que demuestran que, en su Lista, los Estados Unidos adoptaron el documento W/120, y en consecuencia los números de la CPC correspondientes, salvo en los casos en que se señala explícitamente. Esos factores son los siguientes: i) la Lista de los Estados Unidos refleja en general el documento W/120; ii) en varios casos, los Estados Unidos se apartaron del documento W/120 y de los números de la CPC correspondientes de una forma clara e inequívoca, es decir, del modo sugerido por las Directrices para la consignación en Listas de 1993 (y las Directrices revisadas para la consignación en Listas de 2001); iii) al aclarar el modo en que los Miembros pueden suspender la concesiones con respecto a los sectores de servicios, el artículo 22 del ESD se basa en el documento W/120 para definir estos sectores; iv) la nota introductoria del proyecto de Listas distribuido por los Estados Unidos en la que se indica que los compromisos específicos de los Estados Unidos están consignados de conformidad con la nomenclatura del documento W/120; y v) la concordancia de la USITC. Independientemente de cuánto deseen los Estados Unidos que ocurra lo contrario, todos estos factores apuntan a la conclusión de que la Lista de los Estados Unidos sigue el documento W/120 y los números de la CPC correspondientes, excepto cuando se aparta explícitamente de ellos.

Comunidades Europeas

Como ya señalaron las Comunidades Europeas en su comunicación y declaración oral en calidad de terceros, tanto las Directrices para la consignación en Listas de 1993 (W/164) como la Clasificación Sectorial de 1991 (W/120) son documentos pertinentes a la interpretación de la Lista de compromisos específicos de los Estados Unidos. Concretamente, en opinión de las CE, estos documentos constituyen medios de interpretación complementarios de conformidad con el artículo 32 de la Convención de Viena.¹²⁹

Para que un documento sea pertinente a la interpretación de un tratado, no es necesario que se haga mención o referencia explícita de éste, o se lo reproduzca, en el texto del tratado que ha de ser interpretado. En la Convención de Viena (artículo 32) se consideran específicamente pertinentes también otros documentos. Los Estados Unidos sostienen que, dado que en su Lista no se hace

¹²⁸ *Acuerdo sobre la OMC*, párrafo 2 del artículo IX.

¹²⁹ Véase la sección IV.B del presente informe. Las Comunidades Europeas señalan que en la presente diferencia se ha hecho referencia al informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, WT/DS160/R, adoptado el 27 de julio de 2000, para apoyar la aseveración de que la Clasificación Sectorial de 1991 constituye "contexto" en el sentido del párrafo 2 del artículo 31 de la Convención de Viena. En este informe (nota 55) el Grupo Especial se refiere a informes explicativos redactados paralelamente al texto de las convenciones en el marco del Consejo de Europa. A diferencia de esos informes explicativos, que son adoptados por representantes de los miembros del Consejo de Europa, las Directrices para la consignación en Listas de 1993 no fueron objeto de adopción por las partes contratantes del GATT.

referencia expresa a los códigos de la CPC, éstos básicamente no son pertinentes para la interpretación de sus compromisos específicos. Sin embargo, si únicamente los documentos a que se hace referencia expresa fueran pertinentes a la interpretación de la disposición de un tratado, las categorías mismas de "trabajos preparatorios" y de "circunstancias de celebración" prácticamente desaparecerían. Ello significaría que determinadas normas consuetudinarias de interpretación de los tratados resultarían superfluas. Si bien ni la Clasificación Sectorial de 1991 ni las Directrices para la consignación en Listas de 1993 están concebidas como un acuerdo jurídicamente vinculante o una interpretación autorizada, proporcionan una importante orientación en cuanto al modo en que los Miembros de la OMC entendían los compromisos que estuvieron negociando. Ambos documentos han sido ampliamente mencionados y utilizados por los negociadores. Los Estados Unidos lo admiten en los proyectos de Listas que presentaron hasta la etapa final de la Ronda Uruguay.¹³⁰

México

Las Directrices para la consignación en Listas de 1993 y la Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios (documento W/120) forman parte del trabajo preparatorio del AGCS y del *Acuerdo de la OMC*. En última instancia, por lo tanto, ambos califican como "medios de interpretación complementarios", conforme al artículo 32 de la Convención de Viena. Como tales, ambos documentos pueden ser siempre utilizados para confirmar el sentido de los compromisos específicos de los Estados Unidos, como resultado de la aplicación de la regla general de interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena, o bien, para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31 deje ambiguo u oscuro dicho sentido. En consecuencia y con base en la Convención de Viena, ambos documentos tienen una importancia relevante para esta controversia en la interpretación de la Lista de compromisos específicos del AGCS de los Estados Unidos. El hecho de que la citada Lista no incluya una referencia explícita al CPC no tiene nada que ver en este tema. La pregunta relevante es, por el contrario, si las Directrices para la consignación en Listas de 1993 y el documento W/120 apoyan la conclusión de que el subsector 10.D de la Lista de compromisos específicos de los Estados Unidos incluye un compromiso sobre los servicios de juegos y apuestas.

Taipei Chino

Las Directrices para la consignación en Listas de 1993 y el documento W/120 no tienen un valor jurídico independiente en la OMC, en el sentido de que no tienen formalmente ninguna autoridad jurídica vinculante para los Miembros. De hecho, la introducción de las Directrices indica claramente que las respuestas aclaratorias contenidas en ella "no deben entenderse como una interpretación jurídica autorizada del AGCS".¹³¹ No obstante, los documentos constituyen parte de los instrumentos de interpretación de las Listas de los Miembros anexas al AGCS, excepto en los casos en que las Listas no contienen una referencia explícita a la CPC. En la medida en que los Miembros, en general, se han basado en las Directrices y en el documento W/120 para configurar sus propias Listas del AGCS y para entender las Listas de los Miembros, dichos documentos son pertinentes en los procedimientos de solución de diferencias. Con respecto al modo en que el Grupo Especial debería utilizar las Directrices para la consignación en Listas de 1993 y el documento W/120 como instrumentos interpretativos, el Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y

¹³⁰ Comunicación de los Estados Unidos de América, *Proyecto de Lista final de los Estados Unidos de América a los miembros del Grupo de Negociaciones sobre Servicios*, MTN.GNS/W/112/Rev.3, 7 de diciembre de 1993; Comunicación de los Estados Unidos de América, *Oferta condicional revisada de los Estados Unidos de América en materia de compromisos iniciales*, MTN.GNS/W/112/Rev.2, 1º de octubre de 1993; Comunicación de los Estados Unidos de América, *Lista de los Estados Unidos relativa a sus compromisos iniciales sobre el comercio de servicios*, MTN.GNS/W/112/Rev.4, 15 de diciembre de 1993; véase también la sección IV.B del presente informe.

¹³¹ Directrices para la consignación en Listas de 1993, párrafo 1.

Matsu coincide con la comunicación escrita y la declaración oral formuladas por el Canadá en calidad de tercero. El razonamiento del Órgano de Apelación en el asunto *CE - Equipo informático*¹³² en el sentido de que una lista del GATT es parte integrante del GATT de 1994 y por consiguiente está sujeta a las normas de interpretación de los tratados establecidas en la Convención de Viena es igualmente aplicable en el contexto del AGCS. Por lo tanto, las Directrices para la consignación en Listas de 1993 y el documento W/120, entre otros documentos, forman parte del contexto, de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena, que ha de ser considerado al interpretar las Listas de los Miembros anexas al AGCS, y, en el presente asunto, los compromisos específicos contraídos por los Estados Unidos en virtud del AGCS.

2. Con respecto al Documento de la USITC contenido en la Prueba documental AB-65¹³³:

- a) **¿Cuál es la naturaleza y el valor jurídico de este documento en los procedimientos de solución de diferencias de la OMC?**
- b) **¿Cómo se compara este documento con la Declaración de Acción Administrativa de los Estados Unidos?**
- c) **¿Puede una declaración de la USITC atribuirse a los Estados Unidos y ser vinculante para éstos?**
- d) **Con referencia a la pregunta anterior, sírvanse formular sus observaciones acerca de si el artículo 4 del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, anexo a la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 12 de diciembre de 2001 (A/RES/56/83), es en alguna medida pertinente. El artículo 4 dispone lo siguiente:**

"1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al Gobierno central como a una división territorial del Estado.

2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado."

Antigua y Barbuda

[a] y [c]: La USITC es un organismo del Gobierno Federal de los Estados Unidos creado por Ley del Congreso¹³⁴ y con diversas facultades y responsabilidades en virtud de varias leyes federales¹³⁵, incluida la facultad de crear leyes y reglamentos.¹³⁶ El Documento de la USITC consiste en

¹³² Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Comunidades Europeas - Equipo informático*, párrafo 84.

¹³³ La Prueba documental AB-65 es el Documento de la USITC presentado por Antigua y Barbuda, véase la sección III.B.2 del presente informe.

¹³⁴ 19 U.S.C. § 1330.

¹³⁵ Véanse, por ejemplo, 19 U.S.C. §§ 1331-1339; 19 U.S.C. § 2151.

¹³⁶ 19 U.S.C. § 1335.

"elementos explicativos" elaborados por dicho organismo en relación con la Lista de los Estados Unidos. El Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales (USAR) es también un organismo del Gobierno Federal de los Estados Unidos, creado por Ley del Congreso¹³⁷ y con diversas facultades y responsabilidades en virtud de varias leyes federales¹³⁸, incluida la facultad de crear leyes y reglamentos¹³⁹, la facultad de "utilizar, con su consentimiento, los servicios, el personal y las instalaciones de otros organismos federales"¹⁴⁰, la facultad y responsabilidad de llevar a cabo todas las negociaciones comerciales internacionales, incluido "cualquier asunto considerado bajo los auspicios de la Organización Mundial del Comercio"¹⁴¹ y, en particular, "formular (y coordinar la aplicación de) las políticas estadounidenses relativas al comercio de servicios."¹⁴² Mediante una carta de fecha 18 de abril de 1994, el Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales solicitó que la USITC asumiera la responsabilidad de compilar y mantener la Lista de los Estados Unidos, y dicho organismo lo ha hecho así desde entonces hasta el presente.¹⁴³

Tratándose de organismos del Gobierno de los Estados Unidos con responsabilidades y atribuciones específicas, las medidas adoptadas de conformidad con esas responsabilidades y atribuciones *son* actos de los Estados Unidos. Si bien el Documento de la USITC constituye una "explicación" y no específicamente una reglamentación o reglamento, según el derecho estadounidense es vinculante para el Gobierno a menos que contradiga las "leyes y reglamentos de máxima (o mayor) jerarquía (...)".¹⁴⁴ En el caso *Fiorentino v. United States*, el Tribunal de Reclamaciones de los Estados Unidos tuvo ante sí una cuestión relativa a un manual de políticas interno de un organismo que contenía términos contrarios a las leyes federales. En ese asunto, el Tribunal señaló que el "Gobierno [de los Estados Unidos] no está obligado por pronunciamientos supuestamente hechos en su nombre por personas que no tienen autoridad efectiva"¹⁴⁵ pero en el caso de las publicaciones "informales" es necesario examinar la publicación para "ver si realmente fue escrita para sujetar al Gobierno a consecuencias jurídicas".¹⁴⁶ Según este criterio, el lenguaje liso y llano del Documento de la USITC demuestra que fue concebido para "facilitar la comparación de la Lista de los Estados Unidos con listas extranjeras (...) así como para "[demostrar] las relaciones entre los sectores que figuran en la Lista de los Estados Unidos, los sectores identificados en la Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios elaborada por la Secretaría del GATT, y los sectores definidos y numerados en la Clasificación Central Provisional de Productos (CPC) de las Naciones Unidas". Como tal, no puede discutirse que el Documento de la USITC sirve como una ayuda

¹³⁷ 19 U.S.C. § 2171(a).

¹³⁸ Véanse, por ejemplo, 19 U.S.C. §§ 2171(c)-(f).

¹³⁹ 19 U.S.C. § 2171(e)(3).

¹⁴⁰ 19 U.S.C. § 2171(e)(4).

¹⁴¹ 19 U.S.C. § 2171(c)(1)(C).

¹⁴² 19 U.S.C. § 2114(c)(1)(A).

¹⁴³ En el período comprendido entre 1994 y diciembre de 2003, la USITC ha mantenido, revisado, modificado o complementado la Lista de los Estados Unidos en al menos tres ocasiones.

¹⁴⁴ *Fiorentino v. United States*, 607 F.2d 963, 968 (Ct. Cl. 1979), *cert. denied*, 444 U.S. 1083 (1980).

¹⁴⁵ *Ibid.*, 967.

¹⁴⁶ *Ibid.*, 968.

interpretativa de la Lista de los Estados Unidos, y, en su carácter de pronunciamiento oficial de un organismo del Gobierno de los Estados Unidos con la potestad de ejercer facultades con respecto a las relaciones de los Estados Unidos con la OMC, esta declaración tiene un valor significativo en el presente procedimiento.¹⁴⁷

Según los principios generales del derecho internacional, el Documento de la USITC, elaborado en nombre de los Estados Unidos por un órgano del Gobierno con facultades expresamente delegadas para actuar en esta esfera, es vinculante para los Estados Unidos. A solicitud del Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales, la USITC ha asumido la responsabilidad de "mantener" la Lista de los Estados Unidos.¹⁴⁸ En el Documento de la USITC, un documento público claramente concebido para explicar la Lista de los Estados Unidos a todo el mundo, la USITC ha indicado que el subsector 10.D de la Lista de los Estados Unidos corresponde a la categoría 964 de la CPC. Los Estados Unidos no se han opuesto a la interpretación de la USITC hasta el planteamiento de la presente diferencia. Es una norma fundamental del derecho internacional que un Estado parte en un tratado tiene el derecho de designar un órgano u órganos de su gobierno que sea responsable de ejercer las funciones que le corresponden en el marco de ese tratado.¹⁴⁹ Algunos tratados lo estipulan expresamente.¹⁵⁰ Otros se basan implícitamente en esta norma.¹⁵¹ El Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales designó a la USITC para: "[I]niciar un programa permanente para compilar y mantener la Lista oficial de compromisos de los Estados Unidos en materia de servicios."¹⁵² Ello conlleva (sin cursivas en el original): "[L]a compilación de una Lista inicial de los Estados Unidos que refleje los compromisos definitivos en materia de servicios contraídos en el marco de la Ronda Uruguay."¹⁵³

Al "mantener", "compilar" y "explicar" la Lista de los Estados Unidos, la USITC estuvo actuando en nombre de los Estados Unidos y asumiendo su responsabilidad de conformidad con el derecho internacional. Por consiguiente, al interpretar la Lista de los Estados Unidos de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional, las declaraciones de la USITC con respecto al significado de sus disposiciones son de importancia fundamental. Además de la jurisprudencia en el

¹⁴⁷ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, párrafo 7.112, en el que el Grupo Especial afirmó con respecto a la Declaración de Acción Administrativa de los Estados Unidos que "Esta declaración oficial hecha en la DAA (...) constituye un importante elemento de nuestra conclusión (...)."

¹⁴⁸ Documento de la USITC, página vii y nota 6 y carta del Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales a la USITC (18 de abril de 1994).

¹⁴⁹ McNair, *The Law of Treaties* (Clarendon Press, 1961), página 345.

¹⁵⁰ Véase, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 25 del Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, de 1965.

¹⁵¹ Los tratados bilaterales sobre inversiones, por ejemplo, prevén normas de trato que se aplicarán a las inversiones incorporadas, entre otras cosas, a "contratos de concesión" o a "acuerdos de inversión". Un vez concertados tales contratos o acuerdos en algún nivel del gobierno, el Estado parte estará obligado a cumplir las normas del tratado con respecto a las inversiones incorporadas a esos contratos o acuerdos (véanse, por ejemplo, *Azurix Corp. v. Argentine Republic* (ICSID Case N° ARB/01/12); y *Lanco International Inc. v. Argentine Republic* (ICSID Case N° ARB/97/6)).

¹⁵² Carta del Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales a la USITC (18 de abril de 1994).

¹⁵³ *Ibid.*

marco del derecho de la OMC¹⁵⁴, otras normas del derecho internacional también apoyan esta conclusión, en particular: i) la interpretación de los tratados a la luz de la práctica ulterior en la aplicación del tratado; ii) el principio de derecho internacional de preclusión; y iii) el concepto de derecho internacional de la declaración unilateral vinculante.

El Documento de la USITC es una práctica ulterior sumamente pertinente. Es una norma fundamental del derecho internacional que, siempre que haya dudas en cuanto al sentido de una disposición o expresión contenida en un tratado, el comportamiento pertinente de las partes contratantes en la aplicación del tratado tiene un "valor sumamente probatorio" respecto de la intención de las partes en el momento de su concertación.¹⁵⁵ La Corte Permanente de Justicia Internacional ha aplicado esta norma ampliamente.¹⁵⁶ También ha aplicado esta norma la Corte Internacional de Justicia, incluso antes de la Convención de Viena, en su Opinión Consultiva sobre el *Estatuto Internacional del África Sudoccidental*¹⁵⁷ ("*Advisory Opinion on the International Status of South-West Africa*"), donde la Corte declaró lo siguiente: "[L]as interpretaciones de los instrumentos jurídicos por las partes en ellos, si bien no son concluyentes en cuanto al significado, tienen un considerable valor probatorio cuando contienen el reconocimiento por una parte de sus propias obligaciones en virtud de un instrumento." Esta conclusión es compatible con el párrafo 3 b) del artículo 31 de la Convención de Viena que prevé que, al interpretar un tratado, debe tenerse en cuenta "toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado".

Este enfoque debería ser particularmente pertinente a la interpretación de un texto como las Listas establecidas en virtud del AGCS, que tiene su origen en sólo una de las partes contratantes.¹⁵⁸ Además, debería darse un crédito especial a la práctica ulterior de órganos del Estado a los que, como a la USITC en este caso, se ha otorgado una función específica en relación con la obligación del tratado en cuestión.¹⁵⁹ En el Documento de la USITC, ésta explicó cómo la Lista de los Estados Unidos se corresponde con la CPC. Ningún otro organismo, órgano o funcionario de los Estados Unidos ha adoptado una opinión diferente antes del advenimiento del presente procedimiento y

¹⁵⁴ Véase el análisis contenido en la nota 147, *supra*.

¹⁵⁵ McNair, *The Law of Treaties*, página 424. Análogamente, Rousseau observó lo siguiente:

"Il arrive assez fréquemment que la jurisprudence internationale procède à l'interprétation d'un traité d'après l'application qui en a été faite par les Parties contractantes, cette attitude relevant l'interprétation qui en fait a été effectivement suivie par les auteurs du traité" (*Principes Généraux du Droit International Public* (1944), páginas 704-707).

¹⁵⁶ Véanse, por ejemplo, *Advisory Opinion on the Competence of the International Labour Organization with respect to Agricultural Labour* (1922), serie B, N^{os} 2 y 3, páginas 40 y 41; *Advisory Opinion on the Interpretation of Article 3(2) of the Treaty of Lausanne* (1925), serie B, N^o 12, página 24; y *Advisory Opinion on the Jurisdiction of the Courts of Danzig* (1928), serie B, N^o 15, página 18.

¹⁵⁷ *I.C.J. Reports*, páginas 128 y 135.

¹⁵⁸ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Comunidades Europeas - Equipo informático*, párrafo 93: "En el caso concreto de la interpretación de una concesión arancelaria consignada en una Lista, puede de hecho ser muy importante la práctica del Miembro importador en materia de clasificación."

¹⁵⁹ Este enfoque fue apoyado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, que afirmó lo siguiente: "...el significado atribuido a las disposiciones de tratados por los organismos gubernamentales encargados de su negociación y aplicación merece una gran consideración" (*Sumitomo Shoji America, Inc. v. Avagliano*, 457 U.S. 176, 184-5 (1982), 101 ILR 570, páginas 576-7, que cita el caso *Kolovrat v. Oregon*, 366 U.S. 187, 194 (1961), 32 ILR 203, página 207).

ningún Miembro de la OMC ha objetado la interpretación de la USITC. Esta ausencia de protesta indica que los Miembros de la OMC, y Antigua y Barbuda en particular, han aceptado la interpretación de la USITC.¹⁶⁰

Otro apoyo al carácter vinculante de la interpretación de la USITC de la Lista de los Estados Unidos puede encontrarse en el principio de derecho internacional de preclusión. La doctrina de la preclusión ha sido reconocida y aplicada en muchos contextos por las cortes y tribunales internacionales.¹⁶¹ Los Estados Unidos, a través de la USITC, han declarado sistemáticamente que el subsector 10.D de la Lista de los Estados Unidos corresponde a la categoría 964 de la CPC. Lo han hecho así mediante un documento público concebido para aclarar las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del AGCS. La principal función de la USITC en la compilación y mantenimiento de la Lista "oficial" de los Estados Unidos indica la intención de los Estados Unidos de que deberían estar obligados por la declaración de la USITC. El comercio de servicios de juegos de azar y apuestas ha tenido lugar efectivamente de Antigua y Barbuda a los Estados Unidos en forma compatible con la interpretación de la USITC. Por consiguiente, se ha planteado una preclusión vinculante en virtud del derecho internacional que impide a los Estados Unidos abandonar unilateralmente la interpretación pública realizada por la USITC en detrimento de otros Miembros de la OMC que puedan haberse basado en esa interpretación.

Se sostiene además que el Documento de la USITC constituye una declaración unilateral de los Estados Unidos en el sentido de que el subsector 10.D de la Lista de los Estados Unidos corresponde a la categoría 964 de la CPC que es vinculante para los Estados Unidos y compromete su responsabilidad. Como tal, crea derechos exigibles para otros Miembros de la OMC. En el caso *pruebas nucleares*¹⁶², la Corte Internacional de Justicia llegó a la conclusión de que las declaraciones formuladas por el Gobierno francés, concebidas para que otros Estados se basaran en ellas como una expresión del futuro comportamiento francés, constituían un compromiso con efectos jurídicos. Como tales, eran vinculantes para Francia y comprometían su responsabilidad.¹⁶³ Análogamente, en

¹⁶⁰ Véase *Case Concerning the Territorial Dispute (Libya/Chad)*, I.C.J. Reports 1994, sentencia de 13 de febrero de 1994, *separate opinion of Judge Ajibola*, párrafo 96. McNair sostuvo que "cuando una parte en algún documento público ... adopta un significado particular, pueden plantearse circunstancias, en particular tras el transcurso de tiempo sin protesta de la otra parte, en las cuales esa prueba influirá en el tribunal". (*The Law of Treaties*, página 427).

¹⁶¹ Véase, por ejemplo, *the Eastern Greenland case*, P.C.I.J. (1933), series A/B, N° 53, páginas 22 y 68, en el que la Corte Permanente de Justicia Internacional constató que Noruega no podía objetar la alegación danesa de soberanía sobre Groenlandia porque el Ministro de Relaciones Exteriores de Noruega había hecho anteriormente una declaración coherente con la alegación danesa. Véanse también *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, I.C.J. Reports 1962, página 6; *El Salvador-Honduras Land, Island and Maritime Frontier*, I.C.J. Reports 1990, páginas 92, 118; *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, I.C.J. Reports 1997, página 7 (*separate opinion of Judge Weeramantry*, páginas 88, 115-6); *the Cameroon v. Nigeria (Preliminary Objections) case*, I.C.J. Reports 1998, páginas 275, 303; *Amco Asia Corporation and Others v. The Republic of Indonesia (Rectification)*, ICSID Case N° ARB/81/1 (*resubmitted case*), 89 ILR 366, páginas 400-401, en el que este concepto se describe como basado en el requisito fundamental de la buena fe, en el análisis general de la doctrina de derecho internacional de la preclusión (estoppel) por el juez Ajibola en *Case Concerning the Territorial Dispute (Libya/Chad)*, I.C.J. Reports 1994, Judgment of 13 February 1994, páginas 77-83.

¹⁶² I.C.J. Reports 1994, páginas 253, 267; párrafos 43 y 46 (*Australia v. France*) y páginas 457, 472-473; párrafos 46 y 49 (*New Zealand v. France*).

¹⁶³ Sobre la cuestión de las declaraciones unilaterales vinculantes en virtud del derecho internacional, véanse también: *Case Concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, I.C.J. Reports 1986, páginas 554, 573-4; y *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Jurisdiction and Admissibility*, I.C.J. Reports 1984, páginas 392, 418.

el asunto presente, la afirmación de la USITC constituye una declaración unilateral vinculante en la cual otros Miembros de la OMC tienen derecho a depositar confianza.

Antigua y Barbuda llega a la conclusión de que, considerando la función de la USITC como el organismo del Gobierno de los Estados Unidos facultado responsable de la compilación y mantenimiento de la Lista de los Estados Unidos, la coherencia de su interpretación¹⁶⁴, la falta de interpretaciones o declaraciones incompatibles de cualquier otro organismo del Gobierno de los Estados Unidos y la ausencia de cualquier protesta por parte de otros Miembros de la OMC, el Documento de la USITC representa una interpretación autorizada por el Gobierno de los Estados Unidos de la Lista de los Estados Unidos de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional consuetudinario y con el artículo 31 de la Convención de Viena. Esa interpretación es vinculante para los Estados Unidos y compromete su responsabilidad. El Documento de la USITC también incluye una declaración unilateral vinculante en la cual otros Miembros de la OMC tienen derecho a basarse. Los Estados Unidos no pueden, en sus relaciones con los Miembros de la OMC, adoptar a partir de ahora una interpretación de la Lista de los Estados Unidos incompatible con la de la USITC.

[b]: Antigua y Barbuda supone que la pregunta del Grupo Especial se refiere a la Declaración de Acción Administrativa ("DAA") que acompaña la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay (URAA).¹⁶⁵ De conformidad con la URAA, la DAA constituye "una manifestación autorizada de los Estados Unidos con respecto a la interpretación y aplicación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay y [la *Ley sobre los Acuerdos de la Ronda Uruguay*] en cualquier procedimiento judicial en que se plantee una cuestión con respecto a esa interpretación o aplicación".¹⁶⁶ Según la DAA misma:

... esta Declaración representa una expresión autorizada por parte de la Administración de sus opiniones acerca de la interpretación y aplicación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay a los fines, tanto de las obligaciones internacionales de los Estados Unidos como de su legislación interna. El Gobierno entiende que el Congreso espera que los futuros gobiernos observen y apliquen las interpretaciones y compromisos formulados en esta Declaración. Además, dado que esta Declaración va a ser aprobada por el Congreso en el momento en que implemente los Acuerdos de la Ronda Uruguay, las interpretaciones de esos Acuerdos incluidas en esta Declaración comportan particular autoridad.¹⁶⁷

Por consiguiente, la DAA es vinculante en virtud del derecho internacional porque afirma explícitamente que es "una expresión autorizada" de las opiniones de los Estados Unidos "a efectos de las obligaciones internacionales de los Estados Unidos". Sin embargo, una declaración tan explícita no es un requisito para que una interpretación pase a ser vinculante para un país en virtud del derecho internacional.¹⁶⁸ De hecho, los países raramente formularán declaraciones tan explícitas, e incluso

¹⁶⁴ La USITC reiteró su interpretación en agosto de 1998, cuando publicó una segunda edición del Documento de la USITC.

¹⁶⁵ H.R. 5110, H.R. documento 316, volumen 1, 103º Congreso, Segundo período de sesiones, 656 (1994).

¹⁶⁶ 19 U.S.C. § 3512 d).

¹⁶⁷ DAA, página 656.

¹⁶⁸ Véanse, por ejemplo, *Advisory Opinion on the International Status of South-West Africa* (I.C.J. Reports 1950, páginas 128, 135), citada *supra*; y *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, I.C.J. Reports 1962, página 6.

la DAA se elaboró en primer lugar como una guía para la interpretación de la legislación interna¹⁶⁹ y ha sido utilizada principalmente, si no exclusivamente, a esos efectos por el Órgano de Apelación y varios Grupos Especiales de la OMC.¹⁷⁰ La DAA afirma explícitamente que fue "concebida para describir *modificaciones* de las leyes y reglamentos estadounidenses propuestos para aplicar los Acuerdos de la Ronda Uruguay." (las cursivas figuran en el original).¹⁷¹ Antes de hacerlo, "resume brevemente las disposiciones más importantes de los [Acuerdos de la OMC]".¹⁷²

Sin embargo, la concordancia de las clasificaciones de las ramas de producción contenidas en el Documento de la USITC se relaciona exclusivamente con la explicación y aclaración de las obligaciones internacionales contraídas por los Estados Unidos en su Lista:

Para facilitar la comparación de la Lista de los Estados Unidos con listas extranjeras, la USITC ha elaborado una concordancia que demuestra las relaciones entre los sectores contenidos en la Lista de los Estados Unidos, los sectores identificados en [W/120] y los sectores definidos y numerados en la [CPC].

La concordancia elaborada por la USITC aclara el modo en que se corresponden los sectores de servicios a que se hace referencia en [W/120], el sistema de la CPC y la Lista de los Estados Unidos.¹⁷³

A este respecto, Antigua y Barbuda sostiene que el Documento de la USITC tiene un valor interpretativo aun mayor que la DAA.

[d]: El proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional es pertinente a la cuestión de si una declaración de la USITC se puede o no atribuir, y obligar, a los Estados Unidos.¹⁷⁴ Dicho proyecto confirma con claridad, en relación a un contexto específico, las conclusiones alcanzadas *supra* en relación a los apartados a) y c) de la pregunta 2. El proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional se relaciona con las premisas para establecer la responsabilidad de los Estados por sus actos internacionalmente ilícitos. No se relaciona con la responsabilidad por comportamientos que no constituyen una infracción internacional. Sin embargo, aunque representa un intento de codificar una rama del derecho de responsabilidad del Estado, muchos de los principios mencionados son de aplicación más amplia. El Capítulo II de la Parte Primera del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional, titulado "Atribución de un comportamiento al Estado" que

¹⁶⁹ Véase también el informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, párrafo 7.114.

¹⁷⁰ Véanse, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Examen por extinción: acero resistente a la corrosión*; el informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Limitaciones de las exportaciones*; y el informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*.

¹⁷¹ DAA, página 657.

¹⁷² *Ibid.*, página 656.

¹⁷³ Documento de la USITC, página viii.

¹⁷⁴ La Comisión de Derecho Internacional es un órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Aunque los proyectos de artículos de la CDI no tienen carácter vinculante *per se* en virtud del derecho internacional, reflejan el acuerdo alcanzado por los principales especialistas en derecho internacional a partir de una variedad de antecedentes políticos y regionales. Dado el mandato de la CIJ relativo a codificar el derecho internacional, el proyecto de artículos de la CDI constituye, pues, una prueba importante del derecho internacional consuetudinario.

incluye el artículo 4, refleja los principios generales del derecho internacional que pueden ser objeto de transposición y aplicación al presente contexto. El artículo 4 del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional se relaciona con la imputabilidad del comportamiento de los órganos del Estado. Refleja la norma del derecho internacional consuetudinario¹⁷⁵ de que un Estado soberano es responsable del comportamiento de todos sus órganos estatales, actuando en calidad de tales, como parte del principio de unidad del Estado en el derecho internacional. La referencia a un órgano del Estado en el artículo 4 es sumamente amplia, y se extiende más allá de los órganos del Gobierno central a toda clase de órgano del Estado, cualesquiera sean sus funciones, posición o carácter y cualquiera sea su nivel en la jerarquía del Estado. Por consiguiente, el comportamiento de cualquier órgano del Estado puede originar responsabilidad del Estado y en esta medida puede vincular al Estado a las consecuencias que se deriven de él. Al Aplicar al presente caso estas declaraciones generales sobre las normas relativas a la responsabilidad del Estado y a la imputación de comportamientos al Estado, la USITC es un órgano de los Estados Unidos encargado de, entre otras cosas, la compilación y mantenimiento de la Lista de los Estados Unidos. Por lo tanto, sus declaraciones sobre la interpretación de la Lista de los Estados Unidos representan actos llevados a cabo en su condición de órgano de los Estados Unidos y en relación con los cuales puede considerarse responsables a los Estados Unidos en virtud del derecho internacional.¹⁷⁶

Estados Unidos

El documento en cuestión es un texto meramente "explicativo" elaborado por un organismo independiente sin autoridad para negociar o interpretar acuerdos en nombre de los Estados Unidos.¹⁷⁷ En el documento se afirma que: "[p]ara facilitar la comparación de la Lista de los Estados Unidos con listas extranjeras, la USITC ha elaborado una concordancia ...". Ello no indica que la USITC pretendiera publicar una interpretación.

[a]: Antigua y Barbuda parece afirmar que el Documento de la USITC representa una "práctica ulterioresmente seguida" en el sentido del párrafo 3 b) del artículo 31 de la Convención de Viena.¹⁷⁸ Antigua y Barbuda se equivoca. El Órgano de Apelación se ha referido a esa "práctica ulterioresmente seguida" como una "pauta discernible de actos o pronunciamientos que implique un acuerdo entre los

¹⁷⁵ *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights (Diferencia relativa a la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos)*, 121 ILR 405, página 432, párrafo 62, en referencia al artículo 6 de la versión anterior del proyecto de artículos de la CDI, actualmente el artículo 4.

¹⁷⁶ Antigua y Barbuda afirma que a los efectos del proyecto de artículos de la CDI, aun si la USITC no fuese un órgano de los Estados Unidos, sus declaraciones relativas a la interpretación de la Lista de los Estados Unidos todavía serían atribuibles a los Estados Unidos en virtud del artículo 5 del proyecto de artículos. El artículo 5 se ocupa del comportamiento de los órganos que no son órganos del Estado según el artículo 4, pero que no obstante están facultados para ejercer atribuciones del poder público. La USITC ha sido autorizada expresamente por el Gobierno Federal de los Estados Unidos para compilar y mantener la Lista de los Estados Unidos. Esa función entraña claramente el ejercicio de una facultad del poder público en relación con las obligaciones contraídas por los Estados Unidos en el marco de la OMC. Las declaraciones de la USITC sobre la interpretación que ha de darse a la Lista de los Estados Unidos fueron efectuadas en esa condición y, por tanto, serían atribuibles a los Estados Unidos y vinculantes para ellos en virtud del artículo 5 aun si la USITC no fuese un órgano de los Estados Unidos.

¹⁷⁷ La USITC es un organismo cuasijudicial independiente que administra las leyes sobre medidas comerciales correctivas de los Estados Unidos de conformidad con su mandato y también proporciona información y asesoramiento no vinculante e independiente al Presidente y al Congreso sobre cuestiones relativas a los aranceles aduaneros y el comercio.

¹⁷⁸ Los Estados Unidos lo infieren de la referencia hecha por Antigua y Barbuda al documento bajo el epígrafe "práctica en la aplicación del tratado". Véase la sección III.B.2 del presente informe.

Miembros de la OMC".¹⁷⁹ Los materiales claramente explicativos elaborados unilateralmente por un solo órgano independiente de uno de los Miembros no constituyen tal pauta, y por consiguiente no tienen un valor particular en virtud de las normas internacionales consuetudinarias de interpretación de los tratados reflejadas en la Convención de Viena.

[b]: La DAA de la URAA fue elaborada y presentada con la URAA. La función de esta DAA se establece en su preámbulo, en los siguientes términos:

Esta declaración describe importantes acciones administrativas propuestas para implementar los Acuerdos de la Ronda Uruguay. Además, hay otras dos declaraciones incorporadas a dicha Declaración que son exigidas con arreglo al artículo 1103: 1) una explicación de cómo el proyecto de ley a efectos de la implementación y la acción administrativa propuesta modificarán o afectarán a la legislación existente; y 2) una declaración que establece las razones por las cuales el proyecto de ley mencionado y la acción administrativa propuesta son necesarias o apropiadas para llevar adelante los Acuerdos de la Ronda Uruguay.

Como otras declaraciones de acción administrativa anteriores presentadas al Congreso en relación con proyectos de leyes comerciales "por vía rápida", esta Declaración representa una expresión autorizada por parte de la Administración de sus opiniones acerca de la interpretación y aplicación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay a los fines, tanto de las obligaciones internacionales de los Estados Unidos como de su legislación interna. El Gobierno entiende que el Congreso espera que los futuros gobiernos observen y apliquen las interpretaciones y compromisos formulados en esta Declaración. Además, dado que esta Declaración va a ser aprobada por el Congreso en el momento en que implemente los Acuerdos de la Ronda Uruguay, las interpretaciones de esos Acuerdos incluidas en esta Declaración comportan particular autoridad.

La DAA es un tipo de antecedente legislativo. En los Estados Unidos, los antecedentes legislativos se consideran con frecuencia a los efectos de determinar el sentido de una ley, pero no pueden modificar o anular el sentido de la ley a la que se refieren. Dan una orientación interpretativa autorizada con respecto a la ley. Sin embargo, el valor concedido a la DAA en el sistema estadounidense reside únicamente en su autoridad interpretativa con respecto a la ley.

En cambio, el documento "explicativo" de la USITC, prefacio del ejemplar de la Lista de compromisos específicos de los Estados Unidos mantenido por la USITC, se elaboró únicamente "para facilitar la comparación" al lector. No es ni pretende ser de ningún modo vinculante o autorizado en términos del derecho estadounidense. Tampoco ha sido aprobado por el Congreso. Además, los Estados Unidos señalan que facilitar la "comparación" con otros documentos no implica de ningún modo identidad de sentido entre la Lista de los Estados Unidos y dichos otros documentos.

[c]: Las declaraciones de la USITC no pueden obligar a los Estados Unidos con respecto a la interpretación de un tratado multilateral. Es importante observar que de lo que aquí se trata es de la interpretación de un término de un Anexo del AGCS, no del sentido de una ley estadounidense o de la condición jurídica de la USITC. Ni los Estados Unidos (a través de la USITC o por otra vía) ni ningún Miembro pueden adoptar unilateralmente interpretaciones multilateralmente vinculantes de un término del AGCS, ni de ningún otro Acuerdo de la OMC.

¹⁷⁹ Véase el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Chile - Sistema de bandas de precios*, párrafo 214.

[d]: Los Estados Unidos no consideran que el artículo 4 del proyecto de artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos tenga alguna pertinencia en la interpretación de la Lista de los Estados Unidos, el objeto de la presente diferencia. En primer lugar, los Estados Unidos señalan que no es una "norma usual de interpretación del derecho internacional" en el sentido del párrafo 2 del artículo 3 del ESD. En segundo lugar, el artículo en cuestión es en todo caso inaplicable porque la USITC no pretende interpretar la Lista de los Estados Unidos.

Canadá

[a]: Los Estados Unidos afirman que el Documento de la USITC no tiene significación jurídica dado que la finalidad explícita de la concordancia que figura en el documento es únicamente "facilitar la comparación de la Lista de los Estados Unidos con listas de otros países".¹⁸⁰ Esta declaración es fácticamente incompleta y jurídicamente incorrecta. La parte pertinente del Documento de la USITC dice lo siguiente:

Para facilitar la comparación de la Lista de los Estados Unidos con listas extranjeras, la USITC ha elaborado una concordancia que demuestra las relaciones entre los sectores que figuran en la Lista de los Estados Unidos, los sectores identificados en la Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios elaborada por la Secretaría del GATT, y los sectores definidos y numerados en la Clasificación Central Provisional de Productos (CPC) de las Naciones Unidas. Para elaborar las listas nacionales, se solicitó a los países que identificaran y definieran sectores y subsectores de conformidad con la lista de la Secretaría del GATT [el documento W/120], que enumera sectores y sus respectivos números de la CPC. Por consiguiente, las listas extranjeras frecuentemente contienen referencias explícitas a los números de la CPC. La Lista de los Estados Unidos no contiene referencias explícitas a los números de la CPC, pero se corresponde estrechamente con la lista de la Secretaría del GATT.

La concordancia elaborada por la USITC aclara cómo se corresponden los sectores de servicios mencionados en la lista de la Secretaría del GATT, el sistema de la CPC, y la Lista de los Estados Unidos. [...]¹⁸¹

Una declaración como ésta, formulada por un organismo federal de los Estados Unidos que "[a] solicitud de la Oficina del Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales [...] asumió la responsabilidad de mantener y actualizar, de ser necesario, la [Lista de los Estados Unidos]"¹⁸², tiene valor probatorio y es un factor que confirma otras pruebas de que existe una correspondencia estrecha entre los compromisos específicos de los Estados Unidos, el documento W/120 y las claves numéricas de la CPC a que éste se refiere.

En el asunto *Chile - Bebidas alcohólicas*, el Grupo Especial constató que las declaraciones formuladas por un gobierno en contra de los intereses de la OMC tienen suma eficacia probatoria.¹⁸³ El Documento de la USITC es una declaración de esa índole en la medida en que, en la presente diferencia, los Estados Unidos adoptan la posición de que no hay una correspondencia estrecha entre sus compromisos específicos, el documento W/120 y los números de la CPC a que éste se refiere.

¹⁸⁰ Véase la sección III.B.2 del presente informe.

¹⁸¹ Documento de la USITC, página viii.

¹⁸² *Ibid.*, página vii.

¹⁸³ Informe del Grupo Especial sobre el asunto *Chile - Bebidas alcohólicas*, párrafo 7.119.

[b]: La conclusión a que se llega en el punto [a] *supra* no está afectada por el hecho de que, a diferencia de la Declaración de Acción Administrativa de los Estados Unidos, el Documento de la USITC no afirma específicamente que representa una expresión "autorizada" del Gobierno de los Estados Unidos de sus opiniones acerca de la interpretación y aplicación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay.¹⁸⁴ El valor probatorio de una declaración formulada por un órgano de un Estado (Miembro) debe evaluarse caso por caso. Este valor puede depender, por ejemplo, de la identidad del órgano que formula la declaración y de la naturaleza y circunstancias de esa declaración.

En el presente asunto, el órgano de los Estados Unidos que hizo pronunciamientos relativos a la estructura y contenido de la Lista de los Estados Unidos no es un órgano cualquiera. Es el organismo federal de los Estados Unidos que, a solicitud de la Oficina del Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales, asumió la responsabilidad de mantener y actualizar, de ser necesario, la Lista de los Estados Unidos.¹⁸⁵ La naturaleza de los pronunciamientos, y las circunstancias de su formulación, son también formales, explícitas e inequívocas. En las circunstancias de este caso, el Canadá es de la opinión de que el Documento de la USITC puede legítimamente considerarse probatorio de la interpretación de los Estados Unidos de su propia Lista en el marco del AGCS. Ese documento (concordancia) quita fuerza a cualquier argumento formulado por los Estados Unidos en el sentido de que su propia Lista no tiene absolutamente ninguna relación con el documento W/120 y los números de la CPC correspondientes, y, por consiguiente, que estos últimos deben ignorarse o considerarse no pertinentes al determinar el sentido de los compromisos específicos contraídos por los Estados Unidos. En lugar de apoyar la posición de los Estados Unidos, el Documento de la USITC confirma otras pruebas de que existe una correspondencia estrecha entre los compromisos específicos de los Estados Unidos, el documento W/120 y los números de la CPC a que éste se refiere.

[c]: Como se indica *supra*, en las circunstancias del presente asunto, el pronunciamiento de la USITC puede atribuirse legítimamente a los Estados Unidos, y, por consiguiente, considerarse como prueba de la interpretación de los Estados Unidos de su propia Lista en el marco del AGCS. Tiene valor probatorio por el hecho de que es una declaración de los Estados Unidos contraria a la posición adoptada por este país en el presente asunto. Es un elemento creíble entre otros que socava y refuta la posición defendida por los Estados Unidos en el presente asunto. Es una declaración unilateral de los Estados Unidos formulada espontáneamente, y puede utilizarse "a los efectos de aclarar una cuestión de hecho controvertida", a saber, la intención de los Estados Unidos de adoptar y mantener una Lista que se corresponda estrechamente con el documento W/120 y los números de la CPC correspondientes.¹⁸⁶

¹⁸⁴ La Declaración de Acción Administrativa de los Estados Unidos dice lo siguiente: Como otras declaraciones de acción administrativa anteriores presentadas al Congreso en relación con proyectos de leyes comerciales "por vía rápida", esta Declaración representa una expresión autorizada por parte de la Administración de sus opiniones acerca de la interpretación y aplicación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay a los fines, tanto de las obligaciones internacionales de los Estados Unidos como de su legislación interna. El Gobierno entiende que el Congreso espera que los futuros gobiernos observen y apliquen las interpretaciones y compromisos formulados en esta Declaración. Además, dado que esta Declaración va a ser aprobada por el Congreso en el momento en que implemente los Acuerdos de la Ronda Uruguay, las interpretaciones de esos Acuerdos incluidas en esta Declaración comportan particular autoridad. *Statement of Administrative Action*, H.R. 5110, H.R. documento 316, volumen 1, 103ª Legislatura, Segundo período de sesiones, 1994, página 656. Véase el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Limitaciones de las exportaciones*, párrafos 8.93-8.100, en el que se otorgó valor interpretativo a la Declaración de Acción Administrativa de los Estados Unidos.

¹⁸⁵ Documento de la USITC, página vii.

¹⁸⁶ Véase *Anglo-Iranian Oil Co. Case*, 1952 ICJ 93, página 107.

[d]: El Canadá señala que la atribución, en este caso, del Documento de la USITC a los Estados Unidos está en conformidad con el cuarto de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado¹⁸⁷, que expresa el conocido principio general de derecho internacional de la unidad del Estado en el derecho internacional.¹⁸⁸ En el artículo 27 de la Convención de Viena figura otra expresión de ese principio de la unidad del Estado en el derecho internacional. Ese principio también encuentra su expresión en el mismo AGCS, por cuanto las medidas de un Miembro que están sujetas al AGCS son las medidas adoptadas por gobiernos y autoridades centrales, regionales o locales, así como las instituciones no gubernamentales en ejercicio de facultades en ellas delegadas por gobiernos o autoridades centrales, regionales o locales¹⁸⁹, y abarca cualquier medida adoptada por dichos gobiernos o autoridades, ya sea en forma de ley, reglamento, regla, procedimiento, decisión o disposición administrativa, o en cualquier otra forma.¹⁹⁰ Así como una medida de la USITC puede ser una medida por la cual son responsables los Estados Unidos en virtud del AGCS, un pronunciamiento de la USITC, tal como el efectuado en el documento que contiene la concordancia, puede atribuirse a los Estados Unidos al considerar las obligaciones de este país en virtud del AGCS.

Comunidades Europeas

[a]: El Documento de la USITC contenido en la Prueba documental AB-65 es un documento de un Miembro de la OMC -los Estados Unidos- que da indicaciones sobre el contenido de sus Listas de compromisos específicos en comparación con el documento W/120 y la CPC. La posibilidad de atribuir este documento a los Estados Unidos en su calidad de Miembro de la OMC está fuera de dudas, como se expone *infra*, en la respuesta a la pregunta 2 c). El Documento de la USITC contenido en dicha prueba tiene que considerarse conjuntamente con otros documentos publicados por diferentes autoridades de los Estados Unidos durante la Ronda Uruguay y después, y que abordan la cuestión de las Listas anexas al AGCS. Estos documentos incluyen, en primer lugar, las diversas versiones de la Lista de los Estados Unidos presentadas por este país en la fase final de la Ronda Uruguay, mencionadas *supra*, en la respuesta a la pregunta 1. Incluyen además otros documentos mencionados por las Comunidades Europeas en la sesión destinada a terceros de la primera reunión sustantiva del Grupo Especial con las partes. Estos documentos son la versión de 1998 del documento

¹⁸⁷ El proyecto de artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos fue adoptado por la Comisión de Derecho Internacional el 9 de agosto de 2001. La Asamblea General de las Naciones Unidas ha tomado nota del proyecto de artículos adoptado por la Comisión de Derecho Internacional: Resolución adoptada el 12 de diciembre de 2001 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/56/83, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

¹⁸⁸ Véanse ejemplos en los que se ha hecho referencia a los artículos sobre la responsabilidad del Estado para una orientación interpretativa adicional en: informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Tubos*, párrafos 259-262; informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Hilados de algodón*, párrafo 120; *Estados Unidos - EVE (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafos 5.58-5.60; *Brasil - Aeronaves (párrafo 6 del artículo 22 - Brasil)*, párrafo 3.44. Véase también *In the Matter of an Arbitration under chapter Eleven of the North American Free Trade Agreement Between ADF Group Inc. and United States of America*, ICSID Case N° ARB(AF)/00/1, laudo de 9 de enero de 2003, Juez Florentino P. Feliciano (Presidente), párrafo 166, en el que se determinó que el cuarto de los artículos sobre la responsabilidad del Estado refleja una norma establecida del derecho internacional consuetudinario.

¹⁸⁹ Párrafo 3 a) del artículo I del AGCS.

¹⁹⁰ Apartado a) del artículo XXVIII del AGCS.

contenido en la Prueba documental AB-65 y dos informes anuales de la USITC sobre las tendencias del comercio de servicios de los Estados Unidos, correspondientes a 1996 y 2003.¹⁹¹

La versión de 1998 del Documento de la USITC reproduce la tabla de concordancia ya contenida en dicha Prueba documental.¹⁹² El Informe Anual de 2003, al mencionar las cuestiones relativas a la clasificación que se plantean en la esfera de los servicios públicos, considera lo siguiente¹⁹³:

[l]as cuestiones relativas a la clasificación de las industrias representan un desafío central para las negociaciones sobre servicios públicos, principalmente porque los servicios públicos tienen una definición insuficiente en el sistema de clasificación utilizado por los Miembros de la OMC en la negociación de compromisos en el marco de la Ronda Uruguay. Este sistema de clasificación se basa en la Clasificación Central Provisional de Productos (CPC provisional), una clasificación de productos y servicios concebida como marco general para la comparación internacional de datos. Dado que la CPC provisional fue concebida durante el decenio de 1980 y publicada en 1991, no refleja los importantes cambios de la estructura de las industrias de servicios públicos producidos por los programas de privatización y de reforma reglamentaria que proliferaron durante el decenio de 1990. En consecuencia, la CPC no contiene categorías que describan adecuadamente unos mercados en los cuales las actividades de producción, transmisión, distribución y comercialización se han desglosado en funciones distintas que están abiertas a la participación privada y, en alguna medida, a la competencia.³⁸

³⁸ La CPC provisional fue actualizada en 1998 con la publicación de la CPC versión 1, que refleja con más exactitud algunos cambios de las ramas de producción. Sin embargo, debido a que los compromisos contraídos en el marco del AGCS están basados en la CPC provisional, pasar a la versión I podría alterar el valor jurídico de los compromisos existentes.

Por su parte, el Informe Anual de 1996 remite al documento W/120 "[p]ara una lista completa de las industrias de servicios abordadas durante la Ronda Uruguay".¹⁹⁴

Cabe destacar que estas declaraciones no tienen ninguna salvedad y no distinguen ni entre los Estados Unidos y otros Miembros ni entre los Miembros de la OMC que incluyeron en sus Listas referencias explícitas a la CPC y los que no lo hicieron. En otras palabras, los Estados Unidos mismos no parecen ver una diferencia fundamental entre las Listas de los Miembros que incluyen referencias expresas a la CPC y las que no incluyen dichas referencias. Considerados en conjunto, estos documentos muestran una posición coherente, de parte de los Estados Unidos, en el sentido de

¹⁹¹ USITC, *U.S. Trade Shifts in Selected Industries: Services*, investigación N° 332-345, junio de 1996, publicación N° 2969 (disponible en la siguiente dirección Internet: <http://www.usitc.gov/wais/reports/arc/w2969.htm>); USITC, *Recent Trends in U.S. Services Trade, 2003 Annual Report*, investigación N° 332-345, mayo de 2003, publicación N° 3599 (disponible en la siguiente dirección Internet: <ftp://ftp.usitc.gov/pub/reports/studies/PUB3599.PDF>).

¹⁹² Compárense la página xxv de la Prueba documental AB-65 y la página xxiv de la versión de 1998.

¹⁹³ USITC, *Recent Trends in U.S. Services Trade, 2003 Annual Report*, investigación N° 332-345, mayo de 2003, publicación N° 3599, páginas 12-9 (sin subrayar en el original).

¹⁹⁴ USITC, *U.S. Trade Shifts in Selected Industries: Services*, investigación N° 332-345, junio de 1996, publicación N° 2969, páginas 4-4, nota 14.

que los compromisos específicos en el marco del AGCS, incluidos sus propios compromisos en materia de servicios de esparcimiento, siguen las categorías de la CPC salvo desviaciones expresas.

En cuanto a la condición jurídica del Documento de la USITC contenido en la Prueba documental AB-65, en opinión de las CE dicho documento constituye una práctica de los Estados Unidos en la aplicación del *Acuerdo sobre la OMC* ulterior a su concertación. Como tal, es un instrumento pertinente de interpretación de las obligaciones contraídas por los Estados Unidos en el marco de la OMC, en el sentido del párrafo 3 b) del artículo 31 de la Convención de Viena. Como señalaron las Comunidades Europeas en su comunicación y su declaración oral en calidad de tercero, este documento simplemente confirma lo que ya se desprende de las Directrices para la consignación en Listas de 1993 y del documento W/120, así como de la nota introductoria del proyecto de Lista final de los Estados Unidos.

Las Comunidades Europeas tienen conocimiento de la objeción formulada por los Estados Unidos con respecto al valor de la "práctica unilateral" de una parte en un tratado.¹⁹⁵ La pertinencia de la práctica unilateral se ha de evaluar a la luz de la obligación que se ha de cumplir. En particular, la aplicación de una Lista de compromisos específicos incumbe al correspondiente Miembro de la OMC. Por consiguiente, la práctica de ese Miembro es particularmente pertinente para interpretar esa parte del Acuerdo sobre la OMC. La "práctica de aplicación" de otros Miembros con respecto a esa Lista parece limitarse a la aceptación del modo en que el Miembro afectado aplica su Lista o la formulación de objeciones al respecto. Por lo que saben las CE, ningún Miembro de la OMC ha objetado la concordancia suministrada por la USITC en su documento. Además, el Órgano de Apelación, en su informe relativo al asunto *CE - Equipo informático*, se refirió a la práctica de un Miembro, las Comunidades Europeas, para examinar la Lista de las Comunidades Europeas.¹⁹⁶ Los documentos emitidos por las autoridades estadounidenses después de la Ronda Uruguay, y la falta de objeciones por otros Miembros de la OMC a la posición de que los compromisos del AGCS, y concretamente los compromisos de los Estados Unidos relativos al subsector 10.D, se basan en la CPC salvo en casos de desviación expresa, constituyen un "modelo discernible" de una serie concordante de actos que implica un acuerdo entre los distintos Miembros de la OMC sobre esta cuestión interpretativa.¹⁹⁷

[b]: La pertinencia de cada instrumento para la interpretación de las obligaciones de un tratado de conformidad con la Convención de Viena debe evaluarse por sus propias características, independientemente de la condición y valor de otros posibles documentos e instrumentos.

La DAA es un documento en el que los Estados Unidos indicaron lo que es a su juicio la interpretación de los textos de la Ronda Uruguay y de las obligaciones de los Estados Unidos. Como indicó el Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, la DAA establece, en sus propios términos, lo siguiente¹⁹⁸: "[...] esta Declaración representa la

¹⁹⁵ Véase la sección III.B.2 del presente informe.

¹⁹⁶ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Comunidades Europeas - Equipo informático*, párrafo 93.

¹⁹⁷ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Chile - Sistema de bandas de precios*, párrafos 213-214, en el que se cita el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas II*, página 11.

¹⁹⁸ Informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, párrafo 7.110; véase también el informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Limitaciones de las exportaciones*, párrafo 2.4 y el informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Artículo 129 (c) (1) de la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay*, párrafo 6.36.

opinión autorizada de la Administración sobre la interpretación y la aplicación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay, a los efectos tanto de las obligaciones internacionales de los Estados Unidos como de la legislación interna estadounidense". Sobre esta base dice el Grupo Especial que "[p]or consiguiente, la DAA expone la opinión de la Administración, presentada por el Presidente al Congreso y aprobada por éste, sobre la interpretación y la aplicación y enuncia compromisos, que han de ser respetados también por las futuras Administraciones, en los que pueden basarse tanto los agentes económicos nacionales como los internacionales".¹⁹⁹ El hecho de que la DAA sea un documento en el cual se expone la posición de la Administración de los Estados Unidos no excluye, por supuesto, que otros documentos expresen también posiciones atribuibles a dicho país. Las autoridades de los Estados Unidos están sujetas a las normas consuetudinarias internacionales sobre la atribución de los actos a un Estado del mismo modo que lo están las autoridades de todos los demás Miembros.

Las Comunidades Europeas señalan también que la DAA no contiene una interpretación general de los compromisos específicos de los Estados Unidos. Tampoco estaban los Estados Unidos obligados a hacerla, dado que el párrafo 16 de la Directrices para la consignación en Listas de 1993 aclara que, en ausencia de desviaciones expresas, habría que remitirse a los códigos de la CPC. En cambio, la DAA se refiere a un caso específico en el que los Estados Unidos decidieron apartarse del sistema de la CPC:

[a]lgunos compromisos contraídos en el sector de los servicios financieros, incluidos los contraídos por los Estados Unidos, se han consignado de conformidad con el Entendimiento relativo a los compromisos en materia de servicios financieros, que forma parte del conjunto de Acuerdos de la Ronda Uruguay. El Entendimiento describe determinados compromisos que difieren de los contenidos en el AGCS, y en algunos casos son más detallados que ellos.²⁰⁰

Esta indicación específica contenida en la DAA confirma que, cuando fue necesario, los Estados Unidos pudieron indicar que se apartaban del sistema general de la CPC. En la Declaración de Acción Administrativa no se indica ninguna otra desviación. Dado que la DAA no contiene una explicación general del alcance de las Listas de los Estados Unidos, es presumible que las autoridades de ese país hayan considerado útil dar esa explicación en otra parte, también en beneficio de los operadores comerciales. Así lo hicieron, entre otros sitios, en el Documento de la USITC. Facilitar esas aclaraciones es de hecho una de las funciones de la USITC²⁰¹ y la información contenida en el Documento de la USITC es presumiblemente correcta, como lo muestra el hecho de que la misma tabla de concordancia se reprodujo en la versión de 1998 de la Prueba documental AB-65. De otro modo, podría inferirse que la USITC no ha cumplido la tarea que le confió el Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales (véase la respuesta a la pregunta 2 d) *infra*). Como es lógico, el Documento de la USITC de por sí no "crea" ni "determina" el alcance de las obligaciones contraídas por los Estados Unidos en virtud de su Lista (como por cierto tampoco lo

¹⁹⁹ Informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, párrafo 7.111.

²⁰⁰ *Statement of Administrative Action* (Declaración de Acción Administrativa), H.R. 5110, H.R. documento 316, volumen 1, 103º Congreso, Segundo período de sesiones, página 976 (1994).

²⁰¹ Véase, por ejemplo, el plan estratégico de la USITC (disponible en la dirección Internet: <http://www.usitc.gov/webabout.htm>), página 21, donde se afirma:

Misión estable. La Comisión mantiene un amplio fondo de datos comerciales y de competencia técnica relacionada con el comercio y presta servicios de información relativos al comercio y la competitividad internacionales de los Estados Unidos.

hace la DAA). Un Miembro de la OMC no tiene derecho a determinar unilateralmente y *a posteriori* el contenido de sus obligaciones internacionales. En cambio, el Documento de la USITC confirma lo que ya puede extraerse de las Directrices para la consignación en Listas de 1993 y lo que declararon los Estados Unidos cuando presentaron su proyecto de Lista final, que también contiene una oferta para el subsector 10.D.

[c]: Sí. Cabe señalar que la "declaración" a la que presumiblemente se refiere el Grupo Especial -es decir, la concordancia entre la Lista de los Estados Unidos, el documento W/120 y la CPC- no es incidental ni espontánea. Es una declaración formulada por la USITC a solicitud del Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales, que actuaba a su vez en ejercicio de las facultades legales en él delegadas por el Presidente de los Estados Unidos en virtud del Artículo 332 de la Ley Arancelaria de 1930.²⁰² La posición expresada por la USITC en la Prueba documental AB-65 tampoco es aislada. Como ya se indicó *supra*, en la respuesta a la pregunta 2 a), la USITC, a diversos efectos, ha adoptado la posición general de que los compromisos del AGCS fueron negociados sobre la base de la CPC. En cuanto al valor jurídico del Documento de la USITC, ese documento confirma la posición adoptada sistemáticamente por los Estados Unidos con respecto al modo en que está estructurada su Lista y el alcance de los compromisos específicos de los Estados Unidos. No crea la obligación legal de interpretar la Lista de los Estados Unidos de modo compatible con las Directrices para la consignación en Listas de 1993 y el documento W/120 (y por consiguiente la CPC). Esa obligación ya se desprende del valor de las Directrices para la consignación en Listas de 1993 y el documento W/120 como instrumentos interpretativos en el sentido de la Convención de Viena. También se deriva de la indicación expresa, contenida en la nota explicativa de los proyectos y la versión final de la Lista de los Estados Unidos, de que "[s]alvo indicación expresa en contrario, el ámbito de los compromisos sectoriales de los Estados Unidos corresponde a los sectores abarcados por la versión revisada de la Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios elaborada por la Secretaría (MTN.GNS/W/120, de fecha 10 de julio de 1991)".²⁰³ Este asunto también se trata *infra* en la respuesta a la pregunta 2 d).

[d]: La responsabilidad del Estado no es el único contexto en el que se plantea la cuestión de la atribución de un hecho a un Estado (u otro sujeto de derecho público internacional). Por ejemplo, la misma cuestión se plantea -como una cuestión preliminar implícita- en la elaboración de tratados. Por consiguiente, se sostiene que el artículo 4 del *proyecto de artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*²⁰⁴ es pertinente porque codifica el principio de derecho consuetudinario de atribución, relativo a la posibilidad de atribuir los actos a un Estado en general, no sólo con miras a establecer la responsabilidad internacional. En realidad, el acto de la USITC no es un hecho ilícito. El Capítulo II de la Parte I de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado define las circunstancias en las cuales una conducta determinada es atribuible al Estado, lo cual constituye un requisito esencial para el establecimiento de la responsabilidad internacional de un Estado. En particular, el artículo 4, sobre la base del principio de la unidad del Estado, establece la norma de que la conducta de un órgano del Estado es atribuible a

²⁰² 19 U.S.C. 19 U.S.C. 1332(g) (las disposiciones que rigen la organización y funcionamiento de la USITC están disponibles en la dirección Internet: <http://www4.law.cornell.edu/uscode/19/ch4stIIpII.html>).

²⁰³ Comunicación de los Estados Unidos de América, *Proyecto de Lista final de los Estados Unidos de América a los miembros del Grupo de Negociaciones sobre Servicios*, MTN.GNS/W/112/Rev.3, 7 de diciembre de 1993; Comunicación de los Estados Unidos de América, *Oferta condicional revisada de los Estados Unidos de América en materia de compromisos iniciales*, MTN.GNS/W/112/Rev.2, 1º de octubre de 1993; Comunicación de los Estados Unidos de América, *Lista de los Estados Unidos relativa a sus compromisos iniciales sobre el comercio de servicios*, MTN.GNS/W/112/Rev.4, 15 de diciembre de 1993.

²⁰⁴ El texto del proyecto de artículos está reflejado en una resolución adoptada el 12 de diciembre de 2001 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/RES/56/83).

ese Estado. Como indica la Comisión de Derecho Internacional en su comentario relativo a los artículos sobre la responsabilidad del Estado, la norma de que "el Estado es responsable del comportamiento de sus propios órganos, actuando en esa condición, se ha reconocido desde hace tiempo en las decisiones judiciales internacionales".²⁰⁵ Además, la Corte Internacional de Justicia ha confirmado recientemente la norma mencionada, así como su carácter consuetudinario. En la *Diferencia relativa a la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos* ("*Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*"), la Corte constató que "[d]e conformidad con una norma bien establecida del derecho internacional, el comportamiento de cualquier órgano de un Estado debe considerarse como un hecho de ese Estado. Esta norma, que es de carácter consuetudinario, está reflejada en el artículo 6 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado ...".²⁰⁶

Como explica la Comisión de Derecho Internacional, la expresión "órgano del Estado" debe entenderse en el sentido más general.²⁰⁷ Se extiende a los órganos de cualquier rama del Estado que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales *o de cualquier otra índole*. Cabe señalar que se ha sostenido que estas funciones podrían incluir la de impartir orientación administrativa al sector privado.²⁰⁸ El artículo 5 de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado va más allá y atribuye a éste el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4 pero no obstante esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público. Como explica la Comisión de Derecho Internacional en su comentario sobre el artículo 5, el término genérico "entidad" engloba una gran variedad de organismos que puede incluir empresas públicas, entidades semipúblicas, *organismos públicos* de diversa clase, "a condición de que en cada caso la entidad esté facultada por el derecho interno para cumplir funciones de carácter público que normalmente desempeñan órganos del Estado".²⁰⁹

Los miembros de la USITC son designados por el Presidente, con la venia del Senado.²¹⁰ Además, la Comisión actúa a solicitud del Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales, con la obligación de llevar a cabo las investigaciones e informes que pidan el Presidente o el Congreso.²¹¹ La USITC tiene claramente atribuidas facultades especiales,

²⁰⁵ *Comentarios al Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional en su 53º período de sesiones (2001), Registros oficiales de la Asamblea General, 56º período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10), capítulo IV.E.2; J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility-Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, Universidad de Cambridge Press, 2002, comentario del artículo 4, página 94, párrafo 3 y nota 108.

²⁰⁶ *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights* (*Diferencia relativa a la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos*), *I.C.J. Reports* 1999, página 62, en página 87, párrafo 62, referido al proyecto de artículo 6, actualmente incorporado en el artículo 4.

²⁰⁷ *Artículos sobre la responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional*, página 33, párrafo 6.

²⁰⁸ Informe del Grupo Especial sobre el asunto *Japón - Semiconductores*, IBDD S35/130; informe del Grupo Especial sobre el asunto *Japón - Películas*.

²⁰⁹ *Artículos sobre la responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional*, página 41, párrafo 2.

²¹⁰ 19 U.S.C. 1330(a).

²¹¹ 19 U.S.C. 1332(g).

ejercidas normalmente por órganos del Estado. Por ejemplo, tiene la facultad de "llevar a cabo cualquier investigación necesaria para el cumplimiento de sus funciones en cualquier parte de los Estados Unidos o en cualquier país extranjero".²¹² Del mismo modo, la USITC tiene la facultad de obtener información a través, entre otros medios, del acceso a cualesquiera documentos pertinentes a sus investigaciones, la convocación de testigos, y la solicitud a cualquier persona de que le proporcione la información requerida.²¹³ La carta mediante la cual el Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales solicitó a la USITC que asumiera la responsabilidad de mantener la Lista de compromisos específicos de los Estados Unidos²¹⁴ es absolutamente clara a este respecto:

[e]n virtud del AGCS, el Gobierno de los Estados Unidos está obligado a elaborar y mantener una Lista de compromisos de los Estados Unidos en materia de servicios. Considero que la Comisión de Comercio Internacional de los Estados Unidos es la más indicada para desempeñar la tarea del mantenimiento de la Lista de compromisos y la Lista de exenciones de los Estados Unidos. La Comisión tiene una experiencia significativa en el mantenimiento de la Lista XX anexa al GATT, que recoge las concesiones arancelarias de los Estados Unidos en la esfera de las mercancías. Por consiguiente, pido, de conformidad con la autoridad delegada por el Presidente en virtud del artículo 332 de la Ley Arancelaria de 1930, que la Comisión inicie un programa permanente para compilar y mantener la Lista oficial de compromisos de los Estados Unidos en materia de servicios.

Además, el derecho interno, si bien es pertinente, no es decisivo para determinar lo que constituye un órgano del Estado. De lo contrario, un Estado estaría en condiciones de eludir la responsabilidad que le corresponde por la conducta de sus propios órganos actuando en calidad de tales, negándoles simplemente esa condición en su propia legislación. Por consiguiente, como señala la Comisión de Derecho Internacional, determinadas instituciones que desempeñan funciones públicas y que ejercen prerrogativas del poder público (por ejemplo, la policía) tienen que ser consideradas órganos del Estado aun cuando el derecho interno considere que esas instituciones son autónomas e independientes del Poder Ejecutivo.²¹⁵ Concretamente, el hecho de que la USITC se designe como un "órgano independiente" no tiene efectos en la posibilidad de atribuir sus actos a los Estados Unidos. Lo pertinente, por supuesto, no es la calificación formal del órgano de que se trate, sino la actividad en cuestión en un caso particular. De hecho, varias medidas de la USITC han sido examinadas en el pasado por grupos especiales y por el Órgano de Apelación, por ejemplo, investigaciones en materia de salvaguardias e investigaciones de la existencia de daño en procedimientos antidumping.²¹⁶

²¹² 19 U.S.C. 1331(d).

²¹³ 19 U.S.C. 1333.

²¹⁴ Carta de M. Kantor, Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales, a D. E. Newquist, Presidente de la Comisión de Comercio Internacional de los Estados Unidos, 18 de abril de 1994 (sin subrayar en el original).

²¹⁵ *Artículos sobre la responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional*, página 29, párrafo 6 y página 39, párrafo 11.

²¹⁶ Véase, por ejemplo con respecto a las salvaguardias, el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Salvaguardias sobre el acero*; con respecto a los procedimientos antidumping, el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Acero laminado en caliente*. Los hechos de otros organismos independientes de los Estados Unidos fueron examinados también por jurisdicciones internacionales: por ejemplo, las medidas de la Agencia de Protección del Medio Ambiente de los Estados Unidos (por ejemplo, informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Gasolina*, o hechos de

México

[a]: En última instancia, dicho documento constituye una evidencia relevante sobre la posición y práctica de la USITC con respecto a la definición y cobertura de los compromisos de los Estados Unidos en el AGCS. Dicha evidencia debe ser tomada en consideración por el Grupo Especial en su aplicación de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, como parte de su análisis de las reclamaciones de Antigua y Barbuda.

[b]: México advierte que la Prueba documental AB-65 y la Declaración de Acción Administrativa no parecen documentos que hayan sido publicados con los mismos propósitos. Mientras que el propósito de la Prueba documental AB-65 parece ser el proporcionar una explicación comprensiva de la Lista de Compromisos Específicos de los Estados Unidos, la Declaración de Acción Administrativa constituye "una manifestación autorizada de los Estados Unidos con respecto a la interpretación y aplicación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay y [la *Ley sobre los Acuerdos de la Ronda Uruguay*] en cualquier procedimiento judicial en que se plantee una cuestión con respecto a esa interpretación o aplicación".²¹⁷

[c]: En el contexto de esta controversia, el tema en cuestión es si la declaración realizada por la USITC puede ser utilizada para interpretar la Lista de compromisos específicos de los Estados Unidos conforme a las reglas de interpretación establecidas por los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena. Véase la respuesta de México a la pregunta 2 a) anterior.

[d]: Véase la respuesta en la pregunta previa.

3. Antigua y Barbuda, así como las Comunidades Europeas (Prueba documental AB-74 y párrafo 15 de la declaración oral de las Comunidades Europeas en la primera reunión sustantiva del Grupo Especial con las partes) han mencionado la nota introductoria o carátula del proyecto de Lista final de los Estados Unidos de América relativa a los compromisos iniciales, de fecha 7 de diciembre de 1993, que contiene un párrafo que dice lo siguiente:

"Salvo indicación expresa en contrario, el ámbito de los compromisos sectoriales de los Estados Unidos corresponde a los sectores abarcados por la versión revisada de la Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios elaborada por la Secretaría (MTN.GNS/W/120, de 10 de julio de 1991)."

- a) **¿En qué revisión del proyecto de Lista (final) de la Ronda Uruguay de los Estados Unidos se omitió esa nota introductoria o carátula?**
- b) **¿Cuáles son la condición y valor jurídicos de esa nota introductoria o carátula para la interpretación de la Lista de los Estados Unidos anexa al AGCS?**

la Agencia Central de Inteligencia, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, I.C.J. Reports 1986*, página 14). Ambas entidades comparten con la USITC la calificación de "organismos independientes" (véanse los sitios Web oficiales del Gobierno Federal, en la dirección Internet <http://lcweb.loc.gov/global/executive/fed.html>, visitada el 17 de diciembre de 2003).

²¹⁷ Informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Limitaciones de las exportaciones*, párrafo 2.3.

Antigua y Barbuda

[a]: Por lo que sabe Antigua y Barbuda, el documento MTN.GNS/W/112/Rev.3 es la Lista final presentada por los Estados Unidos, y nunca se omitió la frase de la nota introductoria. Durante la primera reunión sustantiva con el Grupo Especial, los Estados Unidos señalaron que esta nota introductoria no era parte de la Lista actual anexa al AGCS. Ello no es porque los Estados Unidos la hayan omitido o retirado, sino sencillamente porque esa nota introductoria no es formalmente parte de una Lista del AGCS cuando ésta se anexa al AGCS de conformidad con el párrafo 3 del artículo XX.

[b]: La nota introductoria forma parte del trabajo preparatorio de la Lista de los Estados Unidos. El artículo 32 de la Convención de Viena prevé que un documento de esa índole pueda utilizarse como medio de interpretación complementario para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31 de dicha Convención. Como se menciona *supra*, la nota introductoria también confirma la aceptación por los Estados Unidos del método de consignación establecido en las Directrices para la consignación en Listas de 1993 y el documento W/120, y, por tanto, confirma la condición de estos dos documentos como instrumentos aceptados por todas las partes (de conformidad con el párrafo 2 b) del artículo 31 de la Convención de Viena).

Estados Unidos

[a]: Una nota similar en lo sustancial al texto citado figuraba en los documentos MTN.GNS/W/112/Rev.2 y MTN.GNS/W/112/Rev.3.²¹⁸ No figura en el documento definitivo.

[b]: Estos documentos de la historia de la negociación son "trabajo preparatorio" en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena. El valor de estas notas es mínimo, dado que como máximo sólo confirman lo que los Estados Unidos ya han afirmado: que en su Lista de compromisos específicos siguieron en general la estructura del documento W/120. Sin embargo, el Grupo Especial debería distinguir entre el uso por parte de un Miembro del documento W/120 como base para consignar sus compromisos y la inscripción de referencias a la CPC para describir con más detalle sus compromisos. Al igual que otros Miembros, los Estados Unidos eran libres de optar por inscribir o no referencias a la CPC para describir con más detalle sus compromisos. Los Estados Unidos optaron por no hacerlo.

Canadá

[a]: El *proyecto de Lista final de los Estados Unidos de América relativo a los compromisos iniciales* ("proyecto de Lista final"), de fecha 7 de diciembre de 1993, contiene la nota introductoria siguiente:

Salvo indicación expresa en contrario, el ámbito de los compromisos sectoriales de los Estados Unidos corresponde a los sectores abarcados por la Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios elaborada por la Secretaría (MTN.GNS/W/120, 10 de julio de 1991) [el documento W/120].²¹⁹

²¹⁸ Véase la Comunicación de los Estados Unidos de América, *Proyecto de Lista final de los Estados Unidos de América en materia de compromisos iniciales*, MTN.GNS/W/112/Rev.3, 7 de diciembre de 1993, párrafo 5; Comunicación de los Estados Unidos de América, *Oferta condicional revisada de los Estados Unidos de América en materia de compromisos iniciales*, MTN.GNS/W/112/Rev.2, 1º de octubre de 1993, página 1. La palabra "revisada" del texto citado por el Grupo Especial no figura en los materiales citados.

²¹⁹ Comunicación de los Estados Unidos de América, *Proyecto de Lista final de los Estados Unidos de América en materia de compromisos iniciales*, MTN.GNS/W/112/Rev.3, 7 de diciembre de 1993, párrafo 5.

El proyecto de Lista final es el cuarto proyecto -y, como su nombre lo indica, el proyecto final- de Lista distribuido por los Estados Unidos en el contexto de las negociaciones sobre el acceso a los mercados llevadas a cabo en el marco del AGCS. El tercer proyecto de Lista distribuido por los Estados Unidos contiene una nota introductoria idéntica a la del proyecto de Lista final.²²⁰ Dicha nota introductoria no figura en los proyectos de Lista primero y segundo distribuidos por los Estados Unidos.²²¹

[b]: La nota introductoria contenida en los dos últimos proyectos de Lista distribuidos por los Estados Unidos forma parte de las circunstancias de la conclusión de las negociaciones sobre el acceso a los mercados en el marco del AGCS. Como tal, constituye un medio de interpretación complementario en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena. De conformidad con esa disposición, el Grupo Especial puede acudir a dichos medios de interpretación complementarios para confirmar el sentido de los compromisos específicos de los Estados Unidos resultante de la aplicación de la regla general de interpretación establecida en el artículo 31 de la Convención de Viena, o para determinar ese sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31 lo deje ambiguo u oscuro. El Canadá ya ha demostrado en su comunicación que la única conclusión razonable, al determinar la intención común de los Miembros con respecto a los compromisos específicos de los Estados Unidos, es que, cuando la Lista de los Estados Unidos refleja el documento W/120, sin apartarse clara y explícitamente de éste ni de los números correspondientes de la CPC, los compromisos específicos en cuestión deben interpretarse a la luz del documento W/120 y los números de la CPC relacionados con él. La nota introductoria contenida en los dos últimos proyectos de Lista de los Estados Unidos es un factor más que confirma o aclara que éste es el sentido correcto que debe darse a los compromisos específicos de los Estados Unidos. Se justifica que el Grupo Especial acuda a ese elemento adicional en virtud del artículo 32 de la Convención de Viena.

Si bien la nota introductoria no figura en cada uno de los cuatro proyectos de Lista distribuidos por los Estados Unidos, el hecho de que aparezca en los dos últimos es significativo y le otorga un especial valor probatorio. Dicha nota introductoria indica claramente que, durante el desarrollo y al final de las negociaciones, el entendimiento de los Miembros con respecto a los compromisos específicos de los Estados Unidos era, como ya ha alegado el Canadá, que los Estados Unidos seguían el documento W/120 (y en consecuencia los números de la CPC correspondientes), salvo indicación expresa en contrario.²²²

El Canadá recuerda que en el asunto *CE - Equipo informático*, el Grupo Especial, al interpretar la Lista de las Comunidades Europeas anexa al AGCS, no consideró el *Sistema Armonizado* y sus *Notas Explicativas*. El Órgano de Apelación reaccionó de la forma siguiente:

Nos deja perplejos el hecho de que el Grupo Especial, al tratar de interpretar los términos de la Lista [...], no haya considerado el *Sistema Armonizado* y sus *Notas Explicativas*. Observamos que durante las negociaciones de la Ronda Uruguay, tanto

²²⁰ Comunicación de los Estados Unidos de América, *Oferta condicional revisada de los Estados Unidos de América en materia de compromisos iniciales*, MTN.GNS/W/112/Rev.2, 1º de octubre de 1993, párrafo 4.

²²¹ Comunicación de los Estados Unidos de América, *Oferta condicional de los Estados Unidos de América en materia de compromisos iniciales*, MTN.GNS/W/112, 13 de noviembre de 1990. Comunicación de los Estados Unidos de América, *Oferta condicional revisada de los Estados Unidos de América en materia de compromisos iniciales*, MTN.GNS/W/112/Rev.1, 21 de enero de 1992.

²²² *Ibid.* El Canadá observa que el simple hecho de que los dos primeros proyectos de Lista no especificaran explícitamente que se basaban en el documento W/120 no significa necesariamente que ese no haya sido el caso. La especificación, o aclaración, incluida en los últimos dos proyectos de Listas tiende a mostrar lo contrario.

las Comunidades Europeas como los Estados Unidos aplicaban el *Sistema Armonizado*. Además, resulta indiscutible que las negociaciones arancelarias de la Ronda Uruguay se celebraron sobre la base de la nomenclatura del Sistema Armonizado y que normalmente las peticiones y ofertas de concesiones se formularon en los términos de esa nomenclatura. [...] consideramos que para interpretar adecuadamente la Lista [...] se debían haber examinado el *Sistema Armonizado* y sus *Notas Explicativas*.²²³

La inclusión de la nota introductoria en las dos últimas Listas distribuidas por los Estados Unidos constituye una prueba de que, hasta el término de las negociaciones sobre el acceso a los mercados entre los Estados Unidos y otros participantes de la Ronda Uruguay, dichas negociaciones se celebraron sobre la base de la nomenclatura del documento W/120. En otras palabras, esta inclusión constituye una prueba de cuál era (y es aún) la intención común de los participantes de la Ronda Uruguay con respecto a los compromisos específicos de los Estados Unidos.²²⁴ Esa intención común debe ahora respetarse. No puede modificarse *a posteriori*, como sugieren los Estados Unidos, utilizando casi exclusivamente en definiciones de diccionarios de las que resulta una lectura de los compromisos específicos de los Estados Unidos fuera de su contexto y sin consideración del objeto y fin del AGCS y el *Acuerdo sobre la OMC*.²²⁵

Comunidades Europeas

[a]: Además de los documentos a los que se refieren las Comunidades Europeas en su declaración oral, existe otra Lista final revisada de compromisos de los Estados Unidos, distribuida con la signatura MTN.GNS/W/112/Rev.4 el 15 de diciembre de 1993.²²⁶ Esta Lista se distribuyó sólo en formato papel en las últimas semanas de negociaciones, cuando los Estados Unidos decidieron retirar algunas de sus propuestas de compromisos (por ejemplo, los relativos al sector de transporte marítimo). Dicho documento incluye sólo unas cuantas modificaciones relativas a algunas anotaciones de la Lista de los Estados Unidos, pero no modifica la nota introductoria del anterior proyecto de Lista final (MTN.GNS/W/112/Rev.3). Por el contrario, contiene exactamente la misma declaración citada por el Grupo Especial de la revisión anterior. No modifica, pues, de ningún modo la conclusión sobre la cuestión que aquí se trata. La única actividad adicional fue un proceso de "verificación técnica de las Listas", que no modificó en nada el alcance de los resultados de las negociaciones.²²⁷ Por consiguiente, los Estados Unidos nunca contradijeron, hasta el final de las

²²³ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Comunidades Europeas - Equipo informático*, párrafo 89.

²²⁴ *Ibid.*, párrafos 84 y 109.

²²⁵ En cualquier caso, el Canadá coincide con las Comunidades Europeas en que las definiciones de diccionarios a que hacen referencia los Estados Unidos no apoyan la conclusión de que los compromisos específicos adoptados por los Estados Unidos en el subsector 10.D - Otros servicios de esparcimiento (excepto los deportivos) excluyen como tales los servicios de juegos de azar y apuestas. Es posible remitirse al Preámbulo del AGCS para obtener orientación sobre el objeto y fin de ese tratado. El Preámbulo del AGCS hace hincapié, por ejemplo, en el deseo de los Miembros de "*establecer un marco multilateral de principios y normas para el comercio de servicios con miras a la expansión de dicho comercio en condiciones de transparencia (...)*". (sin cursivas en el original) El enfoque de los Estados Unidos con respecto a la interpretación de su Lista, que deja ambiguos y poco claros sus compromisos específicos, es la antítesis de este objetivo expresado por los Miembros en el Preámbulo del AGCS.

²²⁶ Comunicación de los Estados Unidos de América, *Lista de los Estados Unidos relativa a sus compromisos iniciales sobre el comercio de servicios*, MTN.GNS/W/112/Rev.4, 15 de diciembre de 1993.

²²⁷ Véase GATT/AIR/3544, 15 de enero de 1994, párrafo 1:

negociaciones, su posición de que el alcance de sus compromisos se basa en la Clasificación Sectorial de 1991 (W/120) y la CPC.²²⁸

[b]: La condición y valor jurídicos de la nota introductoria son los mismos que los del documento adjunto a ella. Se trata de un documento preparatorio en el que los Estados Unidos explicaron el alcance de su oferta final y, por tanto, de las obligaciones que estaban ofreciendo contraer. Como tal, es parte de los medios complementarios de interpretación de las Listas de compromisos específicos de los Estados Unidos. Es el documento que estuvo a disposición de las demás [entonces] partes contratantes del GATT para evaluar la oferta final de los Estados Unidos en materia de servicios. Si los Estados Unidos hubiesen tenido la intención, tras la expedición de los documentos MTN.GNS/W/112/Rev.3 y MTN.GNS/W/112/Rev.4, de apartarse de la Clasificación Sectorial de 1991 y, por tanto, de las categorías de la CPC correspondientes, la buena fe en el desarrollo de las negociaciones internacionales habría requerido que advirtiesen a las demás partes contratantes de su cambio de posición antes del término de las negociaciones. Dado que los Estados Unidos no lo hicieron, sus Listas, tal como se adoptaron definitivamente, deben leerse a la luz del documento W/120 y los números de la CPC correspondientes desde su entrada en vigor.

México

[a]: En el conocimiento de México, la carátula aparece en el Borrador Final de la Lista de compromisos específicos de los Estados Unidos (Comunicación de los Estados Unidos de América, Borrador Final de la Lista de compromisos específicos de los Estados Unidos de América a los miembros del Grupo de Negociaciones sobre Servicios, MTN.GNS/W/112/Rev.3, diciembre de 1993) y en la introducción de la Oferta Condicional Revisada de los Estados Unidos presentada durante las negociaciones de la Ronda Uruguay (Comunicación de los Estados Unidos de América, Oferta Condicional Revisada de los Estados Unidos de América en Materia de Compromisos Iniciales, MTN.GNS/W/112/Rev.2, 1º de octubre de 1993).

[b]: El Borrador Final de la Lista de los Estados Unidos, mismo que incluye la nota introductoria, constituye una parte del trabajo preparatorio del AGCS y del Acuerdo de la OMC. En última instancia, por lo tanto, dichos documentos califican como "medios de interpretación complementarios" conforme al artículo 32 de la Convención de Viena.

Para Antigua y Barbuda:

4. ¿Cuáles son la condición y valor jurídicos de las Listas de los demás Miembros para la interpretación de la Lista de los Estados Unidos correspondiente al AGCS?

Antigua y Barbuda

El párrafo 3 del artículo XX establece que las Listas forman parte integrante del Acuerdo. En consecuencia, las Listas de los otros Miembros anexas al AGCS proporcionan "contexto" para la interpretación de la Lista de los Estados Unidos de conformidad con el párrafo 2 a) del artículo 31 de la Convención de Viena. En los párrafos 41 a 60 de su comunicación en calidad de tercero, las

[c]abe destacar que, habiendo concluido las negociaciones sobre servicios, el objeto de este proceso no es modificar el contenido sustantivo de las Listas de compromisos y de exenciones sino confirmar la exactitud técnica de las mismas.

²²⁸ Dado que estaba claro para todos los (futuros) Miembros de la OMC que los Estados Unidos, hasta la finalización de su Lista, habían seguido las Directrices para la consignación en Listas de 1993 y la Clasificación Sectorial de 1991 y los códigos de la CPC salvo desviaciones expresas, no había necesidad de repetir en el documento GATS/SC/90 lo que ya se desprende, para todos los Miembros, del párrafo 16 de las Directrices para la consignación en Listas de 1993.

Comunidades Europeas han demostrado que una interpretación de la Lista de los Estados Unidos en el contexto de las Listas de otros Miembros confirma la conclusión de que los Estados Unidos han contraído compromisos plenos en los modos 1 y 2 en materia de acceso a los mercados y trato nacional con respecto a los servicios de juegos de azar y apuestas.

Canadá

Es llamativo que, al abordar el contexto de los compromisos específicos en cuestión en el presente asunto, los Estados Unidos, en lugar de referirse a su propia Lista, por ejemplo a su estructura y al hecho de que generalmente refleja el documento W/120, intentan basarse en algunas anotaciones de un número muy limitado y selectivo de Listas de otros Miembros para interpretar su propia Lista. Como ya han demostrado las Comunidades Europeas, estas anotaciones mencionadas por los Estados Unidos no apoyan claramente la posición de dicho país. En cualquier caso, lo que muy pocos Miembros de un total de 146²²⁹ puedan haber hecho en sus Listas con respecto a servicios específicos no es pertinente a los efectos de determinar lo que los Estados Unidos han hecho en su propia Lista. El Canadá ha dejado en claro que un Miembro puede, en determinados casos, haberse apartado del documento W/120 y los números de la CPC correspondientes. Ningún Miembro estaba obligado a consignar compromisos específicos de conformidad con el documento W/120 y los números de la CPC correspondientes. El hecho de que unos pocos Miembros puedan haber consignado compromisos específicos sobre los servicios de juegos de azar y apuestas de forma diferente que los Estados Unidos simplemente refleja ese hecho. La tarea de un grupo especial consiste en examinar lo que los Estados Unidos han hecho en su Lista, no lo que puedan haber hecho algunos otros Miembros.

Para los Estados Unidos:

5. **¿Qué sistema de clasificación, de haber seguido alguno, siguieron los Estados Unidos al establecer su Lista de compromisos específicos anexa al AGCS? Si los Estados Unidos han seguido un sistema de clasificación concreto, ¿podrían los Estados Unidos proporcionar al Grupo Especial una tabla de concordancias entre ese sistema y el documento W/120 para la totalidad de la Lista? En ausencia de una referencia explícita a la CPC en la Lista de los Estados Unidos, ¿cuál es el marco de definición en el cual debería interpretarse el compromiso de los Estados Unidos que figura en la primera columna de su Lista?**

Estados Unidos

Con algunos cambios (por ejemplo, "excepto los deportivos"), los Estados Unidos siguieron en general la *estructura* del documento W/120 en su Lista de compromisos específicos. Sin embargo, no se refirieron a la CPC ni a ninguna otra nomenclatura particular para describir los términos de la Lista de los Estados Unidos y, en cambio, prefirieron que esos términos se interpretaran conforme a su sentido corriente, en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del AGCS. Estas normas, reflejadas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, proporcionan el marco de definición en el cual debería interpretarse la descripción del compromiso de los Estados Unidos que figura en la primera columna de su Lista. Dado que los Estados Unidos no acordaron ningún significado especial de los términos de su Lista, como por ejemplo haber convenido en una determinada nomenclatura, no hay ningún documento adicional que pueda utilizarse como base para una concordancia.

²²⁹ A partir del 4 de abril de 2003.

6. ¿Cuál es la pertinencia del sistema de clasificación industrial de los Estados Unidos para interpretar la Lista de los Estados Unidos anexa al AGCS? ¿Cómo están clasificados los servicios de juegos de azar y apuestas en ese sistema?

Estados Unidos

El Sistema de Clasificación Industrial de América del Norte, SCIAN 2002 (NAICS 2002 para los Estados Unidos) está concebido para clasificar tipos de establecimiento con fines estadísticos. Este sistema es el resultado de negociaciones trilaterales entre tres Miembros de la OMC (el Canadá, México y los Estados Unidos). Por consiguiente, no es un antecedente de negociación para la Lista de los Estados Unidos anexa al AGCS, pero constituye una prueba de que hay formas de clasificar los servicios distintas de la CPC y aceptadas internacionalmente. El SCIAN apoya la opinión estadounidense de que los juegos de azar no forman parte de "otros servicios de esparcimiento (excepto los deportivos)". El SCIAN 2002 incluye la partida de 2 dígitos 71, "Servicios de esparcimiento culturales y deportivos" (NAICS 2002: "Arts, Entertainment, and Recreation"). Dentro de esa partida, la partida de 3 dígitos 713, "Servicios de entretenimiento en instalaciones recreativas" (NAICS 2002: "Amusement, Gambling, and Recreation Industries") incluye la partida de 4 dígitos 7132, "Casinos, loterías y otros juegos de azar" (NAICS 2002: "Gambling Industries"). Significativamente, "Casinos, loterías y otros juegos de azar" es una partida autónoma, y no es parte de la partida separada de 4 dígitos 7139, que abarca "Otros servicios recreativos" (NAICS 2002: "Other Amusement and Recreation Industries") (7139). Los "sitios de juegos en Internet" corresponden a la partida separada del SCIAN 2002 516110, "Creación y difusión de contenido a través de Internet" (NAICS 2002: "Internet Publishing and Broadcasting"). Las definiciones de estas categorías pueden encontrarse en el sitio Web de la Oficina de Censos de los Estados Unidos, "2002 NAICS Codes and Titles", pulsando los enlaces de los códigos individuales.²³⁰

Antigua y Barbuda

En el momento de las negociaciones de la Ronda Uruguay, los Estados Unidos utilizaron el Sistema de la Clasificación Industrial Estándar (SIC), introducido en 1987. Si bien esta clasificación ha sido posteriormente reorganizada (en 1997), hasta llegar al actual Sistema de Clasificación Industrial de América del Norte (SCIAN), sólo el sistema SIC podría ser pertinente para cualquier examen de los compromisos de los Estados Unidos acordados en la Ronda Uruguay dado que el SCIAN es posterior a los Acuerdos de la Ronda Uruguay. El sistema SIC contenía una categoría amplia, "79 - Servicios de recreo y esparcimiento".²³¹ Esta categoría contenía a su vez una subcategoría "7999 - Servicios de recreo y esparcimiento [no clasificados en otra parte]". Esta última subcategoría incluía "casinos" y "lotería, bingo, apuestas en carreras de caballos y otras operaciones de juegos de azar". Por consiguiente, en el sistema SIC los servicios de juegos de azar y apuestas estaban clasificados *precisamente del mismo modo* que en la CPC y el documento W/120, en una subcategoría "residual" de una categoría general relativa a los servicios de esparcimiento.

7. ¿Podrían proporcionar los Estados Unidos un desglose de los subsectores de servicios que están abarcados en:

- a) **el subsector 10.D de la Lista de los Estados Unidos, titulado *Otros servicios de esparcimiento (excepto los deportivos)***

²³⁰ Véase <http://www.census.gov/epcd/naics02/naicod02.htm>. [Véanse los textos en español en <http://www.inegi.gob.mx/art/contenidos/español/metodologías/clasificadores/scian/títulos.pdf>.]

²³¹ Véase el Sistema de Clasificación Industrial Estándar (SIC) de 1987 en concordancia con el Sistema de Clasificación Industrial de América del Norte (SCIAN) de 1997.

b) y en el subsector 10.A de la Lista de los Estados Unidos titulado *Servicios de espectáculos*?

Estados Unidos

Los negociadores del AGCS no proporcionaron tal desglose con respecto a la Lista de los Estados Unidos; por lo tanto, no es posible proporcionar una lista *a priori* del contenido de los subsectores 10.A y 10.D sobre la base del texto del AGCS y sus anexos. El significado de cada uno de estos subsectores debe elucidarse de la misma manera que el de cualquier otro término de un tratado: mediante la aplicación de las normas consuetudinarias de interpretación de los tratados. Ni siquiera un Miembro que se haya remitido a la CPC en su lista podría proporcionar un desglose completo de los subsectores 10.A y 10.D, dado que las categorías de la CPC no están menos sujetas a interpretación que los epígrafes del documento W/120. (De hecho, esta observación está implícita en la pregunta del Grupo Especial relativa al significado de la expresión "servicios de juegos de azar y apuestas" (pregunta 13).)

A reserva de las siguientes observaciones, los Estados Unidos consideran que un intérprete podría considerar, de forma compatible con las normas consuetudinarias de interpretación de los tratados, que: i) "Otros servicios de esparcimiento (excepto los deportivos)" (10.D) incluye los servicios que están claramente comprendidos en el sentido corriente de la expresión "de esparcimiento" y pueden distinguirse tanto de "deportivos" como de "espectáculos". Tales actividades podrían incluir, entre otras cosas, la explotación de instalaciones de esparcimiento tales como puertos deportivos, playas y parques, así como la organización y/o facilitación de actividades de esparcimiento no deportivas; y ii) la categoría "Servicios de espectáculos" (10.A) incluye los servicios que están claramente comprendidos en el sentido corriente del término "espectáculos" y pueden distinguirse tanto de "deportivos" como de "esparcimiento". Tales actividades podrían incluir, entre otras cosas, servicios consistentes en la explotación de instalaciones de entretenimiento, como teatros, salas de baile, teatros de variedades, y otros locales de espectáculos basados en artes de interpretación; y la organización y/o facilitación de tales actividades de entretenimiento.

En la medida en que otros servicios estén comprendidos en el sector 10 pero no en los subsectores 10.A a 10.B, esos servicios corresponden por defecto al sector 10.E "Otros".

- 8. Los Estados Unidos alegan, entre otras cosas, que i) la expresión "excepto los deportivos" está concebida para excluir los juegos de azar y apuestas de sus compromisos comprendidos en el sector 10.D y ii) si los Estados Unidos hubiesen contraído un compromiso relativo a los juegos de azar y apuestas, lo habrían hecho en el marco del sector 10.E (*Otros*). ¿Por qué estiman necesario los Estados Unidos excluir "los [servicios] deportivos" (que incluyen, en su opinión, los juegos de azar y apuestas) del subsector 10.D si consideran que los juegos de azar y apuestas están incluidos en el sector 10.E? ¿Cómo puede conciliarse este criterio con el principio de que las partidas de un sistema de clasificación son mutuamente excluyentes?**

Estados Unidos

Las dos aseveraciones a las que se refiere el Grupo Especial responden a dos argumentos alternativos planteados por Antigua y Barbuda (que tiene la carga de la prueba de la existencia de un compromiso de los Estados Unidos). En respuesta a la aseveración de Antigua y Barbuda de que el subsector 10.D de la Lista de los Estados Unidos está definido por la CPC e incluye los servicios de juegos de azar, los Estados Unidos han señalado que: 1) la Lista de los Estados Unidos no está ni puede estar definida por la CPC; y 2) aun si el subsector 10.D incluyese los servicios de juegos de azar (*quod non*), la expresión "excepto los deportivos" excluye los juegos de azar, que están

comprendidos en la definición corriente de "*sporting*" ("deportivos").²³² En respuesta a la afirmación de Antigua y Barbuda de que los juegos de azar están comprendidos en el sentido corriente de "entretenimiento" y también en el sentido corriente de "esparcimiento", los Estados Unidos han señalado que: 1) Antigua y Barbuda no prueba esta afirmación; 2) aun si fuese cierta (*quod non*), la consecuencia lógica sería que los juegos de azar no encajan realmente en ninguna de estas categorías y, por consiguiente, pertenecen a la categoría "10.E Otros". Esto último es más convincente todavía si el Grupo Especial constata que las partidas del documento W/120 relativos a "entretenimiento" y "otros servicios de esparcimiento" son mutuamente excluyentes.

Con respecto al motivo por el cual los Estados Unidos estiman útil excluir los servicios "deportivos" (incluidos los juegos de azar) si en cualquier caso éstos pertenecen a la categoría 10.E, los Estados Unidos consideran que la exclusión proporciona una garantía añadida contra la interpretación errónea de los compromisos de los Estados Unidos, aclarando al mismo tiempo la situación de otras clases de actividad deportiva (no relacionadas con los juegos de azar).

B. LA(S) MEDIDA(S) EN LITIGIO

Para ambas partes:

9. **¿Cuáles son la condición y valor jurídicos de los comentarios formulados por el representante de los Estados Unidos en las reuniones del OSD²³³ en el sentido de que el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas está prohibido por el derecho estadounidense?**

Antigua y Barbuda

En el contexto de la presente diferencia, los Estados Unidos han declarado inequívocamente en dos ocasiones ante el OSD que "el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas está prohibido por el derecho estadounidense"²³⁴, confirmando anteriores declaraciones formuladas a Antigua y Barbuda durante las consultas. También han formulado esa misma

²³² Con respecto al significado de "*sporting*", los Estados Unidos adjuntan para el examen del Grupo Especial las siguientes definiciones: *New Shorter Oxford English Dictionary*, página 3000 (1993) ("Now *especially*] pertaining to or interested in betting or gambling" ("En la actualidad se aplica *especialmente*] a las apuestas o a los juegos de azar, o a la persona interesada en las apuestas o los juegos de azar")); *Merriam-Webster's Collegiate Dictionary*, página 1134 (décima edición, 2001) ("of or relating to dissipation and *especially*] gambling" ("perteneciente o relativo a la vida disipada y *especialmente a los juegos de azar*")); *Webster's Third New International Dictionary*, página 2206 (1986) ("of, relating to, or preoccupied with dissipation and *especially*] gambling" ("perteneciente o relativo a, o absorbido por, la vida disipada, especialmente los juegos de azar")); *The American Heritage Dictionary*, página 1681 (cuarta edición, 2000) ("Of or associated with gambling" ("perteneciente o relativo a los juegos de azar")); *The Random House Dictionary of the English Language*, página 1844 (segunda edición 1987) "interested in or connected with sports or pursuits involving betting or gambling: *the sporting life of Las Vegas*." ("interesado en los deportes o las ocupaciones que entrañan juegos de azar o apuestas o relacionado con ellas: *la vida disipada de Las Vegas*"); *Webster's II New Riverside University Dictionary*, página 1124 (1988) ("Of or having to do with gambling." ("perteneciente o relativo a los juegos de azar."); *Encarta World English Dictionary*, en http://encarta.msn.com/dictionary/_sporting.html (2004) ("of gambling: relating to gambling, or taking an interest in gambling" ("perteneciente a los juegos de azar: relativo a los juegos de azar o interesado en ellos"))).

²³³ WT/DSB/M/151, párrafo 47 y WT/DSB/M/153, párrafo 47.

²³⁴ Véase WT/DSB/M/151, párrafo 47; WT/DSB/M/153, párrafo 47.

declaración en varias otras ocasiones no directamente relacionadas con el presente procedimiento.²³⁵ Aunque en la primera reunión del Grupo Especial dedicada a este asunto los Estados Unidos inicialmente parecieron haber retirado esa declaración, durante la última sesión de esa reunión del Grupo Especial expusieron una vez más su posición de que el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas de Antigua y Barbuda a los Estados Unidos era ilegal según el derecho estadounidense.²³⁶

El análisis contenido en el asunto *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior* es muy útil para evaluar el efecto de las declaraciones de los Estados Unidos ante el OSD así como ante el Grupo Especial en el presente procedimiento. En el asunto *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, los Estados Unidos "confirmaron de manera explícita, oficial, repetida e incondicional [un] compromiso [de los Estados Unidos] (...)"²³⁷, tanto en una reunión del Grupo Especial como en respuesta a preguntas formuladas por éste. Aun cuando observó que "[l]a atribución de valor jurídico internacional a declaraciones unilaterales de un Estado no debe hacerse a la ligera y debe someterse a rigurosas condiciones"²³⁸, el Grupo Especial constató que las declaraciones formuladas ante él "eran un reflejo de la política oficial de los Estados Unidos (...)" y

"fueron hechas solemnemente, de manera deliberada y para que quedase constancia de ellas, fueron repetidas por escrito y fueron confirmadas en la segunda audiencia del Grupo Especial. Esas declaraciones no se hicieron incidentalmente, en modo alguno, ni con la pasión de los argumentos. Hubo amplias oportunidades de retractarse. En vez de retractarse, los Estados Unidos incluso trataron de ahondar su compromiso jurídico a este respecto".²³⁹

El Grupo Especial llegó a la siguiente conclusión:

"Hemos comprobado a nuestra satisfacción que los representantes que comparecieron ante nosotros tenían plenos poderes para hacer tales declaraciones jurídicas y estaban actuando dentro de los límites de las facultades que se les habían conferido. (...) Es

²³⁵ Véanse, por ejemplo, la carta del Departamento de Justicia de los Estados Unidos a la Asociación Nacional de Emisoras y Televisión titulada "*Advertising for Internet Gambling and Offshore Sportsbooks Operations*" ("Publicidad de juegos de azar por Internet y operaciones extraterritoriales de correduría de apuestas deportivas"); declaración de John G. Malcolm ante el Subcomité sobre Delito, Terrorismo y Seguridad Nacional del Comité de Asuntos Judiciales, Cámara de Representantes de los Estados Unidos (29 de abril de 2003); declaración de John G. Malcolm en la sesión especial de información: Lavado de dinero y sistemas de pago en los juegos de azar por Internet (*Money Laundering and Payment Systems in Online Gambling*), patrocinada por *World Online Gambling Law Report* (20 de noviembre de 2002).

²³⁶ En la reunión final del Grupo Especial, los Estados Unidos explicaron la evidente inversión de su posición aduciendo que no *todos* los servicios de juegos de azar y apuestas estaban prohibidos, y continuaron mencionando los servicios de cálculo de chances y otras actividades sólo tangencialmente relacionadas con los juegos de azar y apuestas como admisibles, pero reafirmando que todas las actividades transfronterizas de apuestas -colocación y toma de apuestas- era ilegal en virtud del derecho estadounidense. Si bien es poco claro por qué los Estados Unidos optan en esta etapa tardía por modificar sus declaraciones originales relativas a la "prohibición total" del suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas, Antigua y Barbuda considera que este cambio de táctica es un intento de los Estados Unidos de evitar quedar comprendidos en el artículo XVI del AGCS. Véase la segunda comunicación de Antigua y Barbuda, WT/DS285, párrafo 38.

²³⁷ Informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, párrafo 7.115.

²³⁸ *Ibid.*, párrafo 7.118.

²³⁹ *Ibid.*, párrafo 7.122.

inconcebible, excepto en circunstancias extremas, que un grupo especial rechace los poderes de los representantes legales de un Miembro para exponer al grupo especial, y por conducto de él al OSD, la posición jurídica de un Miembro en lo que se refiere a su legislación interna, interpretada en función de las obligaciones que le incumben en el marco de la OMC. El sistema de los grupos especiales no funcionaría si no se pudiera presumir que se dispone de tales poderes.²⁴⁰

Con respecto a los hechos del presente procedimiento, la primera declaración de los Estados Unidos ante el OSD relativa a la "prohibición total" fue formulada por la Embajadora de los Estados Unidos ante la OMC, la Sra. Linnet F. Deily, en la reunión del OSD celebrada el 24 de junio de 2003. Fue leída en voz alta en esa reunión a los miembros del OSD, y fue inequívoca. La misma declaración fue repetida casi literalmente por el representante de los Estados Unidos en la reunión del OSD celebrada el 23 de julio de 2003. Y en la reunión del Grupo Especial celebrada el 11 de diciembre de 2003, el jefe de la delegación de los Estados Unidos, si bien restringió ostensiblemente el alcance de las declaraciones anteriores de los Estados Unidos sobre este tema, siguió afirmando con claridad que la colocación y aceptación transfronteriza de apuestas ("juegos de azar y apuestas") era ilegal según el derecho estadounidense. Según el razonamiento adoptado por el Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, el Grupo Especial está facultado para basarse en estas declaraciones de los Estados Unidos.²⁴¹ Dadas estas claras declaraciones de los Estados Unidos sobre "[su] posición jurídica (...) en lo que se refiere a su legislación interna"²⁴², en el centro de la presente diferencia, es insostenible que los Estados Unidos afirmen que Antigua y Barbuda ha alegado la "prohibición total" sobre la base de una "mera aseveración" o que, incluso, Antigua y Barbuda no ha establecido una presunción *prima facie* con respecto a las medidas de los Estados Unidos objeto del presente procedimiento.

En el asunto *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, el Grupo Especial se refirió a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Pruebas nucleares* (Australia c. Francia).²⁴³ En dicho caso, la CIJ constató que Francia se había impuesto una obligación de derecho internacional al formular reiteradamente declaraciones públicas en el sentido de que abandonaría la realización de pruebas nucleares atmosféricas. El Grupo Especial, en el asunto *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, señaló que el efecto jurídico de la declaración de los Estados Unidos en cuestión en dicho asunto no llegaba a crear una nueva obligación jurídica, pero sin embargo aplicó condiciones iguales o incluso más estrictas que las utilizadas por la CIJ en el caso *Pruebas nucleares*.²⁴⁴ En ese caso, la CIJ basó su constatación en primer lugar en las declaraciones formuladas por el Presidente de Francia y el Ministro de Defensa de Francia en sendas conferencias de prensa.²⁴⁵ Las declaraciones de los Estados Unidos en cuestión en el presente asunto no fueron formuladas en conferencias de prensa sino en el contexto de un procedimiento de solución de diferencias específico, como en el asunto *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*. Además, las declaraciones en cuestión en el presente asunto no crean una nueva obligación jurídica para los Estados Unidos, sino que únicamente describen el efecto de la

²⁴⁰ *Ibid.*, párrafo 7.123.

²⁴¹ *Ibid.*, párrafos 7.123 y 7.124.

²⁴² *Ibid.*, párrafo 7.123.

²⁴³ *I.C.J. Reports* 1974, página 253.

²⁴⁴ Informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, nota 692.

²⁴⁵ Véase el párrafo 40 de la sentencia comunicada en *I.C.J. Reports* 1974, página 253.

legislación interna existente de los Estados Unidos. De ello surge una exposición de hechos en la cual tienen derecho a basarse no sólo el Grupo Especial, sino también Antigua y Barbuda y los terceros. En referencia al informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, Antigua y Barbuda sostiene que el sistema de solución de diferencias no funcionaría si un reclamante no pudiese basarse en una declaración de esa índole al presentar y formular su reclamación en el marco del procedimiento de solución de diferencias de la OMC. En última instancia debería permitirse a un demandado "retirar" tal declaración únicamente si presenta pruebas convincentes de que su anterior declaración sobre los efectos de su legislación interna es incorrecta, lo cual los Estados Unidos no han intentado hacer. De otro modo se alentaría al demandado a formular declaraciones incorrectas sobre su propia legislación interna simplemente para complicar la argumentación del reclamante y el trabajo del grupo especial.

Aunque el presente procedimiento de solución de diferencias no se rige por el derecho estadounidense, Antigua y Barbuda considera que el derecho estadounidense en lo relativo al efecto de declaraciones como las formuladas por los Estados Unidos respecto de la prohibición total es útil para evaluar, en la medida pertinente, la intención o pensamiento de los Estados Unidos al formular sus declaraciones ante el OSD y el Grupo Especial. Si este asunto estuviera pendiente en un tribunal de los Estados Unidos, las declaraciones de los representantes de los Estados Unidos constituirían, de por sí, prueba suficiente para que un tribunal de justicia pudiese dictar una resolución definitiva sobre la cuestión de si los operadores de Antigua y Barbuda se enfrentan a una prohibición total contra el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas. En otras palabras, los propios términos empleados por los Estados Unidos ante el OSD y el Grupo Especial serían suficientes, sin necesidad de presentar ninguna otra prueba, para que un tribunal de los Estados Unidos concluyese que Antigua y Barbuda ha satisfecho la carga de probar la existencia de una medida que interfiere con el suministro de servicios de juegos de azar y apuestas en violación del AGCS.

En virtud del derecho estadounidense, las declaraciones de los Estados Unidos se considerarían una estipulación en cuanto a la existencia de una prohibición total del suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar a distancia. Una "estipulación", en un procedimiento judicial de los Estados Unidos, se define del siguiente modo:

"[U]n acuerdo, admisión u *otra concesión* hecha en un procedimiento judicial por las partes o sus abogados. La esencia de una estipulación es un acuerdo entre las partes o entre los abogados con respecto al asunto sometido a un tribunal (...). Una estipulación es un mecanismo que ahorra tiempo, utilizado para admitir pruebas necesarias, pero fundamentales o periféricas, que ambas partes en el litigio reconocen como verdaderas y que no constituyen motivo de controversia entre ellas. Una estipulación es una declaración de admisión de hechos que niega la necesidad de presentar pruebas para demostrar el hecho, y no se permite a la parte intentar con posterioridad la refutación del hecho.²⁴⁶

Las circunstancias que rodean la declaración de los Estados Unidos llevan decididamente a pensar que ésta sería considerada una estipulación en el derecho estadounidense. Durante las consultas, Antigua y Barbuda sostuvo la posición de que la mejor manera de describir las extensas medidas citadas en su anexo, tanto en forma aislada como en combinación, sería decir que son una prohibición total por parte de los Estados Unidos del suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas. La propuesta de Antigua y Barbuda reflejaba su convicción de que el concepto de "prohibición total" no era objeto de controversia y, además, serviría para acelerar el examen de esta cuestión al permitir al Grupo Especial y a las partes evitar el consumo del tiempo y los recursos

²⁴⁶ 83 *Corpus Juris Secundum* ("C.J.S.") *Stipulations* § 2 (sin cursivas en el original) (se omiten las citas internas).

necesarios para describir y definir las numerosas leyes federales y estatales que constituyen la prohibición total. En respuesta a una carta de Antigua y Barbuda²⁴⁷ en la que se planteaban las ventajas de proceder de conformidad con esta teoría, los Estados Unidos respondieron por escrito confirmando su posición de que el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar ofrecido por los operadores de Antigua y Barbuda estaba prohibido por la legislación de los Estados Unidos.²⁴⁸ Después de ello, los Estados Unidos reiteraron el concepto de "prohibición total" en las declaraciones formuladas ante el OSD y el Grupo Especial. En circunstancias en las cuales los Estados Unidos expusieron de modo consciente y voluntario su posición de que existe una prohibición total después de que el concepto fuera planteado por Antigua y Barbuda como una medida tendiente a mejorar la eficiencia, y dado que luego los Estados Unidos reiteraron y aclararon el concepto de prohibición total ante el OSD y este Grupo Especial, es evidente e inequívoco que los Estados Unidos reconocen que una o más de sus medidas sirven para prohibir los servicios de juegos de azar y apuestas a distancia ofrecidos por operadores de Antigua y Barbuda.²⁴⁹ Este reconocimiento constituye una estipulación en virtud del derecho estadounidense.²⁵⁰ El efecto de esta estipulación sería poner fin al argumento de los Estados Unidos de que Antigua y Barbuda no ha cumplido su obligación con respecto a explicar o describir las medidas objeto de reclamación. Como norma general del derecho de los Estados Unidos, las estipulaciones son concluyentes en lo que respecta a todas las materias adecuadamente contenidas y necesariamente incluidas en ellas, y a todas las materias que son parte esencial de la estipulación.²⁵¹ Por lo regular, no se permite a una parte contradecir una estipulación²⁵², aun si ésta es contraria a los hechos, y aun si la estipulación afecta los derechos legales y constitucionales de las partes en ella.²⁵³

En virtud del derecho estadounidense, las declaraciones formuladas por los Estados Unidos ante el OSD en el sentido de que la legislación estadounidense prohíbe los servicios en cuestión constituirían pruebas convincentes de la existencia del objeto de la alegación: que la legislación de los Estados Unidos prohíbe a los operadores de Antigua y Barbuda el suministro transfronterizo a

²⁴⁷ Carta de Antigua y Barbuda a los Estados Unidos (8 de mayo de 2003). Véanse los comentarios de Antigua y Barbuda sobre la solicitud de resoluciones preliminares presentada por los Estados Unidos, párrafo 7.

²⁴⁸ Carta de los Estados Unidos a Antigua y Barbuda (5 de junio de 2003). Véanse los comentarios de Antigua y Barbuda sobre la solicitud de resoluciones preliminares presentada por los Estados Unidos, nota 4.

²⁴⁹ Según el derecho estadounidense, una estipulación no debe seguir ninguna forma particular, aparte de estar formulada en términos definidos y claros, y es esencial que la estipulación cuente con la aquiescencia de las partes o sus representantes. *C.J.S Stipulations*, § 13 (se omiten las citas internas).

²⁵⁰ Según el derecho estadounidense, la cuestión de si la declaración constituye o no una estipulación debería ser decidida por un tribunal. Al hacerlo, el tribunal daría a la estipulación una interpretación amplia, o una interpretación que la haga razonable y justa para ambas partes. *C.J.S. Stipulations*, § 47. Una estipulación que admita hechos especificados a los efectos del proceso judicial, o convenga en su existencia, debe ser interpretada en su conjunto de modo justo y razonable a fin de hacer efectiva la intención de las partes, y a la luz de la totalidad del expediente y las circunstancias del caso. *Ibid.*, § 84. Una regla primaria de interpretación es determinar y hacer efectiva la intención de las partes. *Ibid.*, § 46 (se omiten las citas internas).

²⁵¹ *Ibid.*, § 6 (se omiten las citas internas).

²⁵² Una estipulación no puede desestimarse o rechazarse a voluntad; sin embargo, puede rechazarla un tribunal. La cuestión de si se ha de rechazar una estipulación queda a discreción del tribunal, y requiere un ejercicio extraordinario de sus facultades, que puede ser aceptable y apropiado sólo cuando se deja en claro que es necesario para impedir una injusticia. Esta facultad discrecional generalmente no se ejercerá para rechazar una estipulación a menos que se demuestre que hay una justificación para hacerlo, y a menos que esa decisión se adopte sin perjuicio para ninguna parte.

²⁵³ *C.J.S Stipulations*, §6 (se omiten las citas internas).

distancia de servicios de juegos de azar y apuestas a consumidores en los Estados Unidos. Este importante elemento de prueba sería de por sí suficiente para apoyar la constatación por un tribunal de los Estados Unidos de que ese país prohíbe totalmente el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas. Aunque Antigua y Barbuda no considera que los Estados Unidos nieguen la existencia de su prohibición total, si los Estados Unidos intentasen hacerlo un tribunal de ese país consideraría las declaraciones formales de los Estados Unidos ante el OSD como una "admisión de parte contraria". Las admisiones pertinentes de una parte, ya consistan en afirmaciones orales o escritas, o en comportamientos no verbales²⁵⁴, son pruebas admisibles en los tribunales de los Estados Unidos cuando son ofrecidas por una parte contraria.²⁵⁵ Las admisiones en forma de opinión son pruebas pertinentes, aun cuando la opinión sea una inferencia jurídica.²⁵⁶ Como tales, las declaraciones formuladas por los Estados Unidos ante el OSD serían aceptadas por un tribunal estadounidense como prueba de una admisión por parte de los Estados Unidos.

Es un principio general del derecho estadounidense que a una parte que haya asumido en forma consciente y voluntaria determinada posición en un procedimiento no se le permite en general asumir una posición incompatible con dicha posición en perjuicio de la parte contraria. Como simple ilustración, a una parte que incumpla un contrato por motivos especificados en el momento no se le permitirá con posterioridad, al ser demandada por daños y perjuicios, ofrecer otros motivos diferentes del incumplimiento del contrato.²⁵⁷ En el lenguaje jurídico estadounidense, la parte que incurrió en

²⁵⁴ *Wright and Miller*, 30B Federal Practice and Procedure §7015, Prueba documental AB-109, en el que se cita el caso *United States v. Nakaladski*, 481 F.2d 289 (5th Cir.1973), *cert. denied*, 414 U.S. 1064 (1973) (se constata que una sonrisa constituye una admisión) y 4 *Weinstein's Evidence* ¶ 801 d) 2) A)[01] at 801-239 (1990) (Rule 801 d) 2) "no intenta categorizar el gran número de formas en las cuales una parte * * * puede hacer una admisión. Las admisiones pueden hacerse expresamente o pueden inferirse de una conducta.").

²⁵⁵ Esta doctrina se basa en *Federal Rule of Civil Procedure 801(d)(2)*, que dice lo siguiente:

d) declaraciones que no son de oídas. Una declaración no es de oídas si (...)

2) Admisión por la parte contraria. La declaración se ofrece contra una parte y es A) la declaración de la propia parte hecha personalmente o mediante representación o B) una declaración que dicha parte ha manifestado adoptar o considerar verdadera, o C) una declaración hecha por una persona autorizada por dicha parte a formular una declaración relativa al tema, o D) una declaración hecha por un agente o empleado de dicha parte relativa a un asunto comprendido en el ámbito de la delegación o empleo, efectuada durante la existencia de la relación, o E) una declaración hecha por un confabulado con dicha parte durante el curso de la confabulación y en la prosecución de su objetivo. El contenido de la declaración será considerado pero no será por sí solo suficiente para establecer la autoridad del declarante de conformidad con el apartado C), la relación de delegación o empleo y su alcance de conformidad con el apartado D), ni la existencia de la confabulación y la participación en ella del declarante y la parte contra la cual se ofrece la declaración de conformidad con el apartado E).

²⁵⁶ *Wright and Miller*, 30B *Federal Practice and Procedure* § 7015, que cita a *Owens v. Atchison, Topeka & Santa Fe Ry. Co.*, 393 F.2d 77, 79 (5th Cir. 1968), *cert. denied*, 393 U.S. 855, 89 S.Ct. 129, 21 L.Ed.2d 124 (1968) ("Está bien establecido que la norma relativa a la opinión no es aplicable a las admisiones de las partes"); véase también *McCormick, Evidence* § 256 at 141-42 (quinta edición 1999).

²⁵⁷ *David J. Joseph Co v. United States*, 82 F.Supp. 345 (Ct. Cl. 1949) (en el que se sostiene que en el caso en el que los Estados Unidos cancelaron un contrato para recibir chatarra de hierro de una empresa por una única razón declarada, tenían vedado por preclusión (*estoppel*) alegar durante el proceso como defensa para romper el contrato que lo habían cancelado por otra razón).

incumplimiento en este ejemplo tendría vedado por preclusión ("would be estopped from") modificar su posición.²⁵⁸

Debido a que los Estados Unidos formularon estas declaraciones con respecto a la prohibición total en el curso del presente procedimiento, si este asunto estuviera pendiente en un tribunal de ese país, los Estados Unidos tendrían vedado por preclusión aducir ahora que no existe una prohibición total. La doctrina de la preclusión ("*estoppel*") judicial se plantea en el marco de la jurisprudencia de los Estados Unidos cuando una parte intenta hacer valer, en un procedimiento judicial o cuasijudicial, una posición contraria a una posición adoptada por esa misma parte en un procedimiento judicial o cuasijudicial anterior.²⁵⁹ Los tribunales de los Estados Unidos han reconocido que es un error permitir que una persona abuse del proceso judicial defendiendo una posición y después defendiendo una posición diferente en el momento en que la posición modificada pasa a beneficiarle.²⁶⁰ Si se aplica esta doctrina, el tribunal de justicia competente en el procedimiento subsiguiente impedirá ("*will estop*") que la parte haga valer una posición de hecho o de derecho contraria a la alegada en el procedimiento anterior.²⁶¹ El Gobierno de los Estados Unidos está sujeto, al igual que cualquier otro litigante, a una preclusión judicial siempre que se invoque adecuadamente esa doctrina.²⁶²

Estados Unidos

En la reunión del OSD de 24 de junio de 2003, los Estados Unidos afirmaron que habían "aclarado que el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas está prohibido por el derecho estadounidense" y que "[l]o está por igual para los proveedores de servicios nacionales y los extranjeros". Los Estados Unidos mantienen estas declaraciones. Dos aclaraciones pueden ser de utilidad. En primer lugar, los Estados Unidos no dijeron en ese momento que esta prohibición era "total", y han aclarado reiteradamente que no lo es. En ocasión de la reunión del OSD, dicha aclaración era innecesaria porque estábamos hablando en el contexto de alegaciones que en ese momento considerábamos relacionadas con la transmisión de apuestas por Internet o por teléfono por parte de los proveedores de servicios de Antigua y Barbuda, acciones que ciertamente están prohibidas por el derecho estadounidense. En segundo lugar, nuestra observación sobre la aplicabilidad de esta prohibición a los proveedores de servicios nacionales debería haber dejado claro que la prohibición a la que nos referíamos no era una restricción del suministro transfronterizo *per se*; en cambio, nos referíamos a leyes de aplicación general que se aplican igualmente al suministro

²⁵⁸ Véase, por ejemplo, *United States v. Smith*, 781 F.2d 184 (10th Cir. 1986). ("[A] pesar de la posición adoptada anteriormente por el Fiscal de los Estados Unidos, el Gobierno pretende ahora sostener que carece de importancia la cuestión de si [un funcionario del Gobierno cumplió determinados procedimientos]. No permitiremos este tardío y radical cambio de posición."). *Ibid.*, página 185.

²⁵⁹ T. Scott Belden, "Judicial Estoppel in Civil Action Arising from Representation or Conduct in Prior Administrative Proceeding", 99 *American Law Reports* 5th 65 (2002). Véase también 31 *C.J.S. Estoppel and Waiver*, § 140 (en el que se afirma que "[g]eneralmente, una parte tiene vedado por preclusión ('*is estopped from*') asumir posiciones incompatibles en el curso de un mismo procedimiento judicial").

²⁶⁰ 99 A.L.R. 5th, 65, § 2.

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² *United States v. Levasseur*, 699 F.Supp 965 (D. Mass, 1988). (en el que se afirma que "[e]n su esencia, esta doctrina prohíbe a una parte hacer valer posiciones incompatibles en los procedimientos judiciales. Esta doctrina se ha desprendido de "una renuencia judicial universal a permitir a los litigantes actuar de forma irresponsable y desconsiderada ('*play fast and loose*') en los tribunales según las vicisitudes del interés propio" así como de un deseo de "proteger de abusos el procedimiento judicial". 1B J. Moore & J. Lucas, *Moore's Federal Practice* ¶ 0.405[8] (segunda edición 1984) (en el que se cita *Scarano v. Central R. Co. of New Jersey*, 203 F.2d 510, 513 [3d Cir.1953] [Hastie, J])).

transfronterizo y al suministro de servicios similares (es decir, el suministro a distancia) dentro de los Estados Unidos.

Ambas declaraciones estaban implícitas en nuestras observaciones formuladas en la reunión del OSD. Antigua y Barbuda se equivoca al interpretar estas observaciones como una "concesión" o incluso un apoyo de la existencia de la supuesta "prohibición total" del suministro transfronterizo de todos los servicios de juegos de azar. Como hemos declarado reiteradamente, no existe tal "prohibición total" en virtud del derecho interno estadounidense. Lo que es más importante, dado que el concepto de "prohibición total" está privado de todo significado o efecto jurídico tanto según el derecho estadounidense como según el AGCS, las afirmaciones de Antigua y Barbuda sobre dicho concepto no contribuyen en nada a su alegación de presunción *prima facie*.

Para Antigua y Barbuda:

- 10. ¿ Impugna Antigua y Barbuda: i) las disposiciones legislativas y reglamentarias concretas de las que se alega que equivalen a una prohibición del suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas en sí mismas; y/o ii) la aplicación concreta de dichas disposiciones; y/o iii) la práctica de los Estados Unidos relativa al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas? Sírvanse identificar todas las disposiciones legislativas y reglamentarias pertinentes.**

Antigua y Barbuda

Antigua y Barbuda impugna los tres aspectos, que están intrínsecamente vinculados y son todos elementos de la prohibición total que Antigua y Barbuda pretende impugnar en el presente asunto. Se da a las *disposiciones legislativas y reglamentarias* un efecto práctico por su *aplicación* a casos concretos. Por ejemplo, si los Estados Unidos mantuvieran su prohibición pero no la hicieran efectiva, entonces el menoscabo de las ventajas resultantes para Antigua y Barbuda del AGCS sería mucho menos sustancial y probablemente Antigua y Barbuda no habría iniciado el presente procedimiento. La *práctica* de los Estados Unidos relativa al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas también se basa o pretende basarse en disposiciones legislativas y reglamentarias.²⁶³ En opinión de Antigua y Barbuda, no sería lógico ni eficaz impugnar alguno de estos elementos sin impugnar los demás.

En la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Antigua y Barbuda, se afirma lo siguiente: "La prohibición total de los servicios de juegos de azar y apuestas ofrecidos desde fuera de los Estados Unidos parece estar en conflicto con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en virtud del AGCS y de su Lista de compromisos específicos anexa al AGCS (y en particular el sector 10.D de ésta) (...)": El objetivo de esta declaración era someter la propia "prohibición total" a la consideración del Grupo Especial. Aunque no niegan la prohibición total, los Estados Unidos insisten en que Antigua y Barbuda debe explicar a los Estados Unidos y al Grupo Especial cómo se interpreta exactamente esa prohibición total en virtud del derecho estadounidense. Antigua y Barbuda ha adoptado sistemáticamente la posición de que forzarla a hacerlo -en las palabras de los Estados Unidos "una tarea imposible, en nuestra opinión"²⁶⁴- es inútilmente oneroso y desviaría los esfuerzos del Grupo Especial hacia el ejercicio necesario para entender los detalles mínimos del ordenamiento jurídico estadounidense, cuando esos detalles no deberían afectar al resultado del presente procedimiento.

²⁶³ Véanse, por ejemplo, la Garantía de Desistimiento (*Assurance of Discontinuance*) firmada en agosto de 2002 entre el Fiscal General del Estado de Nueva York y Paypal Inc. y el examen de ese documento que figura en la respuesta de Antigua y Barbuda a la pregunta 29 del Grupo Especial.

²⁶⁴ Véase la sección III.B.3 del presente informe.

Antigua y Barbuda considera que es lógico y eficiente impugnar la prohibición total de los Estados Unidos, como una medida en sí misma y por sí misma, compuesta de disposiciones legislativas y reglamentarias, aplicaciones y prácticas concretas que tanto separada como conjuntamente menoscaban las ventajas resultantes para Antigua y Barbuda del AGCS. El reciente informe del Órgano de Apelación acerca del asunto *Estados Unidos - Examen por extinción: acero resistente a la corrosión*²⁶⁵ confirma que es jurídicamente posible impugnar tal prohibición total, y que si bien el Grupo Especial debe, como cuestión de fondo, establecer el menoscabo de las ventajas resultantes para Antigua y Barbuda del AGCS ocasionado por la prohibición total, no está obligado, como cuestión preliminar de competencia, a examinar todas las leyes, reglamentos, aplicaciones y prácticas nacionales que puedan contribuir al menoscabo de dichas ventajas.

La finalidad del presente procedimiento de solución de diferencias es tratar la cuestión del menoscabo de las ventajas resultantes para Antigua y Barbuda del AGCS. A este respecto, Antigua y Barbuda impugna básicamente cada disposición legislativa que pueda interpretarse que forma parte de la prohibición total por los Estados Unidos del suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas. Las disposiciones legales en las que más parecen basarse los Estados Unidos en sus medidas de aplicación de la ley, o que es más probable que formen parte de la prohibición total, se enumeraron en el anexo de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Antigua y Barbuda y también se presentaron al Grupo Especial, junto con resúmenes. El hecho de que la prohibición total esté constituida por un gran número de diferentes disposiciones legales no significa que los Estados Unidos tengan que derogar o modificar cada una de estas disposiciones legislativas para poner su legislación en conformidad con sus obligaciones contraídas en el marco del AGCS. Como se señaló en la declaración inicial formulada por Antigua y Barbuda en la primera reunión del Grupo Especial, el Gobierno Federal de los Estados Unidos posee la facultad de legislar en la esfera del comercio internacional de una forma que prevalezca sobre todas las leyes y reglamentos contradictorios de los Estados.²⁶⁶ Además, un número considerable de las leyes que actualmente pueden aplicarse contra los servicios de juegos de azar y apuestas suministrados por Antigua y Barbuda debido a que estos servicios se consideran actualmente "ilegales" ya no serían aplicables porque, una vez "autorizados", los servicios suministrados por Antigua y Barbuda serían "legales". En cualquier caso, lo que importa a Antigua y Barbuda, y lo que importa a los efectos de la solución de diferencias de la OMC, es que los Estados Unidos pongan fin al menoscabo de sus obligaciones dimanantes de un tratado proporcionando acceso al mercado para el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas por Antigua y Barbuda de conformidad con sus obligaciones contraídas en virtud del AGCS. No importa cómo se estructure formalmente este acto conforme al derecho estadounidense.

Estados Unidos

Dejando a un lado las cuestiones relativas a la falta de establecimiento de una presunción *prima facie* por parte de Antigua y Barbuda, sobre la cual los Estados Unidos ya han formulado comentarios, la pregunta del Grupo Especial apunta a una cuestión diferente relativa al ámbito de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Antigua y Barbuda. Los Estados Unidos consideran que las únicas alegaciones comprendidas en el ámbito de la solicitud de establecimiento presentada por Antigua y Barbuda (y, por consiguiente, en el mandato del Grupo Especial) serían alegaciones contra disposiciones legislativas y reglamentarias concretas "en sí mismas" y/o el efecto colectivo de dos o más de tales disposiciones. La solicitud de establecimiento de un grupo especial no expresa ninguna alegación contra aplicaciones particulares de esas medidas, y

²⁶⁵ Véase el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Examen por extinción: acero resistente a la corrosión*.

²⁶⁶ Véase la sección III.B.3 del presente informe.

la aclaración de Antigua y Barbuda, aceptada por el Grupo Especial, parecería confirmar que no hay una alegación de ese tipo comprendida en el ámbito de la solicitud de establecimiento.²⁶⁷ En la medida en que Antigua y Barbuda planteó la aplicación de leyes y reglamentos en su solicitud de establecimiento, indicó ejemplos de esa aplicación sólo como un intento de ilustrar la existencia de "una prohibición general contra el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas en los Estados Unidos" en sí misma.²⁶⁸

11. ¿A qué "autorización para el suministro" se refiere Antigua y Barbuda en el párrafo 88 de su primera declaración oral? Sírvanse identificar los casos en los que se denegó la "autorización para el suministro" en los Estados Unidos y dar detalles de los mismos.

Antigua y Barbuda

En su declaración inicial ante el Grupo Especial, formulada en la primera reunión sustantiva de las partes, Antigua y Barbuda afirmó que "es imposible que los proveedores de Antigua y Barbuda obtengan una autorización para el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar." Lo que se quería decir con ello no era que los operadores de Antigua y Barbuda hubiesen solicitado suministrar servicios de juegos de azar y apuestas a los Estados Unidos y que éstos lo hubiesen negado; la cuestión era que, en virtud del derecho estadounidense, es imposible que los proveedores de Antigua y Barbuda cumplan los criterios de autorización. Hay dos razones para ello. La primera es obvia: el Gobierno de los Estados Unidos considera ilegal el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas, y, por tanto, sería ilegal que los proveedores de Antigua y Barbuda obtuvieran autorización en el marco de la legislación estadounidense tal como existe actualmente. En la primera reunión del Grupo Especial, Antigua y Barbuda solicitó a los Estados Unidos que explicasen cómo podrían suministrar legalmente los proveedores de Antigua y Barbuda servicios de juegos de azar y apuestas en los Estados Unidos. Como respuesta, los Estados Unidos confirmaron que ello no era posible.

En segundo lugar, según las leyes o prácticas de cada Estado que prevé juegos de azar autorizados por el Estado en una forma u otra, las condiciones de las que depende la obtención del derecho a suministrar servicios de juegos de azar en el Estado excluyen por definición la admisibilidad de los operadores de Antigua y Barbuda para las actividades transfronterizas. Por consiguiente, incluso si los Estados Unidos no mantuvieran su prohibición total, los operadores de Antigua y Barbuda tampoco podrían ofrecer legalmente sus servicios en el marco de los sistemas de autorización de los diferentes Estados.²⁶⁹

12. En el párrafo 3 de su primera declaración oral, Antigua y Barbuda ilustra su alegación de que para los operadores de Antigua y Barbuda es ilegal suministrar servicios de juegos de azar y apuestas en los Estados Unidos señalando que los Estados Unidos han encarcelado al operador de una empresa de Antigua y Barbuda. ¿Podría proporcionar Antigua y Barbuda más detalles con respecto a este ejemplo? ¿Existen otros casos que ilustren el argumento de Antigua y Barbuda? En caso afirmativo, sírvanse suministrar detalles.

²⁶⁷ Véase la Comunicación del Grupo Especial del 29 de octubre de 2003, párrafo 31, reproducida en el anexo B del presente informe.

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ Véanse los ejemplos de sistemas de autorización estatal contenidos en la Segunda comunicación de Antigua y Barbuda, WT/DS285, párrafos 26-29.

Antigua y Barbuda

El caso mencionado es el caso *United States v. Jay Cohen*.²⁷⁰ El caso *Cohen* entraña el enjuiciamiento en virtud de la Ley de Comunicaciones por Cable (*Wire Act*)²⁷¹ de un ciudadano estadounidense que se había mudado a Antigua y Barbuda y había establecido allí una empresa para ofrecer servicios de juegos de azar y apuestas en -entre otros lugares- los Estados Unidos de manera transfronteriza. En 1996, el Sr. Cohen, entonces un operador de opciones en el *Pacific Stock Exchange*, de 29 años, titulado en ingeniería nuclear por la Universidad de California en Berkeley, se mudó a Antigua y Barbuda con varios colegas y constituyó una empresa de Antigua y Barbuda, *World Sports Exchange Limited* ("WSE"), para explotar un sitio Web de apuestas deportivas. WSE fue autorizada inicialmente en 1996 por el Gobierno de Antigua y Barbuda para suministrar esos servicios y desde entonces estuvo autorizada y ha estado funcionando continuamente. En 1998, el Sr. Cohen figuró entre los aproximadamente 20 operadores de empresas de Antigua y Barbuda y otras empresas extranjeras dedicadas al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas que fueron acusados por el Gobierno de los Estados Unidos de infringir la Ley de Comunicaciones por Cable simplemente por suministrar estos servicios a consumidores del Estado de Nueva York.

Aunque la mayoría de las personas acusadas concertaron algún tipo de acuerdo de negociación con los Estados Unidos o simplemente han permanecido fuera de ese país y no son perseguibles judicialmente, el Sr. Cohen regresó a los Estados Unidos de Antigua y Barbuda con la sola finalidad de responder a los cargos en su contra. El Sr. Cohen estaba convencido de que no podría ser declarado culpable de infringir la Ley de Comunicaciones por Cable²⁷² porque había diseñado específicamente las actividades de WSE según el modelo de Capital OTB, una empresa interna de los Estados Unidos que ofrece apuestas interestatales por teléfono desde hace más de 20 años, así como más recientemente por conducto de Internet, sin haber sido enjuiciada en virtud de la Ley de Comunicaciones por Cable. Cuando el Sr. Cohen intentó hacer valer en su defensa su convicción de la legalidad de las actividades de WSE en virtud de la ley estadounidense y sus esfuerzos por cumplir la ley estadounidense en la organización y explotación de WSE, el juez presidente de la sala consideró que esas convicciones y esfuerzos no eran pertinentes. A este respecto es, cuando menos, notable que durante el juicio del Sr. Cohen el Departamento de Justicia de los Estados Unidos haya declarado ante el tribunal de primera instancia que la comparación con Capital OTB no era pertinente porque las operaciones interestatales de dicha empresa no estaban prohibidas por la Ley de Comunicaciones por Cable, mientras que las operaciones de WSE lo estaban.²⁷³ Esta declaración ante el tribunal en el caso *Cohen* sobre la legalidad de las actividades de Capital OTB es claramente contraria a lo que los Estados Unidos dijeron al Grupo Especial en el presente asunto.²⁷⁴ El Sr. Cohen fue finalmente condenado y su sentencia fue confirmada por el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos. El juez presidente condenó al

²⁷⁰ *United States v. Cohen*, 260 F.3d 68 (2nd Cir. 2001), *cert. denied*, 122 S. Ct. 2587 (2002).

²⁷¹ 18 U.S.C. § 1084.

²⁷² Una de las declaraciones que el Sr. Cohen pronunció en su defensa fue que había diseñado las actividades de WSE según el modelo de Capital OTB descrito en la primera comunicación de Antigua y Barbuda. Véase *Cohen Trial Transcript*, páginas 838, 859-869 (testimonio del Sr. Cohen de fecha 22 de febrero de 2000 en su juicio celebrado en Nueva York).

²⁷³ *Cohen Trial Transcript*, página 857 (declaración de la Sra. Pesce en representación del Departamento de Justicia de los Estados Unidos).

²⁷⁴ En la reunión del Grupo Especial y las partes del 10 de diciembre de 2003, el representante de los Estados Unidos declaró que las operaciones de empresas tales como Capital OTB eran contrarias a la ley federal.

Sr. Cohen a 21 meses en una prisión federal y dos años adicionales de libertad condicional supervisada. En la fecha de las presentes respuestas, el Sr. Cohen está encarcelado en una prisión federal ubicada -hecho no carente de ironía- en Las Vegas, Nevada.

Los Estados Unidos también adoptan medidas represivas contra los intermediarios financieros y las empresas de medios de comunicación que hacen publicidad de servicios extranjeros de juegos de azar y apuestas. Dichas medidas se consideran un impedimento más eficaz del suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar que el enjuiciamiento de personas que no están físicamente presentes en los Estados Unidos.²⁷⁵ Hay ejemplos de este tipo de medidas en diversas pruebas documentales presentadas por Antigua y Barbuda. Entre otros ejemplos de medidas adoptadas por las autoridades federales y estatales de los Estados Unidos para impedir el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas figuran el procedimiento iniciado por el Fiscal General del Estado de Nueva York en virtud de leyes penales estatales, la Ley de Comunicaciones por Cable (*Wire Act*) y la Ley de Viajes (*Travel Act*) en el caso *World Interactive Gaming Corp*²⁷⁶ y el enjuiciamiento -que no prosperó- en el caso *United States v. Truesdale*²⁷⁷ de un proveedor de servicios de juegos de azar por Internet basado en la República Dominicana, en virtud de la Ley sobre actividades ilícitas de juegos de azar (*Illegal Gambling Business Act*).²⁷⁸ Además, las autoridades de los Estados siguen adoptando medidas para prohibir o impedir la oferta de suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas. Al igual que la reciente carta de los Estados Unidos que aconseja a las empresas publicitarias no permitir la publicidad de servicios extranjeros de juegos de azar por Internet²⁷⁹, los Estados han hecho otro tanto y adoptado medidas similares. Un ejemplo de tales medidas estatales se ha dado a conocer recientemente en Alabama.²⁸⁰

²⁷⁵ Véase *Unlawful Internet Gambling Funding Prohibition Act and the Internet Gambling Licensing and Regulation Commission Act*, Audiencia ante el Subcomité sobre el Crimen, Terrorismo y Seguridad Nacional del Comité de la Magistratura, 108th Congress 10 (2003), página 70.

²⁷⁶ *Vacco ex rel. People v. World Interactive Gaming Corp.*, 714 N.Y.S.2d 844, 854 (N.Y. Sup. Ct. 1999). Si bien el caso *Vacco* entrañaba elementos que no estaban presentes en el caso *Cohen*, tales como alegaciones de fraude contra los inversores, el Fiscal General de Nueva York en el caso *Vacco* hizo valer que la Ley de Comunicaciones por Cable (*Wire Act*) prohibía el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas de Antigua y Barbuda a los Estados Unidos.

²⁷⁷ 152 F.2d 443 (5th Cir. 1998). Contrariamente a la determinación del tribunal sobre el caso *Cohen*, en el caso *Truesdale* el tribunal de justicia sostuvo que los servicios de juegos de azar y apuestas se suministraban desde fuera de los Estados Unidos y tenían lugar fuera de los Estados Unidos, y por consiguiente no era ilegales en virtud del derecho estadounidense.

²⁷⁸ 18 U.S.C. § 1955.

²⁷⁹ Carta del Departamento de Justicia de los Estados Unidos a la Asociación Nacional de Emisoras y Televisión titulada "*Advertising for Internet Gambling and Offshore Sportsbooks Operations*" (Publicidad de juegos de azar por Internet y operaciones extraterritoriales de correduría de apuestas deportivas) (11 de junio de 2003).

²⁸⁰ Además de Alabama, varios Estados han advertido a los anunciantes que no acepten negocios de operadores de juegos de azar con sede en el extranjero. En 1997, el Fiscal General de Florida advirtió a los anunciantes que estaban promocionando ilegalmente juegos de azar ilegales en virtud de la legislación de Florida al promocionar empresas extraterritoriales de juegos de azar. Fiscal General de Florida, Comunicado de prensa: *Western Union Cuts off Sports Betting Accounts* (23 de diciembre de 1997). Véase también la declaración de John Malcolm (20 de noviembre de 2002). (En la que se indica que, en 2001, el Fiscal General de Colorado advirtió a los anunciantes que no hicieran publicidad de operadores extranjeros de juegos de azar por Internet y, en 2000, la Comisión de Carreras de Caballos de California envió avisos a todas las estaciones de radio para que dejaran de emitir anuncios publicitarios para operadores extranjeros de juegos de azar.)

En Alabama, la ley del Estado establece que una persona comete el delito de "promover los juegos de azar" tipificado por la legislación estatal si a sabiendas fomenta una actividad ilegal de juegos de azar u obtiene beneficios con ella de otro modo que en calidad de jugador.²⁸¹ En noviembre de 2003, la Oficina del Fiscal General de Alabama ordenó a WJOX-AM de Birmingham, Alabama, una estación de radio deportiva, que pusiese fin a la difusión de anuncios publicitarios de operaciones de juegos de azar por Internet o se expondría a un enjuiciamiento penal. La advertencia se envió mediante una carta de Richard Allen, primer adjunto del Fiscal General de Alabama Bill Pryor. En esa carta, Allen informaba a la estación de radio de que la Oficina del Fiscal General de Alabama había examinado la difusión de anuncios publicitarios de operaciones de juegos de azar por teléfono e Internet difundidos por la estación de radio. "Si se pone fin inmediatamente a los anuncios publicitarios, esta oficina no prevé adoptar nuevas medidas. Sin embargo, esta es la segunda vez que nos comunicamos con ustedes en relación con este tipo de actividades," escribió Allen. Promover los juegos de azar es una falta castigada con una pena máxima de un año de prisión y una multa de 2.000 dólares EE.UU. Allan advirtió que cada transmisión de un anuncio publicitario sería considerada un delito en sí. Como resultado de la carta del Fiscal General, los conductores de radio de WJOX-AM han informado a los oyentes de que ya no pueden continuar llamando para hablar sobre líneas de juegos de azar o apuestas, un tema frecuente durante la temporada de fútbol americano universitario.²⁸²

Estados Unidos

Antigua y Barbuda parece referirse al caso de Jay Cohen, un ciudadano estadounidense que llevó a cabo una operación ilegal de juegos de azar por Internet desde Antigua y Barbuda. Cohen fue detenido en marzo de 1998 y condenado tras un juicio de 10 días en febrero de 2000. Los hechos del caso se describen en el expediente de la apelación del asunto *United States v. Cohen*, 260 F.3d 68 (2nd Cir. 2001) (donde se confirma la condena de Cohen).²⁸³

Para los Estados Unidos:

13. **¿Cómo concilian los Estados Unidos su afirmación, en el párrafo 46 de su primera declaración oral, de que "no existe una prohibición general del suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas en virtud del derecho estadounidense" con sus declaraciones recogidas en los párrafos 47 de los documentos WT/DSB/M/151 y WT/DSB/M/153, respectivamente, de que el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas está prohibido por el derecho estadounidense? Sírvanse suministrar una lista de las transacciones que estarían incluidas en los "servicios de juegos de azar y apuestas".**

Estados Unidos

Los Estados Unidos han contestado la primera parte de la pregunta del Grupo Especial en su respuesta a la pregunta 9 *supra*. Con respecto a una lista de las transacciones que estarían incluidas en los "servicios de juegos de azar y apuestas", los "servicios de juegos de azar y apuestas", como indicaron anteriormente los Estados Unidos, no aparecen en la Lista de los Estados Unidos ni en el documento W/120. Y la CPC provisional (el único documento que se refiere a esta expresión) no

²⁸¹ Ala. Code § 13A-12-22.

²⁸² "State Warns All Sports Station About Gambling Ads", *Gadsden Times* (Alabama) (8 de noviembre de 2003) (<http://www.gadsdentimes.com/apps/pbcs.dll/article?AID=/20031107/APN/311071052&cachetime=5>).

²⁸³ *United States v. Cohen*, 260 F.3d 68 (2nd Cir. 2001), *cert. denied*, 122 S. Ct. 2587.

incluye una lista de esa índole. Sin embargo, los Estados Unidos no pueden concebir que haya alguna base para que Antigua y Barbuda pueda afirmar que los "servicios de juegos de azar y apuestas" excluyen los servicios que entrañan la organización y/o facilitación de los juegos de azar pero no entrañan la transmisión efectiva de apuestas.²⁸⁴

14. ¿Cuál es la condición jurídica de la [Internet Gambling Prohibition Act](#) (Ley de Prohibición de Juegos de Azar por Internet) (mencionada en Estados Unidos - Prueba documental 4), la [Unlawful Internet Gambling Funding Prohibition Act](#) (Ley de Prohibición de Apuestas Ilegales por Internet) (mencionada en Estados Unidos - Prueba documental 5) y la [Internet Gambling Licensing and Regulation Commission Act](#) (Ley de la Comisión de Autorización y Reglamentación de los Juegos de Azar por Internet) (mencionada en Estados Unidos - Prueba documental 5)? Sírvanse suministrar el texto de estos documentos.

Estados Unidos

Se trata de proyectos de ley (es decir, medidas propuestas) que se debatieron en el Congreso. Ninguno de ellos se ha convertido en ley.²⁸⁵ Los Estados Unidos han proporcionado al Grupo Especial los elementos fundamentales del testimonio presentado al Congreso durante la consideración de estos proyectos de ley como prueba de las diversas cuestiones y preocupaciones que se plantean actualmente en torno a los juegos de azar por Internet. Se adjunta el texto de los proyectos de ley no adoptados.

C. ARTÍCULO XVI

Para los Estados Unidos:

15. Cuando un Miembro haya contraído compromisos plenos de acceso a los mercados sobre el suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas, ¿podría una prohibición del suministro a distancia de esos servicios en ese Miembro permitir al mismo Miembro sostener que no existe violación del artículo XVI del AGCS? Tengan a bien formular observaciones al respecto.

Estados Unidos

Sí. Como se analizó en la segunda comunicación de los Estados Unidos, una "prohibición" no es *ipso facto* incompatible con el artículo XVI del AGCS. Un grupo especial debe examinar si la supuesta prohibición constituye una limitación que responde a los criterios precisos del párrafo 2 del artículo XVI. Esos criterios se relacionan tanto con el objeto de la limitación como con su forma y/o manera de expresión precisas. Una limitación que no responda a estos criterios no constituye una violación del párrafo 2 del artículo XVI.

Antigua y Barbuda

El artículo XVI no constituye una cláusula de no discriminación ni de trato nacional. El que una medida que viola el artículo XVI (en este caso una prohibición del suministro transfronterizo) se aplique o no también en un Miembro carece de pertinencia para la aplicación del artículo XVI. El

²⁸⁴ En la sección III.B.3 se enumeran ejemplos de esos servicios.

²⁸⁵ La utilización de la palabra "Act" ("Ley") en los títulos de las propuestas refleja una convención legislativa de los Estados Unidos para denominar los proyectos de ley propuestos ("bills"); no significa que se haya sancionado una ley.

párrafo 6 de las Directrices para la consignación en Listas de 1993 enumera cuatro ejemplos de limitaciones al acceso a los mercados comprendidas en el párrafo 2 a) del artículo XVI: i) licencia para abrir un nuevo restaurante basada en una prueba de necesidades económicas; ii) contingentes establecidos anualmente para médicos extranjeros; iii) monopolio público o privado de los servicios de contratación de mano de obra; y iv) requisitos de nacionalidad para proveedores de servicios (equivalentes a un contingente nulo). Incluyen claramente ejemplos de medidas que se aplican por igual a los servicios y proveedores de servicios extranjeros y nacionales. Sin embargo, estas medidas están sujetas al párrafo 2 a) del artículo XVI. El último ejemplo, el del requisito de nacionalidad, confirma además que, en contra de lo que sostienen los Estados Unidos, el párrafo 2 a) del artículo XVI comprende, como equivalente a un contingente nulo, una prohibición total que no se expresa numéricamente (a pesar del hecho de que, nominalmente, también se aplica un requisito de nacionalidad a los proveedores de servicios del Miembro en cuestión). Del mismo modo, una prohibición total del suministro a distancia da como resultado una negativa total (equivalente a un contingente nulo) del acceso a los mercados en el modo transfronterizo, pues no es posible el suministro transfronterizo si el suministro a distancia es ilegal.

En respuesta a la pregunta 1 *supra* Antigua y Barbuda explicó que las Directrices para la consignación en Listas de 1993 son sumamente pertinentes para la interpretación de la Lista de los Estados Unidos, porque son parte del contexto de todas las Listas anexas al AGCS. Las Directrices para la consignación en Listas de 1993 también son sumamente pertinentes para la interpretación del propio AGCS y del artículo XVI en particular.

El artículo XVI sólo puede aplicarse a través de compromisos específicos consignados en listas. Por consiguiente, el enfoque adoptado por los Miembros al redactar los compromisos del artículo XVI en sus listas de la Ronda Uruguay constituyen un buen indicador de la intención común de las partes con respecto al sentido del artículo XVI. Esa intención común se describe en las Directrices para la consignación en Listas de 1993 (como lo confirmaron de manera unánime y explícita todos los Miembros en las Directrices para la consignación en Listas de 2001). Las Directrices de 2001 contienen precisamente los mismos ejemplos que las Directrices de 1993.²⁸⁶ Con respecto al punto específico de que el párrafo 2 a) del artículo XVI comprende una prohibición total no numérica como equivalente a un contingente nulo, las Directrices para la consignación en Listas de 2001 valen como acuerdo ulterior entre las partes en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena. Como se indica en la respuesta a la pregunta 1, las Directrices para la consignación en Listas de 2001 fueron aprobadas de manera unánime por los Miembros. El Grupo Especial debería observar además que los propios Estados Unidos han reconocido el valor de las Directrices para la consignación en Listas de 2001 para la interpretación del artículo XVI.²⁸⁷

Comunidades Europeas

No. Las Comunidades Europeas entienden que la hipótesis del Grupo Especial supone que, además de "una prohibición del suministro a distancia de servicios de juegos de azar y apuestas en el interior de[l] Miembro" que ha asumido un compromiso de acceso al mercado, el Miembro en cuestión también mantiene una medida comprendida en uno de los apartados del párrafo 2 del artículo XVI del AGCS (como por ejemplo, en opinión de las CE, una prohibición del suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar). Habiendo concluido que una medida (como por ejemplo una prohibición del suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar) está comprendida en uno de los apartados del párrafo 2 del artículo XVI, el hecho de que el mismo Miembro mantenga simultáneamente una prohibición sobre el suministro a distancia en el ámbito nacional carece de pertinencia y ni elimina ni justifica *ipso facto* una violación del artículo XVI.

²⁸⁶ Directrices para la consignación en Listas de 2001, párrafo 12.

²⁸⁷ Véase la sección III.B.2 del presente informe.

México

Aparentemente, bajo el escenario descrito en la pregunta, a los proveedores de otros Miembros de la OMC se les podría, de hecho, negar el acceso a cualquier mercado conforme al modo 1 (transfronterizo) en la medida y asumiendo que, el término "suministro a distancia", signifique suministro transfronterizo de servicios de juegos y apuestas. Por lo tanto, los proveedores de servicios de otros Miembros de la OMC podrían otorgar un trato no menos favorable que el previsto de conformidad con los términos, limitaciones y condiciones convenidos y especificados en la Lista de un Miembro que ha hecho "compromisos completos de acceso a los mercados".

D. ARTÍCULO XVII

Para ambas partes:

- 16. Si en los Estados Unidos hay "prohibición total" del suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas, como sostiene Antigua y Barbuda, ¿acaso puede haber violación del artículo XVII?**

Antigua y Barbuda

En opinión de Antigua y Barbuda, la interpretación más apropiada de la relación entre los artículos XVI y XVII es que una determinación en el sentido de que una prohibición total del suministro transfronterizo viola el artículo XVI excluye la necesidad de evaluar si la prohibición también viola el artículo XVII. Sin embargo, Antigua y Barbuda reconoce que el texto de los artículos XVI y XVII y del párrafo 2 del artículo XX del AGCS también permite la conclusión de que los artículos XVI y XVII pueden aplicarse simultáneamente a una prohibición total del suministro transfronterizo. A este respecto, Antigua y Barbuda declara que la resolución del debate sobre la relación precisa entre los artículos XVI y XVII carece de significación práctica para el resultado del presente caso. Para Antigua y Barbuda, realmente no importa si la prohibición total de los Estados Unidos viola el artículo XVI sin afectar al artículo XVII o viola ambos artículos.

La cuestión de la superposición entre los artículos XVI y XVII parece ser una de las cuestiones jurídicas más controvertidas que se plantean en torno a la aplicación del AGCS. No obstante, esta cuestión sólo crea un problema práctico si un Miembro ha contraído compromisos diferentes de acceso a los mercados y de trato nacional con respecto al mismo sector.²⁸⁸ No es ese el caso de los subsectores de la Lista de los Estados Unidos en cuestión o posiblemente en cuestión en el presente caso: el subsector 10.D y el subsector 10.A. Por consiguiente, en el contexto específico de la presente diferencia, la cuestión de la superposición no pasa de ser técnica: con independencia de que la prohibición total de los Estados Unidos viole sólo el artículo XVI o tanto el artículo XVI como el XVII, los Estados Unidos están sujetos a la obligación de poner remedio al incumplimiento de las obligaciones que le corresponden en virtud del AGCS a causa de la prohibición total. No se trata aquí de un caso en el que diferentes aspectos de las medidas de los Estados Unidos estén sujetos al artículo XVI o al artículo XVII, respectivamente. Es simplemente una cuestión de "doble uso" del artículo XVI y el artículo XVII. Sin duda existen circunstancias en que el artículo XVI puede aplicarse a determinada situación y el artículo XVII no, y viceversa. El hecho de que en la presente diferencia las medidas de los Estados Unidos violen ambas disposiciones no disminuye la utilidad de una u otra disposición. Antigua y Barbuda cree, sin embargo, que la redacción del artículo XVII, considerado aisladamente, es lo suficientemente amplia para captar casi todas las restricciones de

²⁸⁸ Véase la nota informal de la Secretaría "Examen técnico de las disposiciones del AGCS", JOB(01)/17, de fecha 16 de febrero de 2001; véase también la nota informal de la Secretaría "Propuestas relativas a un examen técnico de las disposiciones del AGCS - Párrafo 2 del artículo XX", JOB(02)/153, de fecha 24 de octubre de 2002.

acceso a los mercados comprendidas en el artículo XVI, en particular porque abarca tanto la discriminación *de facto* como la discriminación *de jure*.²⁸⁹

El problema más amplio de la superposición entre los artículos XVI y XVII se ha descrito como un problema de "texto frente a contexto".²⁹⁰ El texto del artículo XVII permite que sea aplicado a casi todas las restricciones al acceso a los mercados abarcadas por el artículo XVI. Por otro lado, la estructura del AGCS (esto es, el hecho de que el artículo XVI exista y se le otorgue un lugar de la misma relevancia que el artículo XVII en el AGCS y en las Listas anexas al AGCS) indica que entre los dos debe trazarse una distinción significativa. Aunque no ha podido examinar los antecedentes de la negociación de estas disposiciones, Antigua y Barbuda se ha encontrado con lo que parecen ser observaciones contradictorias sobre la historia de la negociación. Algunas hacen pensar que los negociadores trabajaron sobre la base de trazar una línea divisoria entre los artículos XVI y XVII²⁹¹; otras, que los negociadores eran conscientes de que había superposición.²⁹² En opinión de Antigua y Barbuda, la interpretación más apropiada de la relación entre los artículos XVI y XVII es la de una "jerarquía práctica" en la que: i) el artículo XVI concierne a "la llave de la puerta", esto es, la normativa que afecta a la capacidad de un operador de acceder a un mercado; y ii) el artículo XVII concierne a las reglamentaciones que distorsionan la competencia a favor de los proveedores nacionales una vez que un operador ha "entrado por la puerta" y está realizando actividades en el mercado.

Con arreglo a ese enfoque, el alcance del artículo XVII se define negativamente por el alcance del artículo XVI: si una medida está abarcado por el artículo XVI, no lo está por el artículo XVII. Esta interpretación no conduce a un resultado inaceptable en una situación en la que un Miembro no tenga compromisos en la columna del acceso a los mercados y tenga un compromiso pleno en la columna del trato nacional, situación que se percibe como el problema práctico más importante que plantea la superposición de los artículos XVI y XVII.²⁹³ En tal situación, la interpretación propuesta por Antigua y Barbuda implicaría que en la medida en que un Miembro no mantenga medidas contrarias al artículo XVI (lo que quiere decir que permite el acceso a los mercados aun cuando ello vaya más allá de los compromisos consignados en su lista) debe otorgar el trato nacional. El valor de ese compromiso de trato nacional será, por supuesto, limitado porque los agentes comerciales sabrán que la normativa de la OMC permite al Miembro restringir el acceso al mercado y prohibir la entrada en él. No obstante, en tanto se les permita el acceso al mercado tendrá que concedérseles el trato nacional.

²⁸⁹ Un Miembro puede, por ejemplo, mantener una limitación cuantitativa de cinco proveedores en determinado subsector que sea igualmente aplicable a los proveedores extranjeros y a los nacionales. En muchas circunstancias, esto dará como resultado una discriminación *de facto* a favor de, por ejemplo, los tres proveedores que ya estén operando en el mercado.

²⁹⁰ A. Mattoo, "National Treatment in the GATS", 31 *Journal of World Trade* de 1997, páginas 107-135, en página 113. El Sr. Mattoo es uno de los más distinguidos comentaristas del AGCS y trabajaba en la División de Comercio de Servicios de la Secretaría de la OMC en el momento en que escribió el artículo.

²⁹¹ *Ibid.*, en páginas 115-116.

²⁹² Nota informal de la Secretaría, "Propuestas relativas a un examen técnico de las disposiciones del AGCS - Párrafo 2 del artículo XX", JOB(02)/89, de fecha 16 de julio de 2002.

²⁹³ Una interpretación amplia del artículo XVII, estrictamente basada en el texto, sería problemática en la situación del ejemplo (ningún compromiso de acceso a los mercados y un compromiso pleno de trato nacional): si el artículo XVII abarcara también medidas comprendidas en el artículo XVI, quedaría sin efecto la restricción sobre el acceso a los mercados inscrita en la lista porque la medida violaría el artículo XVII y no podría mantenerse. Las partes no pueden haber tenido la intención común de anular las limitaciones al acceso a los mercados introducidas específicamente por los Miembros en sus listas.

Antigua y Barbuda alega que esta interpretación de "jerarquía práctica" está apoyada por: i) la estructura del AGCS; ii) el lugar igualmente prominente que ocupan los artículos XVI y XVII en las Listas del AGCS; iii) la norma de que una interpretación debe dar sentido y efecto a todos los términos de un tratado; y el paralelismo entre el GATT y el AGCS, que fue una de las premisas de trabajo de los negociadores. La situación se complica, sin embargo, por el párrafo 2 del artículo XX del AGCS. Éste parece confirmar que las medidas pueden estar sujetas tanto al artículo XVI como al artículo XVII. Sin embargo, excluye al mismo tiempo la posibilidad de que se pueda utilizar al artículo XVII para menoscabar la efectividad de las restricciones sobre la aplicación del artículo XVI (como en el ejemplo arriba descrito del Miembro que no contrajo compromisos de acceso a los mercados y sí un compromiso pleno de trato nacional).²⁹⁴ En opinión de Antigua y Barbuda esto confirma que, incluso si el texto de los artículos XVI y XVII permite superponer la aplicación o el "doble uso", la intención común de las partes fue que este no fuera el caso y que las disposiciones se aplicaran por separado. Por otra parte, podría interpretarse que el párrafo 2 del artículo XX apoya la interpretación textual de que los artículos XVI y XVII pueden aplicarse a una misma medida. En opinión de Antigua y Barbuda, esta no es la interpretación más apropiada pero no es una interpretación inapropiada y el Grupo Especial la puede adoptar. Decida lo que decida el Grupo Especial, Antigua y Barbuda sostiene la firme opinión de que la decisión que se tome sobre esta cuestión no tendrá un efecto importante sobre el resultado práctico de esta diferencia.

Estados Unidos

En la presente diferencia, en que las restricciones en cuestión se aplican tanto a los proveedores transfronterizos como a los proveedores nacionales del servicio "similar", los Estados Unidos no ven cómo podría haber una violación del artículo XVII. Dicho esto, los Estados Unidos señalan que el análisis de una supuesta "prohibición" sujeta al artículo XVI parece ser importante para responder a la pregunta del Grupo Especial. El artículo XVI (en contraste con el artículo XI del GATT) no se opone automáticamente a ninguna "prohibición". Por tanto, el Grupo Especial debería examinar si la supuesta prohibición satisface los criterios precisos formulados en el párrafo 2 del artículo XVI.

- 17. Al determinar si los servicios son "similares", ¿es pertinente tener en cuenta las diferencias en materia de reglamentación entre el lugar desde el que se suministra el servicio y el lugar al que se suministra? ¿Es pertinente -y en qué medida- el régimen que en Antigua y Barbuda regula el suministro de servicios de juegos de azar y de apuestas por Internet para determinar la "similitud" con el suministro de esos servicios en los Estados Unidos?**

Antigua y Barbuda

El artículo XVII del AGCS concierne a la similitud de los servicios, no la "reglamentación de los servicios". Por lo tanto, las diferencias de reglamentación no pueden, en cuanto tales, desempeñar ningún papel en la determinación de la similitud a los efectos del artículo XVII. En particular, normalmente la reglamentación del país Miembro importador no puede desempeñar ningún papel para determinar la "similitud" porque está completamente controlada por ese Miembro importador, que la podría manipular de tal manera que los servicios extranjeros se reglamentaran de forma diferente o no se reglamentaran en absoluto, lo que entonces los haría distintos. En el asunto *CE - Banano*, el

²⁹⁴ El párrafo 2 del artículo XX no se ocupa de la situación en que un Miembro contrae un compromiso pleno con arreglo al artículo XVI y ningún compromiso con arreglo al artículo XVII. En opinión de Antigua y Barbuda, esta situación no es problemática. Significa sencillamente que un Miembro no puede mantener medidas comprendidas en el artículo XVI pero sin embargo puede mantener medidas que están fuera del ámbito del artículo XVI y que estarían prohibidas por el artículo XVII si el Miembro hubiera contraído un compromiso con arreglo a ese artículo.

Órgano de Apelación se pronunció explícitamente a este respecto cuando rechazó el argumento de las Comunidades Europeas de que no discriminaba a favor del banano originario del grupo de países de África, el Caribe y el Pacífico, conocido como "ACP", porque mantenía dos regímenes reglamentarios separados para la importación de bananos: uno para el banano originario de los países ACP y otro para el originario de otros países Miembros, lo que supuestamente eliminaba la posibilidad de discriminación. El Órgano de Apelación constató que:

La cuestión que se plantea no es si las Comunidades Europeas están en lo cierto al afirmar que hay dos regímenes distintos de importación para el banano, sino si la existencia de dos o más regímenes distintos de importación de las CE es en alguna medida pertinente a la aplicación de las disposiciones sobre no discriminación del GATT de 1994 y de los demás Acuerdos del Anexo 1A. La esencia de la obligación de no discriminación estriba esencialmente en el otorgamiento de un trato igual a productos similares, independientemente de su origen. Dado que ningún participante pone en duda que todos los bananos son productos similares, las disposiciones que prohíben la discriminación son aplicables a *todas* las importaciones de banano, con independencia de que un Miembro haya clasificado o subdividido esas importaciones por razones administrativas o de otro tipo y de la forma en que haya realizado tal clasificación o subdivisión. Si los Miembros pudieran, mediante la elección de un fundamento jurídico distinto para establecer restricciones a la importación, o la aplicación de distintos tipos arancelarios, eludir la aplicación de las disposiciones de no discriminación a las importaciones de productos similares originarios de distintos Miembros, se frustraría el objeto y fin de las disposiciones en cuestión. Resultaría muy fácil a un Miembro eludir las disposiciones de no discriminación del GATT de 1994 y de los demás Acuerdos del Anexo 1A, si tales disposiciones se aplicaran únicamente *dentro* de los sistemas reglamentarios establecidos por el Miembro en cuestión.²⁹⁵

La reglamentación imperante en el país Miembro exportador puede desempeñar una función indirecta, porque puede determinar una o más características específicas del servicio, que pueden ser importantes para determinar la similitud del propio servicio. Esto podría resultar pertinente en una diferencia en la que un Miembro importador alegue el carácter "no similar" del servicio importado basándose en una o más características específicas determinadas por la reglamentación del Miembro exportador. No obstante, en el presente caso no ocurre así porque la prohibición de los Estados Unidos no guarda relación con las características específicas de los servicios de Antigua y Barbuda determinados por la reglamentación de ésta. Además, Antigua y Barbuda ha señalado en algunas ocasiones que está dispuesta a modificar su régimen reglamentario con el fin de atender las preocupaciones específicas que pudieran tener los Estados Unidos. Así, en las circunstancias del presente caso, los regímenes reglamentarios del Miembro importador y del Miembro exportador no desempeñan función alguna, ni siquiera indirecta, en la determinación de la similitud de los servicios.

Como se expuso en la declaración inicial de Antigua y Barbuda en la primera reunión del Grupo Especial, la opinión de Antigua y Barbuda de que la reglamentación no es pertinente para la determinación de la similitud se ve confirmada por el punto de vista adoptado por el Órgano de Apelación en el caso *CE - Amianto* con respecto al párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.²⁹⁶ En

²⁹⁵ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *CE - Banano III*, párrafo 190.

²⁹⁶ Esto es, que la determinación de la "similitud" es, "fundamentalmente, una determinación de la naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos" (informe del Órgano de Apelación en el caso *CE - Amianto*, párrafo 99), y que las preocupaciones reglamentarias de las autoridades de un Miembro (a diferencia de las preocupaciones de un consumidor) han de ser tratadas en el contexto del artículo XX del GATT de 1994, no en el contexto de la evaluación de la similitud.

el asunto *CE - Banano III (EE.UU.)*, el Grupo Especial interpretó el artículo II del AGCS (una disposición relativa al trato NMF) a la luz del artículo XVII del AGCS y el artículo III del GATT (disposiciones ambas que se ocupan del trato nacional). El Órgano de Apelación criticó este enfoque, señalando que lo apropiado era la comparación entre el artículo II del AGCS y las obligaciones de tipo NMF previstas en el GATT de 1994.²⁹⁷ De ese modo, se criticó al Grupo Especial por no interpretar una disposición del AGCS a la luz de la correspondiente disposición en el GATT de 1994. Ni los Estados Unidos ni ninguno de los terceros han explicado de forma convincente por qué este Grupo Especial debería adoptar un enfoque diferente al expuesto por el Órgano de Apelación en el asunto *CE - Banano III*, y no trazar una analogía entre las disposiciones relativas al trato nacional del GATT y del AGCS. A falta de tal explicación, el Grupo Especial debería, *mutatis mutandis*, adoptar el enfoque del Órgano de Apelación en el caso *CE - Amianto* al aplicar el artículo XVII. De este último caso se desprende que el régimen reglamentario de Antigua y Barbuda aplicable al suministro de servicios de juegos de azar y apuestas *podría* ser pertinente a la presente diferencia en el contexto de una defensa planteada por los Estados Unidos basada en el artículo XIV, por ejemplo, para determinar si es necesaria la prohibición total del juego transfronterizo y por acceso a distancia para proteger el tipo de preocupaciones de interés público expuesto por los Estados Unidos en su primera comunicación.

Contrariamente al planteamiento del Órgano de Apelación en el asunto *CE - Amianto*, los Estados Unidos y el Japón parecen sugerir que tal debate en torno al interés público también debería tener lugar en el contexto del artículo XVII. En el marco de ese enfoque, un servicio podría declararse "no similar" porque suscita diversas preocupaciones de interés público, lo que justifica diferentes reglamentaciones. A este respecto, Antigua y Barbuda declara, a efectos de argumentación, que si las preocupaciones de interés público pudieran desempeñar un papel en el debate acerca de la similitud también deberían tenerse en cuenta otros elementos del debate en torno al artículo XIV, como por ejemplo el de la prueba de necesidad. No todas las diferencias en cuestiones de interés público suscitadas por los servicios nacionales y extranjeros pueden justificar un tratamiento radicalmente diferente. No ocurre así en el marco del artículo XIV ni debería ocurrir en el marco del artículo XVII; la diferencia en el tratamiento sólo se justifica en la medida en que sea necesaria para ocuparse de riesgos diferentes. No obstante, trasladar las condiciones para la aplicación del artículo XIV al contexto del artículo XVII lleva inevitablemente a una situación en la que se aplica una prueba idéntica en dos contextos diferentes, una vez en el del debate sobre servicios similares y otra, en el contexto del artículo XIV. En opinión de Antigua y Barbuda, esto sólo traerá confusión, por lo que Antigua y Barbuda cuestiona que sea necesario e incluso útil para el sistema jurídico del AGCS reproducir el debate reglamentario del artículo XIV en el contexto del artículo XVII. En el asunto *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación sin duda tampoco consideró acertado tal enfoque.

Estados Unidos

En determinadas circunstancias puede ser importante considerar las diferencias de reglamentación entre el lugar desde el que se suministra el servicio y el lugar al que se suministra. Supongamos teóricamente que los Estados Unidos permitieran en el país los juegos de azar por suministro a distancia a reserva de determinadas prescripciones reglamentarias; podrían plantearse en ese caso cuestiones relacionadas con "servicios y proveedores de servicios similares" con respecto a la medida en que los servicios suministrados desde Antigua y Barbuda satisfacen las mismas prescripciones. No obstante, no es ese el caso. En la presente diferencia el más pertinente factor de similitud no son por tanto las diferencias en la reglamentación *per se*, sino las diferencias entre las características de los servicios y proveedores que influyen en la forma en que se reglamentan. En concreto, el hecho de que los juegos de azar por suministro a distancia estén más expuestos a diversas amenazas (delincuencia organizada, lavado de dinero, riesgos para la salud, intervención de niños y

²⁹⁷ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *CE - Banano III*, párrafo 231.

adolescentes en los juegos de azar, etc.) los hace distintos a otras formas de juegos de azar que no se efectúan a distancia.

18. Con respecto al párrafo 63 de la primera declaración oral de Antigua y Barbuda, que en la parte correspondiente afirma que "la similitud de los proveedores de servicios tiene escasa pertinencia funcional en el presente caso":

- a) **¿Es siempre necesario evaluar la similitud tanto para los "servicios" como para los "proveedores de servicios" en el marco del artículo XVII del AGCS?**
- b) **¿Existe una diferencia en la pertinencia de la "similitud" de los proveedores de servicios para los modos 1 y 2 en comparación con la misma para los modos 3 y 4? En otras palabras, ¿debería considerarse la similitud de los *proveedores de servicios* tanto como la similitud de los *servicios* en el caso de los modos 1 y 2?**

Antigua y Barbuda

[a]: En opinión de Antigua y Barbuda, no es así. En el párrafo 95 de su primera comunicación los Estados Unidos sugieren que el artículo XVII sólo puede aplicarse si los servicios similares son suministrados por proveedores de servicios similares. Por tanto, la referencia a "proveedores de servicios" en el párrafo 1 del artículo XVII funcionaría como una limitación al alcance de dicho párrafo: el trato menos favorable de servicios similares sólo estaría comprendido en el artículo XVII en la medida en que suministren los servicios proveedores de servicios similares. No obstante, el texto del párrafo 1 del artículo XVII no apoya en absoluto esa conclusión. El texto del artículo XVII establece que:

cada Miembro otorgará a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro, (...), un trato no menos favorable que el que dispense a sus propios servicios similares o proveedores de servicios similares.

Por tanto, el artículo XVII dispone un trato "no menos favorable" para "servicios similares" y "proveedores de servicios similares", sin limitar esa obligación a situaciones en las que tanto los servicios como los proveedores de servicios sean "similares". El texto *no* hace referencia a "servicios similares suministrados por proveedores de servicios similares". De hecho, sería difícil ver por qué los redactores del AGCS habrían querido limitar el alcance del artículo XVII de tal manera. Presumiblemente, al añadir el concepto de "proveedores de servicios similares" los redactores quisieron ampliar y no limitar el alcance del artículo XVII. Esto se debe a que, en la esfera del comercio de servicios, mucho más que en la del comercio de mercancías, las condiciones de competencia en el mercado pueden verse afectadas por medidas aplicables a los proveedores de servicios más que a los propios servicios. Tal es en particular el caso en que se suministran los servicios en el modo 3 o en el modo 4. Por ejemplo, un Miembro podría aplicar impuestos discriminatorios a un proveedor de servicios extranjero "comercialmente presente" en su territorio. En opinión de Antigua y Barbuda, el objeto de la ampliación de la obligación del trato nacional a los proveedores de servicios en el artículo XVII es el de abarcar tales medidas, y no el de limitar de algún modo el alcance del artículo XVII.

[b]: En los modos 3 y 4 cabría argumentar que la *identidad* del proveedor de servicios podría ser más pertinente, dado que ambos modos implican la presencia real y material de empresas o personas físicas ubicadas en el territorio del Miembro. En tales circunstancias, tal vez es más probable que la denegación del trato nacional se dé sobre la base de la identidad del proveedor de servicios sin tomar en consideración los servicios concretos que esté prestando. Además, la presencia real de las empresas o las personas físicas puede suscitarles numerosas preocupaciones que pueden surgir en ese contexto, como por ejemplo la inmigración, la utilización de recursos y servicios públicos y una

multitud de otras cuestiones planteadas por la presencia material real. Pero es cuestionable que la identidad pueda o deba ser sinónimo de "similitud".

Estados Unidos

[a]: Sí. El artículo XVII exige la similitud tanto de los servicios como de los proveedores de servicios. Como observó el Grupo Especial en el asunto *Canadá - Automóviles*, "si no existen proveedores de servicios nacionales 'similares' no puede constatar que una medida adoptada por un Miembro es incompatible con la obligación de trato nacional establecida en el artículo XVII del AGCS".²⁹⁸ El mismo Grupo Especial recalcó también que la carga de probar este elemento recaía sobre la parte reclamante.²⁹⁹

[b]: A Antigua y Barbuda le corresponde la carga de probar la similitud de los proveedores de servicios con independencia del modo de suministro en cuestión. Los Estados Unidos no alcanzan a ver en el artículo XVII ni en ninguna otra parte del AGCS nada que sirva de base para desestimar la similitud en determinados modos de suministro.

Comunidades Europeas

[a]: No, porque es, por ejemplo, suficiente, para que se dé una infracción del artículo XVII, que se haga discriminación entre servicios extranjeros y nacionales. El párrafo 1 del artículo XVII prescribe que los Miembros otorguen el trato nacional tanto a los servicios extranjeros como a los proveedores de servicios extranjeros.

[b]: Dada la respuesta a la pregunta a) *supra*, esta pregunta resulta superflua. Dicho lo cual, no hay nada en el texto del Acuerdo que sugiera que deba hacerse una diferencia entre los modos.

México

[a]: La amplitud de la valoración requerida en cualquier controversia dependerá tanto de las reclamaciones específicas derivadas de una violación, como de los hechos y circunstancias de cada caso en particular.

[b]: Véase la respuesta de México a la pregunta 9 a) anterior.

19. ¿Están autorizados en los Estados Unidos los juegos de azar y las apuestas por Internet o a distancia entre los Estados?

Antigua y Barbuda

Antigua y Barbuda no ha podido, a los efectos de esta pregunta, llevar a cabo un examen exhaustivo de todas las circunstancias en las que dentro de los Estados Unidos están autorizados los juegos de azar y las apuestas entre los Estados. Sin embargo, los ejemplos que siguen constituyen la indicación más clara posible de que dentro de los Estados Unidos existen entre los Estados juegos de azar y apuestas realizados a distancia y autorizados por los Estados: esto indica a su vez que la práctica contradice la afirmación de los Estados Unidos de que tales actividades son ilegales. Puesto que la pregunta del Grupo Especial se refiere específicamente a los servicios de apuestas entre los

²⁹⁸ Informe del Grupo Especial en el asunto *Canadá - Automóviles*, párrafo 10.289.

²⁹⁹ *Ibid.*

Estados, Antigua y Barbuda no incluye en la presente respuesta información acerca de los juegos de azar por Internet o a distancia autorizados *en el interior* de un Estado en los Estados Unidos.³⁰⁰

Desde hace tiempo, los Estados Unidos siguen la política de permitir que se hagan por teléfono apuestas interestatales mediante cuenta sobre carreras hípcas, apuestas que están autorizadas por leyes estatales y locales. En 1973, el Estado de Nueva York legalizó y comenzó a explotar su propio sistema (New York Capital OTB) de apuestas mutuas mediante cuenta.³⁰¹ En los 15 años siguientes, otros tres Estados autorizaron las apuestas mediante cuenta sobre carreras hípcas: Connecticut en 1976, Maryland en 1984 y Pennsylvania en 1987.³⁰² En los años noventa, operadores autorizados ofrecían apuestas a distancia mediante cuenta desde los 12 Estados³⁰³ que establecieron regímenes de concesión de licencias para tales apuestas. A su vez, los operadores de los 12 Estados que permiten apuestas a distancia aceptan apuestas transfronterizas por medio de comunicaciones electrónicas de residentes de otros 37 Estados.³⁰⁴ La proliferación de apuestas desde cualquier sitio hizo que aumentara su número total en la rama de actividad de las apuestas mutuas, a pesar de registrarse un modesto descenso en la asistencia a los hipódromos y en el número de carreras celebradas durante el mismo período. En 1999, casi la mitad de todas las apuestas hechas en carreras hípcas en los Estados Unidos lo fueron por teléfono o fuera de los hipódromos³⁰⁵ y, en 2003, el 85 por ciento de los 15.000 millones de dólares EE.UU. anuales en apuestas hípcas en los Estados Unidos se genera por medio de apuestas a distancia, fuera del hipódromo donde realmente tiene lugar la carrera.³⁰⁶

Los operadores estadounidenses que ofrecen apuestas transfronterizas mediante cuenta lo hacen en virtud de precedentes judiciales de los Estados Unidos según los cuales los Estados mantienen la facultad discrecional de determinar el efecto jurídico de las comunicaciones entrantes en

³⁰⁰ Por ejemplo, Nevada ha creado en su legislación interna una exención especial para las apuestas interestatales mediante cuenta sobre acontecimientos deportivos como carreras hípcas y competiciones profesionales y de aficionados. Nevada Revised Statutes § 465.094.

³⁰¹ 2003 *North American Gaming Almanac*, página 558.

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ Antigua y Barbuda indicó 8 Estados que permiten a los operadores aceptar apuestas a distancia desde dentro o fuera del Estado. Un examen más a fondo revela que hay al menos 12 Estados, a los que se van a sumar más, que ofrecen apuestas mediante cuenta sobre carreras hípcas. Un destacado estudio de abogados especializado en juegos, Lionel Sawyer & Co., informa que, en 2002, 12 Estados (Connecticut, Ohio, Kentucky, Maryland, Nueva York, Oregón, California, Louisiana, Massachusetts, New Hampshire, Dakota del Norte y Pennsylvania) han adoptado leyes estatales que autorizan la aceptación de apuestas mediante cuenta en carreras objeto de apuestas mutuas interestatales fuera de los hipódromos. Véase Nevada Pari-Mutuel Association, Las Vegas Dissemination Co. y Lionel Sawyer & Collins, *An Overview of Off-Track Wagering* (25 de julio de 2002), página 27 (publicación presentada a la Comisión de Juegos de Nevada y a la Junta Estatal de Control del Juego). Bear Stearns & Co. informa que, en 2003, 14 Estados permitían a empresas de juego aceptar apuestas a distancia sobre carreras hípcas. 2003 *North American Gaming Almanac*, página 558.

³⁰⁴ Véase, por ejemplo, www.Youbet.com y www.CapitalOTB.com.

³⁰⁵ 2003 *North American Gaming Almanac*, página 560 (gráfico titulado "Exhibit 3: The Numbers Don't Lie", que indica que el 46,3 por ciento de todas las apuestas en el sistema de apuestas mutuas (el componente más importante de éstas) se realizó mediante cuentas telefónicas o fuera de los hipódromos).

³⁰⁶ Véase también el gráfico "US Horseracing Statistics".

el Estado.³⁰⁷ Según estas opiniones judiciales, el juego tiene lugar en la localidad en la que el dinero cambia de manos y no necesariamente en la de la persona que realiza la apuesta.³⁰⁸ Este concepto está codificado en la normativa de Oregón sobre el juego a distancia, que estipula que "se considera que toda apuesta hecha desde una cuenta mantenida en Oregón por un operador de este Estado se ha realizado en el Estado de Oregón" y es jurídicamente válida.³⁰⁹ Si bien es objeto de debate la condición exacta de las apuestas transfronterizas en los Estados Unidos³¹⁰, no se discute que los servicios de juegos de azar a distancia autorizados por los Estados como Yobet.com y Capital OTB, llevan más de 30 años siendo aceptados en los Estados Unidos sin que se sepa que haya habido ningún enjuiciamiento federal de proveedores importantes de servicios. Según informaciones recibidas, la Asociación Nacional Estadounidense de Carreras de Caballos Pura Sangre ha declarado que entidades autorizadas y reglamentadas de más de 30 Estados llevan más de 20 años realizando apuestas mutuas interestatales con el pleno conocimiento del Departamento de Justicia de los Estados Unidos.³¹¹

Algunos de los servicios de apuestas mutuas autorizados por los Estados, tales como Yobet.com y Capital OTB, aceptan en la actualidad apuestas tanto por Internet como por teléfono, mientras que otros servicios autorizados por los Estados aceptan sólo apuestas por teléfono. Por ejemplo, Autotote Enterprises, Inc. es un operador de apuestas mutuas de Connecticut que ofrece a los clientes 12 lugares fuera de los hipódromos para ver carreras de caballos y hacer apuestas.³¹² La empresa mantiene un sistema de apuestas por teléfono mediante cuenta denominado "On the Wire", al que pueden acceder los residentes de 27 Estados.³¹³ La política que desde hace tiempo

³⁰⁷ Antonia Z. Cowan, *The Global Gambling Village: Interstate and Transnational Gambling*, 7 *Gambling Law Review* 251 (agosto de 2003), páginas 259-260, citando a *Lescallet v. Commonwealth*, 89 Va. 878, 17 S.E. 546, 547-48 (Va. 1893) y *United States v. Truesdale*, 152 F.3d 443 (5th Cir. 1998).

³⁰⁸ Cowan, *The Global Gambling Village*, página 260, citando a Jeffrey A. Modisett, *A Brief Look at The Past, Present and Future through The Eyes of A Former Attorney General*, 6 *Gaming Law Review* 198 (2002), página 203 y Memorandum de Gregory C. Avioli, National Thoroughbred Horseracing Association (sobre el tema: "Acerca de si una entidad de apuestas mutuas autorizada por un Estado puede administrar legalmente apuestas mediante cuenta cuando los titulares de ésta se encuentran en un Estado distinto a aquel en que está domiciliada la cuenta") (3 de agosto de 1999), páginas 2-8.

³⁰⁹ Véase Oregon Administrative Rule 462-220-0060.

³¹⁰ Como ilustración de esta incertidumbre extrema, durante febrero de 2000 el propio Departamento de Justicia de los Estados Unidos emitió declaraciones contradictorias acerca de si los servicios de apuestas mutuas transfronterizos como los de Capital OTB estaban regulados por la Ley de Comunicaciones por Cable. En el juicio de Jay Cohen, el 22 de febrero de 2000, los letrados del Departamento de Justicia convencieron al juez de que Capital OTB no estaba regulada por la Ley de Comunicaciones por Cable. Transcripción del juicio de Cohen, páginas 89-859. Sin embargo, tres semanas antes un representante del Departamento de Justicia comunicó a la Junta de Carreras y Apuestas del Estado de Nueva York que los servicios de apuestas como los de Capital OTB probablemente estaban regulados por la Ley de Comunicaciones por Cable y, por tanto, eran ilegales en virtud de la legislación estadounidense. Carta de Kevin DiGregory, Fiscal General Adjunto, Departamento de Justicia de los Estados Unidos a Nicole Thuillez, de la Junta de Carreras y Apuestas del Estado de Nueva York (1^o de febrero de 2000). Los Estados que han examinado esta cuestión también han llegado a conclusiones contradictorias.

³¹¹ Carta de Greg Avioli, abogado de la Asociación Nacional Estadounidense de Carreras de Caballos Pura Sangre al miembro del Congreso W.J. Tauzin.

³¹² Véase <http://www.autobet.com/>.

³¹³ Véase www.ctotb.com/wire.asp y www.ctotb.com/open.asp. Autotote Enterprises es una filial de Scientific Games Corporation, sociedad con sede en los Estados Unidos cotizada en Bolsa que tecnológicamente

mantiene ininterrumpidamente los Estados Unidos de aceptación de apuestas a distancia mediante cuenta por teléfono y fuera de los hipódromos fue recogida en una ley en diciembre de 2000, cuando el Congreso de los Estados Unidos enmendó la Ley sobre apuestas hípcas interestatales (la "IHA")³¹⁴ y específicamente amplió la definición de "apuesta interestatal fuera de los hipódromos" de manera que incluyera las apuestas mutuas transmitidas entre los Estados por vía telefónica o por otros medios electrónicos. El texto legal añadido dice lo siguiente:

[P]or ... "apuesta interestatal fuera de los hipódromos" se entiende una apuesta legal hecha o aceptada en un Estado con respecto al resultado de una carrera hípcica que tiene lugar en otro Estado e incluye apuestas mutuas, cuando sean legales en cada Estado involucrado, hechas o transmitidas por una persona en un Estado por vía telefónica u otros medios electrónicos y aceptada por un sistema de apuestas fuera de los hipódromos en el mismo u otro Estado, así como la combinación de cualesquiera fondos de apuestas mutuas³¹⁵;

La simple lectura de la ley revisada, en sus propios términos, parece claramente permitir las apuestas mutuas interestatales por teléfono u otros medios de comunicación electrónica, incluida Internet, siempre que tales apuestas sean legales en ambos Estados. Los antecedentes legislativos de la enmienda apoyan esta conclusión. Como parte del debate legislativo relacionado con la aprobación de la enmienda, el Representante Frank R. Wolf, del Estado de Virginia, expresó su manera de entender el efecto de este nuevo texto:

Deseo que los miembros de este órgano sean conscientes de que el artículo 629 ... legalizaría las apuestas mutuas interestatales por Internet. En virtud de la actual interpretación de la Ley sobre apuestas hípcas interestatales de 1978, este tipo de apuestas es ilegal, aunque el Departamento de Justicia no haya adoptado medidas para hacerla cumplir. Esta disposición sancionaría la legalidad de hacer apuestas por teléfono o por otros medios electrónicos como Internet.³¹⁶

Como resultado de esta enmienda legislativa de la IHA, las apuestas mediante cuentas han empezado a extenderse a otros Estados. En 2003, Nevada aprobó las apuestas hípcas mediante cuentas, pero este sistema de apuestas no ha comenzado a funcionar a la espera de que se ultime su sistema de reglamentación.³¹⁷ Además, durante 2003 Virginia modificó su legislación sobre apuestas mutuas a fin de conceder a la Comisión de Carreras de Virginia la facultad de reglamentar el sistema de apuestas mediante cuentas, "en virtud del cual una persona puede establecer una cuenta con una entidad, autorizada por la Comisión, para hacer apuestas mutuas personalmente o por medios electrónicos".³¹⁸

es un líder mundial en las ramas de las apuestas mutuas y las loterías. Véase www.scigames.com/sgcorp/index.asp.

³¹⁴ Véase DC Appropriations, Pub. L. N° 106-553, § 629, 114 Stat. 2762A-108 (2000).

³¹⁵ 15 U.S.C. § 3002(3).

³¹⁶ 146 Cong. Rec. H 11230, 11232, 106th Cong. 2nd Sess. (2000).

³¹⁷ Cowan, *The Global Gambling Village*, página 259, nota 61.

³¹⁸ James R. Kibler, Jr., "Annual Survey of Virginia Law: Administrative Law, 38 University of Richmond Law Review 39 (2003), páginas 44-45, citando a Va. Code Ann. § 59.1-369(5) (Cum. Supp. 2003).

En virtud de la Ley Reguladora del juego entre la población indígena (la "IGRA"), se permite a los participantes en establecimientos de juegos de azar de territorios de aborígenes americanos jugar entre sí utilizando consolas de juego electrónicas remotas.³¹⁹ En dos fallos separados dictados en 2000, *United States v. 162 MegaMania Gambling Devices*³²⁰ y *United States v. 103 Electronic Gambling Devices*³²¹, los tribunales de apelación federales ratificaron el uso autorizado de consolas de juego electrónicas que permitían a los jugadores de diversas localidades indígenas a jugar entre ellos juegos de tipo bingo. En estos dos casos estaba planteada la legalidad de un juego del estilo del bingo denominado MegaMania, que se juega en una máquina llamada "consola de juego electrónica".³²² Estas consolas de juego están ubicadas en territorios de aborígenes americanos en Oklahoma, California y otros lugares.³²³ Una persona que juega el MegaMania comienza el juego seleccionando electrónicamente hasta cuatro cartones con números generados al azar. Para comenzar el juego, el jugador debe pagar 0,25 dólares EE.UU. por cartón. El juego dará comienzo cuando al menos 12 jugadores en todo el país adquieran un mínimo de 48 cartones. Una máquina de selección al azar ubicada en territorio de Native American en Oklahoma selecciona tres bolas numeradas, y un operador humano transmite los números que figuran en las bolas mediante ordenador a la sede de Multimedia, desde donde se envían a través de una red de ordenadores a cada consola de juego. Entonces el jugador toca el espacio o los espacios correspondientes en el cartón del jugador que aparece en la pantalla de la consola de MegaMania. Para continuar jugando, el jugador debe pagar otros 0,25 dólares EE.UU. por carta a cambio de los números de las siguientes tres bolas. Estos números se transmiten en intervalos de unos 10 segundos. Seguidamente el jugador debe seguir pagando de 0,25 a 1,00 dólares EE.UU. cada 10 segundos para permanecer en el juego. Gana aquel jugador que es el primero entre todos los que están participando en todo el país en obtener un conjunto de números que corresponda a determinada disposición en su cartón electrónico. En promedio, Multimedia y las tribus de aborígenes americanos participantes se quedan con el 15 por ciento de la cuantía ingresada por las máquinas y los ganadores reciben el 85 por ciento.³²⁴

Tanto en el caso *162 MegaMania Gambling Devices* como en el caso *103 Electronic Gambling Devices*, los tribunales federales sostuvieron que en virtud de la IGRA era legal el juego electrónico transfronterizo MegaMania. El análisis aplicado en estos casos sugiere que la IGRA permite el uso de tecnología, incluida Internet, para ampliar la participación de jugadores en un juego común si todos los jugadores están participando en el juego a partir de terminales ubicadas en territorio de aborígenes americanos.³²⁵

Los juegos de lotería en los Estados Unidos tienen lugar a través de las fronteras de los Estados en los casos de las loterías de Powerball y Mega Millions. Powerball es un juego de lotería multiestatal de premio gordo que tiene lugar en 24 Estados, el Distrito de Columbia y las Islas Vírgenes de los Estados Unidos. El juego está administrado por la Asociación Multiestatal de Loterías (Multi-State Lottery Association, "MUSL"), asociación benéfica multigubernamental que es

³¹⁹ Cowan, *The Global Gambling Village*, página 258 (se omiten las citas internas).

³²⁰ 231 F.3d 713 (10th Cir. 2000).

³²¹ 223 F.3d 1091 (9th Cir. 2000).

³²² *U.S. v. 162 MegaMania Gambling Devices*, 231 F.3d at 716-717.

³²³ *Ibid.*

³²⁴ *Ibid.*

³²⁵ Cowan, *The Global Gambling Village*, página 258 (se omiten las citas internas).

propiedad de sus loterías miembros y es explotada por éstas.³²⁶ En cada extracción de números, se sacan 5 bolas blancas de un bombo que contiene 53 bolas y una bola roja de otro bombo que contiene 42 bolas rojas.³²⁷ Mega Millions es un juego de lotería multiestatal que tiene lugar en 11 Estados (Georgia, Illinois, Maryland, Massachusetts, Michigan, Nueva Jersey, Nueva York, Ohio, Texas, Virginia y Washington).³²⁸ En Mega Millions los números se extraen las noches de los martes y los viernes. Estas extracciones son realizadas por la Lotería de Georgia en Atlanta (Georgia).³²⁹ En estos dos juegos de azar multiestatales, los jugadores de los Estados participantes compran los billetes de lotería en puestos minoristas que están vinculados a la red multiestatal de ordenadores de Powerball o de Mega Millions.

Estados Unidos

Los servicios de juegos de azar descritos en el párrafo 20 de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos pueden transmitirse entre los Estados de la Unión o a través de las fronteras. No están autorizadas otras formas de servicios de juegos de azar por Internet o a distancia entre dichos Estados ni a través de las fronteras.

Para Antigua y Barbuda:

- 20. ¿Podría Antigua y Barbuda desarrollar el comentario que figura en el párrafo 43 de su primera declaración oral según el cual "estamos de acuerdo en que en *determinadas circunstancias específicas* un servicio podría considerarse no similar sólo porque se lo suministra de manera transfronteriza"? (sin cursivas en el original)**

Antigua y Barbuda

En este procedimiento el debate puede haber sufrido de una utilización posiblemente confusa de los términos "transfronterizo" y "suministro a distancia". Antigua y Barbuda ha utilizado estos términos del modo siguiente: i) el párrafo 2 a) del artículo I del AGCS define así *transfronterizo*: "del territorio de un Miembro al territorio de cualquier otro Miembro". Esto implica que "el proveedor del servicio no se encuentra presente en el territorio del Miembro en el que se presta el servicio" e incluye "el suministro de un servicio a través de telecomunicaciones o correos"³³⁰ (pero solamente cuando el proveedor del servicio y el consumidor están ubicados físicamente en el territorio de diferentes Miembros); y ii) el *suministro a distancia* comprende el suministro de servicios a través de telecomunicaciones o correos o cualquier otro medio cuando el proveedor del servicio y el consumidor no están físicamente juntos con independencia de que estén ubicados en el interior de un mismo país o en diferentes países.

Por tanto, el suministro transfronterizo es necesariamente un suministro a distancia, pero el suministro a distancia sólo es transfronterizo cuando el proveedor del servicio y el consumidor están físicamente ubicados en Miembros diferentes. En su declaración Antigua y Barbuda comparó los servicios extranjeros suministrados de manera transfronteriza (esto es, a distancia) con los servicios

³²⁶ Véase www.powerball.com/pb_about.asp.

³²⁷ Véase www.nmlottery.com/PowerBall/AboutPowerball.htm.

³²⁸ Véase www.megamillions.com/aboutus/lottery_faq.asp.

³²⁹ Véase www.megamillions.com/aboutus/lottery_faq.asp.

³³⁰ Directrices para la consignación en Listas de 1993, párrafo 19.

nacionales suministrados mediante la presencia física (esto es, no a distancia).³³¹ Antigua y Barbuda no estaba comparando el suministro a distancia transfronterizo con el suministro a distancia dentro del país. Una redacción más precisa es la siguiente:

Antigua y Barbuda declara por tanto que, en el contexto del compromiso contraído por un Miembro de otorgar el trato nacional al suministro transfronterizo, debe haber al menos una presunción de que el hecho de que los servicios se suministren a distancia no puede, por sí solo, hacer que el servicio "no sea similar" a un servicio suministrado mediante presencia física. Estamos de acuerdo en que en determinadas circunstancias específicas un servicio *podría* considerarse "no similar" sólo porque se lo suministra a distancia. No obstante, en consonancia con nuestro razonamiento arriba expuesto y la posición manifestada por el Japón en su comunicación de tercero, Antigua y Barbuda cree que corresponde a los Estados Unidos oponer lo que debería ser una presunción de "similitud" *prima facie* de los servicios suministrados a distancia.

Estados Unidos

Los Estados Unidos desean aclarar que no están aduciendo que los servicios suministrados desde Antigua y Barbuda no sean similares porque sean suministrados de manera transfronteriza. En principio, el suministro a distancia puede darse o bien de manera transfronteriza, o bien de manera puramente interna. Las restricciones impuestas por los Estados Unidos al suministro a distancia se aplican por igual, independientemente del origen nacional.

Para los Estados Unidos:

- 21. En la Prueba documental AB-42³³² se indica que Youbet.com ofrece a sus suscriptores el poder hacer apuestas hípcas "en la mayoría de los Estados". Los mayores de 21 años que residen legalmente en los Estados Unidos pueden hacerse miembros y realizar apuestas en línea o por teléfono una vez que hayan abierto una cuenta. Youbet.com declara estar "en plena conformidad con todas las leyes estatales y federales aplicables". ¿Podrían los Estados Unidos formular observaciones sobre este caso, sobre todo en vista de su declaración (en el párrafo 33 de su primera comunicación escrita) de que la *Ley sobre apuestas hípcas interestatales* "no otorga autorización legal para ninguna forma de juegos de azar en Internet"?**

Estados Unidos

Aunque Youbet.com declara estar "en plena conformidad con todas las leyes estatales y federales aplicables", el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (el principal organismo encargado de hacer cumplir la ley en el país) no está de acuerdo con ello. La Ley sobre apuestas hípcas interestatales (IHA) de 1978 es una Ley civil en la que el Gobierno Federal no tiene potestades de exigibilidad. En diciembre de 2000 se modificó la definición de la expresión "apuesta interestatal fuera de los hipódromos" que figura en la IHA. No obstante, el Congreso no modificó las leyes penales preexistentes. Cuando el Presidente William J. Clinton firmó la ley que contenía la enmienda a la IHA después de que el proyecto de ley fuera aprobado por el Congreso, la Declaración presidencial en el acto de la firma fue la siguiente:

³³¹ Véase la sección III.B.5 del presente informe.

³³² Extracto del sitio Web de Youbet.com, en www.youbet.com/faq/, presentado por Antigua y Barbuda como prueba documental.

Por último, el artículo 629 de la Ley modifica la Ley sobre apuestas hípcas interestatales de 1978 para incluir en la expresión "apuesta interestatal fuera de los hipódromos" las apuestas mutuas sobre carreras de caballos hechas transmitidas por teléfono o por otros medios electrónicos por personas que estén en un Estado y aceptadas por un sistema de apuestas fuera de los hipódromos en el mismo u otro Estado. No obstante, el Departamento de Justicia no considera que esta disposición sancione la legalidad de las apuestas en fondos comunes y las apuestas interestatales mediante cuentas aun cuando tales apuestas sean legales para las carreras de caballos en los diversos Estados involucrados, y tampoco considera el Departamento que esta disposición derogue o enmiende leyes penales existentes que puedan ser aplicables a dicha actividad, en particular los artículos 1084, 1952 y 1955 del Título 18 del Código de los Estados Unidos.³³³

Tras la celebración de audiencias sobre juegos de azar por Internet en 2003, el Departamento de Justicia reiteró su opinión de que la actual legislación federal prohíbe todo tipo de juegos de azar por Internet, incluidos los que tienen por objeto las carreras de caballos, las carreras de perros o las loterías. El Departamento de Justicia mantiene esta opinión porque la enmienda de 2000 a la IHA no derogó las leyes federales preexistentes que ilegalizaban tal actividad. En virtud de los principios de interpretación de leyes aplicables en los tribunales de los Estados Unidos, "[c]onstituye un principio cardinal de interpretación no favorecer las derogaciones implícitas La intención del legislativo de derogar debe ser clara y manifiesta".³³⁴

22. ¿Qué trato dan los Estados Unidos a los servicios de Internet prestados por Youbet.com, TVG, Capital OTB y Xpressbet.com, a los que se refiere Antigua y Barbuda en el párrafo 118 de su primera comunicación escrita?

Estados Unidos

Antigua y Barbuda se ha referido a las apuestas hípcas mediante cuentas a través de Internet y del teléfono.³³⁵ Los Estados Unidos no están de acuerdo en que la enmienda de 2000 a la IHA permita la transmisión interestatal de apuestas hípcas porque las leyes penales preexistentes prohíben tal actividad.³³⁶ No obstante, debería señalarse que estos servicios de Internet ofrecen otros servicios que no se limitan a aceptar apuestas hípcas. Facilitan acceso a la información acerca de los caballos, las proporciones de las apuestas, las retransmisiones simultáneas de las carreras hípcas, etc. Si bien la legislación estadounidense no permite la transmisión interestatal de apuestas hípcas por medio de un servicio de comunicación por cable, no estaría prohibida la transmisión interestatal por un medio de esa índole de información coadyuvante a la colocación de apuestas hípcas, de conformidad con 18 U.S.C. § 1084 b), siempre que la información se transmita desde un lugar en que sean legales las apuestas sobre esa carrera a un lugar en el que sean legales las apuestas sobre la misma carrera.

³³³ Declaración en el Acto de la Firma de la Ley de Asignaciones de 2001 de los Departamentos de Comercio, de Justicia y de Estado, el Poder Judicial y Organismos Conexos, 36 Weekly Comp. Pres. Doc. 3153, 3155-3156 (25 de diciembre de 2000).

³³⁴ *United States v. Borden Co.*, 308 U.S. 188, 188 (1939).

³³⁵ Los Estados Unidos declaran que Antigua y Barbuda afirma incorrectamente que "[c]on el fin de dar cabida a esta nueva forma de apuestas mediante cuentas, en 2000 los Estados Unidos ampliaron la IHA [Ley sobre apuestas hípcas interestatales de 1978] a fin de permitir las apuestas hípcas por Internet. Hoy día, los residentes estadounidenses pueden realizar legalmente juegos de apuestas hípcas por teléfono y en línea con varias empresas con sede en Estados Unidos". Véase la sección III.B.5 del presente informe.

³³⁶ Véase la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 21 del Grupo Especial.

- 23. ¿Podrían los Estados Unidos formular observaciones sobre una declaración que aparece en el informe de Bear Stearns sobre la Industria del Juego (Prueba documental AB-36³³⁷) según la cual en Nevada algunos operadores han establecido en Internet sitios Web de juegos de azar?**

Estados Unidos

El informe de Bear Stearns se refería a propuestas de juegos de azar por Internet en el Estado de Nevada. El informe indicaba que los planes de Nevada para juegos de azar por Internet están en suspenso, y que el Departamento de Justicia ha informado a Nevada de que la legislación federal de los Estados Unidos no permite la transmisión de apuestas por Internet. Los funcionarios de Nevada han asegurado a los funcionarios federales que no se ha aprobado ni autorizado a ninguna empresa con licencia en Nevada a utilizar ningún sistema de apuestas que opere por Internet. En el análisis de las empresas de juego por Internet con domicilio en Alderney y en Isle of Man, el informe declaraba en la página 18 que Venetian Casino Resort Athens LLC, filial de Las Vegas Sands, Inc., había solicitado de Alderney una licencia de juego electrónico. En la página 19, el informe indicaba que se había otorgado a MGM Mirage una licencia desde Isle of Man. Los Estados Unidos entienden que MGM Mirage explotaba anteriormente un sitio Web de juegos de azar por Internet desde Isle of Man, pero que su actividad ha cesado. Además, cuando estaba funcionando ese sitio Web, nuestra información indicaba que no aceptaba apuestas de personas que se encontraran en los Estados Unidos. Los Estados Unidos carecen de información específica acerca de si Venetian Casino Resort comenzó a explotar su sitio Web de juegos por Internet o cuándo lo hizo. Los Estados Unidos no están en situación de facilitar un análisis del funcionamiento de ningún sitio Web específico desde Isle of Man o Alderney, y podemos declarar categóricamente que mientras tales sitios Web no acepten apuestas de personas que se encuentran en los Estados Unidos ni faciliten información que coadyuve a que tales personas hagan apuestas cuando éstas sean ilegales, la explotación de tales sitios Web desde Alderney o Isle of Man por parte de "operadores de Nevada" no viola la legislación federal estadounidense sobre juegos de azar.

- 24. ¿Cuál es la situación del proyecto de ley de Nueva Jersey a que se alude en el informe de Bear Stearns sobre la Industria del Juego (Prueba documental AB-36) que permitiría a las actuales instalaciones en tierra de los casinos de Nueva Jersey explotar sitios de juego en Internet desde sus propios casinos?**

Estados Unidos

En la página 35 de la Prueba documental AB-36 se habla de un proyecto de ley presentado en 2001 en la asamblea legislativa del Estado de Nueva Jersey, proyecto de ley que no fue aprobado por dicha asamblea. En la página 36 se habla de otro proyecto de ley, el AB 568. Éste fue presentado en el período de sesiones 2002-2003, pero no fue aprobado en él. Carecemos de información acerca de si se ha reintroducido o se reintroducirá en la asamblea legislativa de Nueva Jersey ese proyecto de ley o algún texto legislativo similar.

³³⁷ Michael Tew y Jason Ader, Bear Stearns & Co. Inc., Equity Research, *Gaming Industry: E-Gaming: A Giant Beyond Our Borders*, presentado por Antigua y Barbuda como prueba documental.

25. **Con respecto a la Prueba documental AB-18³³⁸, ¿podrían los Estados Unidos indicar cómo tratan los servicios que presta Alliance Gaming Corp?**

Estados Unidos

La Prueba documental AB-18 es un artículo del *Las Vegas Review-Journal* acerca de un sistema progresivo de máquinas tragamonedas en los casinos de Moscú que es seguido desde una sala de control por operadores en Las Vegas. Al parecer, este artículo se refiere a un sistema progresivo de máquinas tragamonedas que implica la ubicación física de tales máquinas en casinos y no concierne a las máquinas tragamonedas en línea. El artículo no contiene alegaciones fácticas suficientes sobre el funcionamiento de este sistema que permitan a los Estados Unidos extraer alguna conclusión acerca de la legalidad del mismo. Por regla general, las máquinas tragamonedas progresivas son máquinas vinculadas en un mismo casino o en varios casinos con el fin de aumentar el pozo. Los Estados Unidos entienden que el jugador debe desplazarse a un casino participante en el que esté situada la máquina, depositar físicamente en ella la apuesta y jugar con la máquina tragamonedas en el interior del casino participante. En estas condiciones, la apuesta se hace en el casino donde está situado el jugador. Por tanto, la apuesta no se hace a distancia.

26. **¿Podrían los Estados Unidos comentar el siguiente extracto del documento WT/GC/16 (al que se hace referencia en el párrafo 42 de la primera declaración oral de Antigua y Barbuda) y la pertinencia, en su caso, de las observaciones sobre la presente diferencia que figuran en el mismo:**

"no cabe poner en duda que los compromisos existentes sobre acceso a los mercados y trato nacional incluyen el suministro de los servicios por medios electrónicos, en aplicación del principio de neutralidad de la tecnología".

Estados Unidos

Los Estados Unidos están de acuerdo con la opinión de que, en sí y de por sí, el suministro electrónico no constituye causa de que se excluya a un servicio de los compromisos de un Miembro. Los Estados Unidos no están argumentando a favor de tal exclusión en la presente diferencia. La declaración citada no dice, ni debería interpretarse que quiere decir, que el suministro de un servicio por medios electrónicos, o de hecho cualquier otro medio de suministro a distancia, hace automáticamente a ese servicio "similar" a cualquier servicio nacional que esté sujeto al mismo compromiso a los efectos del análisis de similitud del artículo XVII. El suministro a distancia no significa que el servicio suministrado de esa manera (o su proveedor) obtenga "carta blanca" en materia de similitud. Como señalan los Estados Unidos en su segunda comunicación escrita, Antigua y Barbuda no ha probado que sus servicios de juegos de azar por suministro a distancia sean similares a los servicios de juegos de azar de los Estados Unidos no suministrados a distancia.

³³⁸ Rod Smith, "Casino Industry Technology: Open Wide, New Progressive slot System Lets Las Vegas Company Serve Russian Gamblers," *Las Vegas Review Journal* (2 de septiembre de 2003), presentado como prueba documental por Antigua y Barbuda.

E. ARTÍCULO VI

Para Antigua y Barbuda:

- 27. ¿Podría Antigua y Barbuda especificar a qué "procedimientos de autorización" se refiere en su alegación de infracción de los párrafos 1 y 3 del artículo VI del AGCS?**

Antigua y Barbuda

La respuesta a esta pregunta es la misma que a la pregunta 11. A los proveedores de servicios de Antigua y Barbuda no les es posible obtener autorización para suministrar servicios de juegos de azar y apuestas en los Estados Unidos. Esto constituye una infracción del párrafo 1 del artículo VI del AGCS, porque los "procedimientos de autorización" excluyen por sus propios términos a los proveedores de Antigua y Barbuda, y por tanto no pueden considerarse "administrados de manera razonable, objetiva e imparcial", e infringe el párrafo 3 del artículo VI, porque la imposibilidad de solicitar la autorización impide que los Estados Unidos cumplan lo prescrito en dicho párrafo.

- 28. Con respecto a su alegación de infracción del párrafo 1 del artículo VI, ¿podría Antigua y Barbuda indicar qué "medidas de aplicación general" no están siendo "administradas de manera razonable, objetiva e imparcial" y por qué?**

Antigua y Barbuda

El enfoque general de la legislación sobre juegos de azar en los Estados Unidos es que todas las apuestas y los juegos de azar están prohibidos a menos que se haya otorgado una autorización específica. Por lo tanto, los Estados Unidos mantienen primero sus "medidas de aplicación general", a saber, las medidas estatales y federales cuyo efecto es prohibir el suministro de servicios de juegos de azar y apuestas en los Estados Unidos. Por encima de las prohibiciones generales se encuentran las medidas estatales y federales que autorizan a determinadas personas a suministrar ciertos servicios de juegos de azar y de apuestas en el contexto de una amplia y dispar variedad de situaciones.³³⁹ Al no facilitar un método por el que los proveedores de Antigua y Barbuda puedan obtener autorización para ofrecer sus servicios en los Estados Unidos, los Estados Unidos están infringiendo el párrafo 1 del artículo VI.

F. ARTÍCULO XI

Para Antigua y Barbuda:

- 29. En el párrafo 108 de su primera declaración oral, Antigua y Barbuda hace referencia a las "disposiciones legales" que sirvieron de base a las actuaciones del Fiscal General de Nueva York contra Paypal.**

- a) ¿A qué disposiciones legales se refiere Antigua y Barbuda?
b) ¿Impugna Antigua y Barbuda estas disposiciones legales y/o su aplicación?

Antigua y Barbuda

[a]: Los párrafos 14-18 de la "Garantía de Desistimiento" ("Assurance of Discontinuance") acordada en agosto de 2002 entre el Fiscal General del Estado de Nueva York y Paypal Inc.³⁴⁰, hacen

³³⁹ Véase la sección III.B.7 del presente informe.

³⁴⁰ Fiscal General del Estado de Nueva York, oficina de Internet, *In the Matter of Paypal Inc.*, Assurance of Discontinuance (16 de agosto de 2002).

referencia a las dos disposiciones legales y los dos casos (recogidos cada uno en el anexo de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Antigua y Barbuda). En sus comentarios de los dos casos, el Fiscal General de Nueva York hace referencia además a otras dos disposiciones legales también incluidas en el anexo de la solicitud de establecimiento de un grupo especial. Antigua y Barbuda hace referencia a todas estas disposiciones legales. Las disposiciones y los casos de que se trata son:

- **N.Y. General Obligation Law §§ 5-401 y 5-411 (McKinney 2001).** El artículo 5-401 hace ilegales todas las apuestas sobre carreras y todos los juegos de azar. El artículo 5-411 declara nulos todos los contratos basados en apuestas.
- **Constitución de Nueva Cork, artículo I, § 9.** En su parte pertinente, este artículo dice así:

"salvo lo establecido en las presentes disposiciones, en lo sucesivo no se autorizarán ni permitirán en este Estado ninguna lotería ni venta de billetes de lotería, sorteos de pozo, corredurías de apuestas ni ninguna otra clase de juegos de azar, con excepción de las loterías administradas por el Estado y la venta de billetes para estas loterías que puedan ser autorizadas y prescritas por el poder legislativo, y cuyos ingresos netos se destinarán exclusivamente a la enseñanza en este Estado o a ayudarla y apoyarla según prescriba el poder legislativo, y con excepción de las apuestas mutuas sobre carreras hípcas según prescriba el poder legislativo, y de las que el Estado obtendrá ingresos razonables en apoyo de la administración pública; y el poder legislativo adoptará las leyes que procedan para impedir infracciones de lo dispuesto en el presente párrafo".
- ***U.S. v. Cohen*, 260 F.3d 68 (2nd Cir. 2001), cert. denied, 536 U.S. 922 (2002).** Este caso tiene que ver con el enjuiciamiento por los Estados Unidos de Jay Cohen, de que se habla en la respuesta de Antigua y Barbuda a la pregunta 12. El Fiscal General de Nueva York citó el caso del Sr. Cohen como prueba de que la legislación federal (la Ley de Comunicaciones por Cable³⁴¹) prohíbe "las operaciones extraterritoriales de apuestas deportivas utilizadas por personas que se encuentran en el Estado de Nueva York".³⁴²
- ***The People of the State of New York v. World Interactive Gaming Corp.*, 185 Misc. 2d 852 (Sup. Ctr. N.Y. Co. 1999).**³⁴³ El Fiscal General de Nueva York citó este caso para la proposición de que las leyes penales de Nueva York relativas a la ilegalidad de los juegos de azar³⁴⁴ permiten al Estado de Nueva York prohibir a una empresa de juegos autorizada por Antigua y Barbuda suministrar servicios de juegos de azar a usuarios de Internet en Nueva York.

³⁴¹ 18 U.S.C. § 1084.

³⁴² "Garantía de Desistimiento" ("Assurance of Discontinuance") firmada entre el Fiscal General de Nueva York y Paypal Inc., de fecha 16 de agosto de 2002, párrafo 16.

³⁴³ Antigua y Barbuda cita este mismo caso en la sección III del anexo de su solicitud de establecimiento de un grupo especial. La cita de Antigua y Barbuda, aunque se refiere al mismo caso, se remite a un servicio de información diferente.

³⁴⁴ N.Y. Penal Law § 225 (leyes generales de prohibición de los juegos de azar, incluidas en el anexo de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Antigua y Barbuda).

[b]: Como en la respuesta de Antigua y Barbuda a la pregunta 10, Antigua y Barbuda impugna las leyes (y su aplicación demostrada en los casos citados) en la medida en que los Estados Unidos las utilizan para impedir a los proveedores de servicios de Antigua y Barbuda suministrar servicios de juegos de azar y apuestas a consumidores de los Estados Unidos.

III. PREGUNTAS DEL GRUPO ESPECIAL EN LA SEGUNDA REUNIÓN SUSTANTIVA

A. LISTA DE LOS ESTADOS UNIDOS

Para los Estados Unidos:

30. En su respuesta a la pregunta 3 del Grupo Especial a los terceros, las Comunidades Europeas hacen referencia a la última revisión de la Lista Final Revisada de Compromisos Iniciales de los Estados Unidos, distribuida en el documento MTN.GNS/W/112/Rev.4 el 15 de diciembre de 1993. Las Comunidades Europeas señalan que esta revisión contenía una nota introductoria que decía así:

Salvo indicación expresa en contrario, el ámbito de los compromisos sectoriales de los Estados Unidos corresponde a los sectores abarcados por la Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios elaborada por la Secretaría (MTN.GNS/W/120, de 10 de julio de 1991).

Las Comunidades Europeas señalan que la única nueva actividad que se debía emprender tras la distribución por los Estados Unidos de ese documento era un proceso de "verificación técnica de las listas" que no modificaba en absoluto el alcance de los resultados de las negociaciones" (como se establecía en el documento GATT/AIR/3544, que, a su vez, hace referencia a una decisión del GNS de fecha 11 de diciembre de 1993 que disponía lo mismo).

- a) **¿Podrían los Estados Unidos hacer observaciones sobre la respuesta de las Comunidades Europeas?**
- b) **¿Cómo definen los Estados Unidos el término "ámbito" que figura en la mencionada nota introductoria?**

Estados Unidos

[a]: En el documento MTN.GNS/W/112/Rev.4 citado por las Comunidades Europeas figura una frase, en sustancia idéntica a la que aparecía en el documento MTN.GNS/W/112/Rev.3, que decía que "[s]alvo indicación expresa en contrario, el ámbito de los compromisos sectoriales de los Estados Unidos corresponde a los sectores abarcados por versión revisada de la Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios elaborada por la Secretaría (MTN.GNS/W/120, de 10 de julio de 1991)". Las CE han descrito incorrectamente la nota introductoria de los proyectos de versiones de la Lista de los Estados Unidos como una indicación de la posición estadounidense de que "el ámbito de [los] compromisos [de los Estados Unidos] se basa en la Clasificación Sectorial de 1991 (W/120) y la CPC".³⁴⁵ La adición de las palabras "y la CPC" al final de esa frase no responde bien al contenido de la nota introductoria. Los Estados Unidos no hicieron referencia a la CPC en esa nota. Asimismo, los Estados Unidos han explicado con anterioridad que el ordenamiento de una lista de conformidad con el documento W/120 y la utilización de la CPC son cuestiones distintas. Utilizar el documento W/120 no vinculaba a un miembro a la CPC, y así lo confirma el hecho de que los

³⁴⁵ Respuesta de las Comunidades Europeas a la pregunta 3 del Grupo Especial.

Miembros que deseaban hacer referencia a la CPC inscribieran las claves numéricas de la CPC en sus listas.

En relación con los debates celebrados a finales de 1993 y principios de 1994, dichos debates brindaron una amplia oportunidad para que otros participantes en las negociaciones del AGCS solicitaran a los Estados Unidos que incluyeran referencias a la CPC en su lista. Esto lo confirma una declaración del Presidente del Grupo de Negociaciones sobre Servicios en una reunión informal celebrada el 29 de octubre de 1993. El Presidente declaró:

pretendo también mantener consultas sobre la redacción de las Listas de compromisos, consultas que posiblemente serán a escala bastante amplia y probablemente tendrán lugar el 16 de noviembre. Quisiera subrayar que el objetivo de estas consultas no es examinar el contenido o el valor económico de las ofertas sino identificar, en interés de todos los participantes, las posibles mejoras que se puedan introducir en la presentación de las ofertas, basándose en ejemplos prácticos. Facilitaría mucho la organización del debate que los participantes informaran a la Secretaría de antemano de los errores comunes que hayan podido apreciar en la elaboración de las Listas y que, en su opinión, afecten a la claridad o la seguridad jurídica de los compromisos. Esto permitiría a la Secretaría elaborar un documento de trabajo para debate.³⁴⁶

De las instrucciones del Presidente se deduce claramente que todo participante que deseara la inserción de referencias a la CPC en la Lista de los Estados Unidos podía plantear libremente la cuestión en ese momento.

La Secretaría del GATT pidió posteriormente que las partes en las negociaciones del AGCS presentaran para el 27 de enero de 1994 sus preguntas sobre las Listas de compromisos y las exenciones del trato NMF de los demás participantes. A principios de febrero de 1994 se programaron reuniones en las que se invitó a las partes interesadas a examinar los proyectos de listas de los distintos participantes como parte de un proceso de "rectificación", quedando pedidas las listas definitivas para primeros de marzo de 1994. Aunque en este plazo se pretendía principalmente tratar cuestiones técnicas, también quedaban pendientes algunas cuestiones sustantivas.³⁴⁷ Por tanto, los Estados Unidos están en desacuerdo con la afirmación de que el "alcance de los resultados de las negociaciones" estaba plenamente fijado para diciembre de 1993.

[b]: La nota relaciona el "ámbito" de los compromisos estadounidenses con la "cobertura sectorial" del documento W/120, de lo que se puede inferir que "ámbito de los compromisos" y "cobertura sectorial" se estaban utilizando como términos más o menos sinónimos. En contra de las afirmaciones de las CE, los participantes en las negociaciones no podían razonablemente haber interpretado esta nota como adopción de la clasificación de la CPC. Ya constaba que los Estados Unidos no deseaban estar vinculados a ninguna nomenclatura en particular. Además, como señalaron los Estados Unidos en respuesta a la parte a) de la presente pregunta, se reconocía que el documento W/120 y la CPC eran cosas distintas. Aunque muchos estaban a favor de la CPC, otros no deseaban remitirse a ella. Los textos de las listas reflejan que los Miembros que deseaban hacer referencia a la CPC lo indicaron inscribiendo las claves numéricas de la CPC.

³⁴⁶ Reunión Informal del GPS - 29 de octubre 1993: Declaración del Presidente, MTN.GNS/48 (29 de octubre de 1993).

³⁴⁷ Por ejemplo, los participantes siguieron debatiendo el alcance del AGCS y la necesidad de consignar en listas ciertos tipos de medidas. También se dio a los participantes hasta junio de 1994 para completar la consignación de determinadas medidas subcentrales en las listas. Véase la Declaración del Presidente: Consignación en listas de las medidas relativas a subvenciones e impuestos aplicadas a nivel subcentral, MTN.GNS/50 (13 de diciembre de 1993).

- 31. En la respuesta de las Comunidades Europeas a la pregunta 2 del Grupo Especial a las partes, las Comunidades Europeas declararon que "la pertinencia de la práctica unilateral se ha de evaluar a la luz de la obligación que se debe cumplir". ¿Podrían los Estados Unidos comentar la opinión de las Comunidades Europeas acerca de la pertinencia de la práctica unilateral de un Miembro para la interpretación de la Lista del AGCS de este Miembro?**

Estados Unidos

Esta declaración se hizo en el contexto del documento de la USITC. En vista de las limitaciones de ese documento, ya extensamente descritas por los Estados Unidos³⁴⁸, los Estados Unidos no ven de qué manera podría constituir una "práctica", incluso unilateral, en la aplicación del AGCS.

Los Estados Unidos están en desacuerdo con el argumento esgrimido por las CE de que la práctica unilateral es pertinente para la interpretación de la Lista de los Estados Unidos en la presente diferencia. Las CE no citan ninguna regla consuetudinaria de interpretación del derecho público internacional que atribuya peso a la práctica unilateral. Las CE hacen referencia al asunto *CE - Equipo informático*, pero ignoran aspectos clave de ese informe que demuestran que éste respalda la opinión de los Estados Unidos, entre ellos los siguientes: i) en aquella diferencia el Órgano de Apelación criticó al Grupo Especial por examinar la práctica en materia de clasificación de un Miembro y no examinar la de otro.³⁴⁹ ii) En el asunto *CE - Equipo informático*, el Órgano de Apelación constató que la "práctica en materia de clasificación" era solamente un medio complementario de interpretación en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena, no un contexto en el sentido del párrafo 3 b) del artículo 31.³⁵⁰ A ese respecto, el asunto *CE - Equipo informático* contradice directamente una vez más los argumentos de las CE y de Antigua y Barbuda. iii) El asunto *CE - Equipo informático* trataba exclusivamente de la "práctica en materia de clasificación", esto es, la aplicación práctica de las clasificaciones aduaneras a las mercancías.³⁵¹ En cambio, el documento de la USITC no representa la aplicación práctica de clasificaciones en el marco del AGCS; su objeto es solamente "facilitar la comparación". Por tanto, no refleja el cumplimiento sustantivo de los compromisos de los Estados Unidos en el marco del AGCS como la práctica en materia de clasificación refleja el cumplimiento de los compromisos en materia de mercancías.

Los Estados Unidos señalan además que, independientemente del hecho de que el documento de la USITC no representa el cumplimiento, la interpretación ni la aplicación de ningún compromiso de los Estados Unidos, las observaciones de las CE sobre la "práctica unilateral" contienen algunas tesis sorprendentes, en último término insostenibles.

Primero, las CE parecen sugerir que la aplicación de un compromiso es "particularmente pertinente" para la interpretación de un compromiso. Esto causa cierto asombro. En primer lugar, las CE no citan ninguna regla consuetudinaria de interpretación de los tratados que sirva de base a su tesis. De hecho, es difícil conciliar esa posición con el principio básico consagrado en el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena: "Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin." Además, las CE parecen ignorar completamente el hecho de que muchos

³⁴⁸ Véase la sección III.B.2 del presente informe; respuesta a la pregunta 2 del Grupo Especial.

³⁴⁹ Informe del Órgano de Apelación en el asunto *CE - Equipo informático*, párrafo 93.

³⁵⁰ *Ibid.*, párrafo 92.

³⁵¹ *Ibid.*, párrafos 92-93.

compromisos específicos fueron objeto de negociaciones de petición-oferta u otras negociaciones bilaterales o plurilaterales. Sin duda, el enfoque de las CE sorprendería a muchos Miembros que pensaban que las Listas del AGCS de otros Miembros recogían los resultados de sus negociaciones, y no simplemente un conjunto de palabras que el Miembro que las consignaba podía "aplicar" y con ello interpretar.

Segundo, las CE parecen sugerir que el hecho de que otros Miembros no opongan una objeción a la manera como un Miembro aplica un compromiso específico puede ser determinante para el significado de ese compromiso. No está del todo claro cuáles serían las consecuencias del enfoque de las CE, para la Lista de los Estados Unidos o la de cualquier otro Miembro. (La sugerencia de que el AGCS ha conducido a esa clase de resultado sin duda también asombraría a muchos Miembros que participaron en las negociaciones pero que carecen de los recursos necesarios para hacer el seguimiento de la aplicación de cada uno de los compromisos de los otros Miembros.) En cualquier caso, la posición de las CE descansa fundamentalmente en un principio que fue rechazado en el marco del GATT de 1947. Como dejó claro un grupo especial del GATT de 1947 que rechazó un argumento similar de las Comunidades Europeas, "... sería erróneo interpretar el hecho de que una medida no hubiese estado sujeta al artículo XXIII durante cierto número de años como equivalente a una aceptación tácita por las partes contratantes".³⁵²

B. LA(S) MEDIDA(S) EN CUESTIÓN

Para Antigua y Barbuda:

- 32. En su primera declaración oral (párrafo 21), al sostener que existe una prohibición del suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y de apuestas, Antigua y Barbuda señala tres leyes federales, en concreto la Ley de Comunicaciones por Cable (18 U.S.C. § 1084), la Ley de Viajes (18 U.S.C. § 1952) y la Ley sobre actividades ilícitas de juegos de azar (18 U.S.C. § 1955). En su primera declaración oral (párrafo 20), Antigua y Barbuda también hace referencia, a través de la Prueba documental AB-84, a cinco leyes estatales que prohíben los juegos de azar por Internet. ¿Podría Antigua y Barbuda indicar si son o no éstas las únicas leyes específicas en las que trata de apoyarse para justificar su alegación de que existe una prohibición del suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas? De no ser así, ¿podría Antigua y Barbuda identificar y explicar las demás leyes o medidas en las que trata de apoyarse a este respecto?**

Antigua y Barbuda

Todas las leyes específicas que figuran en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Antigua y Barbuda forman parte de la prohibición total que existe efectivamente en los Estados Unidos (y que los Estados Unidos reconocen). Mediante el párrafo 25 de su declaración oral de 10 de diciembre de 2003 y de las Pruebas documentales AB-81 y AB-88, Antigua y Barbuda ha facilitado más explicaciones de todas estas leyes específicas, cuyos textos pueden encontrarse en las Pruebas documentales AB-82, AB-89, AB-90, AB-91 y AB-99. Todo este material relativo a leyes específicas es una demostración más de la existencia de una prohibición total. Sin embargo, es importante señalar que Antigua y Barbuda ha citado todas estas leyes en su solicitud de

³⁵² Informe del Grupo Especial sobre el asunto *CEE - Restricciones a la importación*, párrafo 28. Otro grupo especial señaló que "[p]or tanto, no puede darse por supuesto razonablemente que la decisión de una parte contratante de no invocar un derecho frente a otra parte contratante en un momento determinado sea una decisión de liberar a esa otra parte contratante de las obligaciones que le corresponden en virtud del Acuerdo General". Informe del Grupo Especial sobre el asunto *CEE (Estados miembros) - Banano I*, párrafo 3.62.

establecimiento de un grupo especial con el fin de ser lo más exhaustiva posible, y *no* porque crea que cada una de las leyes es una parte esencial del "rompecabezas" sin la cual no habría una prohibición total. La mayoría de las leyes citadas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial son leyes sobre prohibición que podrían aplicarse con independencia unas de otras para prohibir el suministro transfronterizo desde Antigua y Barbuda.

Antigua y Barbuda presenta su respuesta a esta pregunta con antelación a la fecha límite del 2 de febrero porque esta pregunta también podía interpretarse como invitación a presentar una explicación más detallada acerca de las leyes federales y estatales que no se trataron en los párrafos 20-21 de la declaración oral de 10 de diciembre y la Prueba documental AB-84. En opinión de Antigua y Barbuda, probablemente éste no es el objeto de la pregunta 32 porque los documentos presentados como Prueba documental AB-81 y AB-88 ya contienen, respecto de todas las leyes federales y estatales enumeradas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, una explicación similar a la dada sobre las tres leyes federales que figuran en nuestra declaración oral de 10 de diciembre de 2003 y sobre las leyes de los cinco Estados resumidas en la Prueba documental AB-84. Huelga decir que Antigua y Barbuda está dispuesta a presentar nuevas explicaciones de las leyes en cuestión si eso es lo que quiere el Grupo Especial, pero no queremos recargar al Grupo Especial con más material escrito si no es eso lo que el Grupo Especial busca. Si hemos entendido mal la pregunta 32, respetuosamente pedimos al Grupo Especial que la aclare para que podamos responder de la manera que sea más útil antes del plazo del 2 de febrero.

Estados Unidos

Los Estados Unidos desean reservarse el derecho a responder a cualesquiera nuevos argumentos y/o pruebas que exponga Antigua y Barbuda en respuesta a las preguntas adicionales del Grupo Especial. Los Estados Unidos, en consonancia con las opiniones manifestadas en su solicitud de resoluciones preliminares, solicitarían al Grupo Especial que les permitiera un mínimo de cuatro semanas para responder a cualesquiera nuevos argumentos o hacer observaciones sobre cualquier nueva prueba que presente Antigua y Barbuda acerca de medidas de las que no haya tratado en sus anteriores comunicaciones y declaraciones.

33. ¿Podría Antigua y Barbuda facilitar una lista de los servicios de juegos de azar y apuestas que trata de suministrar de manera transfronteriza a los Estados Unidos y que, según alega, están sujetos a prohibición?

Antigua y Barbuda

Antigua y Barbuda quiere suministrar a los consumidores de los Estados Unidos todos los tipos de servicios que entrañan la realización de una apuesta, excepto los que están prohibidos por la legislación de Antigua y Barbuda, como los que implican el uso de material pornográfico, indecente u ofensivo. Es difícil indicar todas las posibles combinaciones en una lista, pero los productos ofrecidos comprendidos en los servicios de juegos de azar y apuestas que Antigua y Barbuda quiere suministrar incluyen: i) juegos de selección aleatoria (en cualquiera de sus formas e incluidos los juegos que tradicionalmente se describen como "loterías" o "juegos tipo casino" en sus múltiples combinaciones, probablemente infinitas); ii) juegos de azar basados en acontecimientos futuros; iii) juegos de cartas y otros juegos de habilidad que implican apuestas de dinero; iv) juegos de azar de persona a persona ("intercambio de apuestas").

Para los Estados Unidos:

- 34. ¿En qué medida es pertinente el párrafo 20 de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos para la pregunta 19 del Grupo Especial? ¿Están autorizados entre los Estados que forman los Estados Unidos los juegos de azar y las apuestas por Internet y a distancia?**

Estados Unidos

En respuesta a la pregunta 19 del Grupo Especial, los Estados Unidos declararon que los servicios de juegos de azar descritos en el párrafo 20 de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos podrían transmitirse entre los Estados que forman parte de los Estados Unidos o a través de las fronteras, pero que no estaban autorizadas otras formas de servicios de juegos de azar por Internet y a distancia entre los Estados de los Estados Unidos o a través de las fronteras. La referencia al "párrafo 20" en esa respuesta era errónea; los Estados Unidos querían hacer referencia al párrafo 26 de su segunda comunicación escrita, en la que los Estados Unidos declaraban que las restricciones estadounidenses no excluían el suministro transfronterizo de todos los servicios de juegos de azar y enumeraba varios ejemplos. Los servicios de juegos de azar por Internet y a distancia descritos en el párrafo 26 están permitidos entre los Estados de los Estados Unidos y a través de las fronteras, pero otras formas de servicios de juegos de azar por Internet y a distancia (esto es, los que implican la transmisión de una apuesta utilizando un servicio de comunicaciones por cable) no lo están. Los Estados Unidos dan las gracias al Grupo Especial por llamar su atención sobre este error.

Los Estados Unidos desean señalar que el párrafo 20 de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos guarda, sin embargo, una relación con la pregunta 19. El cuadro proporcionado en el párrafo 20 aclara que para infringir el párrafo 2 a) del artículo XVI, en el que ahora Antigua y Barbuda basa sus argumentos en torno al párrafo 2 del artículo XVI, una limitación debe restringir el "número de proveedores de servicios" y debe ser "en forma de contingentes numéricos", etc. En virtud de la legislación estadounidense, el que un servicio sea permisible entre Estados y a través de las fronteras depende del carácter de la actividad en cuestión. Este tipo de restricción no limita el número de proveedores (de hecho, puede haber un número indefinido de proveedores de servicios permisibles de juegos de azar transfronterizos) ni adopta la "forma" de "contingentes numéricos".

- 35. En el párrafo 17 de su segunda declaración oral, los Estados Unidos afirman lo siguiente: "Hemos dicho muy francamente tanto al OSD como a este Grupo Especial que los Estados Unidos no permiten determinados servicios, como las apuestas por Internet, ni en el plano interno ni a través de las fronteras." ¿Podrían los Estados Unidos identificar los "determinados servicios" respecto de los cuales está prohibido el suministro tanto dentro del país como a través de las fronteras?**

Estados Unidos

Sí. Los Estados Unidos se refieren principalmente a los servicios que implican la transmisión de una apuesta mediante un servicio de comunicación por cable, por ejemplo Internet o el teléfono, a través de las fronteras de los Estados o de los Estados Unidos. Otros servicios de juegos de azar que están limitados de manera semejante, tanto dentro del país como a través de las fronteras, son el envío por correo de billetes de loterías entre Estados, el transporte interestatal de material y equipos para hacer apuestas y las apuestas sobre competencias deportivas.

36. Con respecto a la referencia a las "escasísimas excepciones limitadas a empresas de correduría de apuestas deportivas autorizadas en Nevada" que figura en el segundo párrafo de la Prueba documental AB-73³⁵³, ¿podrían los Estados Unidos identificar estas excepciones, aunque sea a título ilustrativo?

Estados Unidos

La Prueba documental AB-73 es una carta del Fiscal General Adjunto John Malcolm a la Asociación Nacional de Emisoras. La frase de esa carta a la que hace referencia al Grupo Especial dice que "[c]on escasísimas excepciones limitadas a empresas de correduría de apuestas deportivas autorizadas en Nevada, las leyes estatales y federales prohíben las operaciones de correduría de apuestas deportivas y de juegos de azar en Internet dentro de los Estados Unidos, estén o no tales operaciones en una base extraterritorial". Nevada es el único Estado donde los servicios de correduría de apuestas deportivas son legales en los Estados Unidos. Esta excepción es consecuencia del hecho histórico de que Nevada ya había autorizado tales servicios en el momento en que el Gobierno Federal de los Estados Unidos decidió prohibir que los Estados de los Estados Unidos siguieran autorizando los juegos de apuestas sobre deportes.³⁵⁴ Las empresas de servicios de correduría de apuestas deportivas están limitadas a Nevada, y no pueden aceptar apuestas de personas que se encuentren en otros Estados.

Antigua y Barbuda

Antigua y Barbuda quisiera indicar que la declaración hecha en nombre de los Estados Unidos en la carta adjunta como Prueba documental AB-73 no es completamente precisa cuando dice "[c]on escasísimas excepciones limitadas a empresas de correduría de apuestas deportivas autorizadas en Nevada, las leyes estatales y federales prohíben las operaciones de correduría de apuestas deportivas y de juegos de azar en Internet dentro de los Estados Unidos (...)". En virtud de la ley conocida como "PASPA"³⁵⁵, el Gobierno Federal de los Estados Unidos eximió expresamente a cuatro Estados (Nevada, Oregón, Delaware y Montana) de esta prohibición general de las apuestas sobre competencias deportivas que no sean las carreras hípcas, las carreras de galgos y el jai alai. En la actualidad, sólo Nevada cuenta con un sistema de apuestas deportivas en gran escala, aunque en Oregón hay cierto número de oportunidades de apuestas deportivas a través de la lotería del Estado.³⁵⁶ No hay nada en la PASPA ni en otras leyes federales que restrinja la capacidad de estos Estados de desarrollar, en el plano comercial o en el estatal, toda la gama de servicios de apuestas deportivas. Además, si bien los Estados Unidos parecen hacer varias distinciones entre las apuestas de carreras

³⁵³ Carta del Departamento de Justicia de los Estados Unidos a la Asociación Nacional de Emisoras titulada "Advertising for Internet Gambling and Offshore Sportsbooks Operations" (11 de junio de 2003), presentada por Antigua y Barbuda como prueba documental.

³⁵⁴ 28 U.S.C. §§ 3701-3704. Esta ley fue promulgada en 1991 para "detener la propagación de los juegos patrocinados por los Estados de apuestas basadas en deportes y mantener la integridad de nuestro pasatiempo nacional". Informe del Senado, páginas 102-248, reproducido en 1992 U.S.C.C.A.N. 3553, 3555. El Congreso consideraba que "el juego de apuestas basadas en deportes amenaza con cambiar la naturaleza de los acontecimientos deportivos, que de sano entretenimiento para todas las edades pasarían a ser instrumentos del juego de apuestas. Éste socava la confianza del público en la reputación del deporte, ya lo practiquen profesionales o aficionados". *Ibid.* Nevada fue el único Estado que había autorizado las corredurías de apuestas deportivas en el momento (o menos de un año después) de la promulgación de esta ley federal, y por tanto en virtud de dicha ley pasó a ser el único Estado con permiso para seguir haciéndolo.

³⁵⁵ 28 U.S.C. §§ 3701-3704.

³⁵⁶ www.oregonlottery.com.

hípicas y otras formas de apuestas deportivas, Antigua y Barbuda cree que realmente no existe base lógica alguna para tal distinción. Las apuestas hípicas *son* apuestas deportivas y están ampliamente autorizadas en todos los Estados Unidos, ya se realicen "en persona", por teléfono o por Internet.

C. ARTÍCULO XVI

Para los Estados Unidos:

- 37. Suponiendo, a efectos de argumentación, que los Estados Unidos han contraído en su Lista del AGCS un compromiso en relación con los servicios de juegos de azar y apuestas, ¿cuál es el objeto de evaluar la compatibilidad con el párrafo 2 del artículo XVI además de hacer esa evaluación con respecto al párrafo 1, dado que los Estados Unidos han consignado la palabra "ninguna" en su Lista en relación con los compromisos de acceso a los mercados?**

Estados Unidos

La palabra "ninguna" aparece bajo el epígrafe de "limitaciones al acceso a los mercados". Con el fin de determinar si un Miembro ha violado el compromiso reflejado por la inscripción de la palabra "ninguna", primero se ha de determinar lo que significa tener una "limitación al acceso a los mercados". El párrafo 2 del artículo XVI ofrece la lista exhaustiva de restricciones cuantitativas y demás limitaciones cuidadosamente descritas que se consideran "limitaciones al acceso a los mercados" en el marco del AGCS. Por tanto, es lógico que se deba examinar el párrafo 2 del artículo XVI para determinar si un Miembro ha mantenido o adoptado una medida incompatible con el artículo XVI.

- 38. ¿Cuál es la reacción de los Estados Unidos a los argumentos expuestos por Antigua y Barbuda en el párrafo 31 de su segunda declaración oral con respecto al significado de las palabras "ya sea" del párrafo 2 a) del artículo XVI?**

Estados Unidos

Antigua y Barbuda se basa en las palabras "ya sea" para afirmar que el párrafo 2 a) del artículo XVI es, hablando en el plano interno, una lista abierta y no una lista exhaustiva. Las palabras "ya sea" no implican automáticamente una lista abierta. De hecho, los Acuerdos de la OMC están repletos de ejemplos en sentido contrario en los que los redactores así lo entendieron, y por consiguiente añadieron alguna expresión de tipo cajón de sastre como "en cualquier otra forma". Un ejemplo concreto que utiliza esa expresión es el del apartado a) del artículo XXVIII del AGCS, que dice que "'medida' significa cualquier medida adoptada por un Miembro, ya sea en forma de ley, reglamento, regla, procedimiento, decisión o disposición administrativa, o *en cualquier otra forma*" (sin cursivas en el original). Otro ejemplo que guarda mayor analogía funcional con el artículo XVI del AGCS es el artículo XI del GATT, que expone una lista abierta en referencia a "prohibiciones ni restricciones ... ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación, o por medio de otras medidas". De hecho, ese ejemplo es una confirmación más de los anteriores argumentos de los Estados Unidos sobre las importantes diferencias entre el artículo XI del GATT y el artículo XVI del AGCS.

Hay otro ejemplo en el Anexo del AGCS sobre Servicios Financieros, que utiliza la frase "ya sea en una bolsa, en un mercado extrabursátil o de otro modo". De hecho, los Acuerdos de la OMC contienen algunos otros ejemplos. En conjunto, confirman que, puesto que el párrafo 2 a) del artículo XVI no contiene ninguna expresión de tipo cajón de sastre, la forma adecuada de leerlo es como una lista exhaustiva.

Antigua y Barbuda

Antigua y Barbuda quisiera resaltar que las palabras "ya sea" deben tener *algún* sentido. Si hubiera que interpretar el párrafo 2 a) del artículo XVI como lo desean los Estados Unidos (una relación expresa de las únicas "formas" que puede adoptar la denegación del acceso a los mercados para que su resultado sea una infracción del artículo XVI), las palabras "ya sea" carecerían de significado. Si se saca "ya sea" del texto, éste reza como los Estados Unidos resumieron en el párrafo 20 de su segunda comunicación escrita. Ahora bien, los Estados Unidos querrían que el texto *real* del párrafo 2 a) del artículo XVI dijera exactamente lo mismo, a pesar de la inclusión de las palabras "ya sea". A este respecto, el Grupo Especial debería observar que en el asunto *CE - Hormonas* el Órgano de Apelación declaró que "la regla fundamental de la interpretación de los tratados exige que el intérprete de un tratado lea e interprete las palabras efectivamente utilizadas en el acuerdo objeto del examen (...)".³⁵⁷

El argumento de los Estados Unidos de que los fines generales expresados en el párrafo 1 del artículo XVI se ven negados a continuación por una lectura formalista del párrafo 2 del artículo XVI carece de lógica a todas luces y viola la regla básica de interpretación de tratados expuesta en el primer párrafo del artículo 31 de la Convención de Viena, según la cual "un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin". De conformidad con su preámbulo, el objeto y fin del AGCS es la "liberalización progresiva" del comercio de servicios "como medio de promover el crecimiento económico de todos los interlocutores comerciales y el desarrollo de los países en desarrollo". Los compromisos de acceso a los mercados son sin duda uno de los principales mecanismos a través de los cuales se da efecto a esta "liberalización progresiva". Si se permitiera a un país sustraerse a los compromisos plenos de acceso a los mercados expresados en su lista con sólo adoptar un obstáculo en la "forma" de una prohibición total y rotunda se dejarían sin efecto esos compromisos. Está claro que no puede haber sido esta la intención de los redactores del AGCS.

- 39. ¿Podrían los Estados Unidos comentar los argumentos formulados por Antigua y Barbuda en el párrafo 32 de su segunda declaración oral con respecto al significado de las Directrices para la consignación en Listas de 1993 y 2001 en cuanto afirman que el párrafo 2 a) del artículo XVI del AGCS comprendería un requisito de nacionalidad para los proveedores de servicios? ¿Podrían las Directrices para la consignación en Listas de 2001 constituir un "acuerdo ulterior" en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena o una "práctica ulteriormente seguida" a tenor del párrafo 3 b) del artículo 31 de la Convención de Viena?**

Estados Unidos

En el párrafo 32 de su segunda declaración oral, Antigua y Barbuda dice que las Directrices para la consignación en Listas de 1993 y 2001 "afirman de manera inequívoca que el párrafo 2 a) del artículo XVI comprendería un requisito de nacionalidad para los proveedores de servicios como equivalente a un contingente nulo a pesar del hecho de que no tiene la forma de un contingente numérico". Antigua y Barbuda basa esta afirmación en una lista de ejemplos de limitaciones al acceso a los mercados que se ofrece en las Directrices para la consignación en Listas. Esa lista incluye, en las "limitaciones al número de proveedores de servicios" el apartado "requisitos de nacionalidad para proveedores de servicios (equivalentes a un contingente nulo)".

³⁵⁷ Informe del Órgano de Apelación en el asunto *CE - Hormonas*, párrafo 181.

Los Estados Unidos están en desacuerdo con las amplias afirmaciones de Antigua y Barbuda basadas de este modo en las Directrices para la consignación en Listas por las siguientes razones: i) no hay nada en el texto del artículo XVI que respalde la teoría de un "contingente nulo" implícito. El texto del párrafo 2 a) del artículo XVI en el que se apoya Antigua y Barbuda se refiere en su parte pertinente a las "limitaciones al número de proveedores de servicios ... en forma de contingentes numéricos". Con arreglo al sentido corriente de este texto, la "forma" de la limitación es el factor jurídicamente pertinente, y no su supuesta implicación o efecto. El texto citado requiere que esta forma sea "numérica" ("*numerical*", que significa "*of, pertaining to, or characteristic of a number or numbers*" ("de un número o números, o relativo a o característico de un número o números")) y sea un "contingente" ("*quota*", que significa "*quantity ¼ which under official regulations must be ¼ imported*" ("cantidad ... que en virtud de la reglamentación oficial debe ser ... importada")).³⁵⁸ Las restricciones que imponen los Estados Unidos al suministro de juegos de azar a distancia no adoptan la forma de contingentes numéricos sobre los proveedores de servicios; ii) las propias Directrices para la consignación en Listas dicen en otro lugar que "los topes numéricos deberán expresarse en cantidades definidas, ya sea en valores absolutos o en porcentajes".³⁵⁹ Esta afirmación es más compatible con el texto del artículo XVI; iii) el propio texto de las Directrices para la consignación en Listas dice que éstas "no deben entenderse como una interpretación jurídica autorizada del AGCS"³⁶⁰; iv) el ejemplo de un requisito de nacionalidad no es adecuado porque un requisito así excluye teóricamente todo suministro transfronterizo, mientras que -como los Estados Unidos han recalcado repetidamente- las restricciones estadounidenses al suministro a distancia de juegos de azar no prohíben todo el suministro de juegos de azar a distancia, y se aplican con independencia de la nacionalidad; v) a diferencia de los requisitos en materia de nacionalidad, las restricciones que los Estados Unidos imponen al suministro de juegos de azar a distancia son restricciones a las características de un servicio, no limitaciones al acceso a los mercados. En un documento de 1997 en el que se hablaba (entre otras cosas) de la línea del "contingente nulo" en las Directrices para la consignación en Listas, la Secretaría de la OMC observó que, aunque un requisito en materia de nacionalidad podía ser considerado un contingente nulo (*quod non*), "[u]na restricción en cuanto a la composición de la dirección de una presencia comercial no se puede interpretar como una restricción directa al acceso a los mercados para el proveedor de servicios extranjeros".³⁶¹ La Secretaría distinguía, pues, entre las restricciones a las "características" de un servicio, que correspondían a la columna del trato nacional, y las restricciones a las "personas físicas que efectivamente suministran el servicio", que correspondían a la columna del acceso a los mercados.³⁶² En consonancia con este análisis, las restricciones de los Estados Unidos sobre las características de un servicio no son limitaciones al acceso a los mercados.

El Grupo Especial pregunta si las Directrices para la consignación en Listas de 2001 constituyen un "acuerdo ulterior" en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena. La respuesta es que no. Los Estados Unidos ya han señalado que el texto del documento afirma que no se lo debería considerar una interpretación jurídica del AGCS. Por tanto, sería incompatible con los términos del propio documento interpretarlo como un "acuerdo ulterior entre las

³⁵⁸ *The New Shorter Oxford English Dictionary*, páginas 1955, 2454 (cuarta edición, 1993).

³⁵⁹ Addendum a las Directrices para la consignación en Listas de 1993; respuesta a la pregunta 3; Directrices para la consignación en Listas de 2001, párrafo 9.

³⁶⁰ Directrices para la consignación en Listas de 1993, párrafo 1; Directrices para la consignación en Listas de 2001, párrafo 1.

³⁶¹ Revisión de las Directrices para la consignación en Listas - Nota de la Secretaría, S/CSC/W/19, párrafo 20 (5 de marzo de 1999).

³⁶² *Ibid.*

partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones". Asimismo, el Consejo General y la Conferencia Ministerial tienen la "autoridad exclusiva" de adoptar interpretaciones jurídicas de los Acuerdos de la OMC.³⁶³ Por último, las Directrices para la consignación en Listas de 2001 no guardan relación con la "interpretación" ni la "aplicación" del AGCS; representan más bien una labor preparatoria para la negociación de nuevos compromisos. Por todas estas razones, las Directrices para la consignación en Listas de 2001 no constituyen un "acuerdo ulterior" en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena.

El Grupo Especial pregunta si las Directrices para la consignación en Listas de 2001 constituyen una "práctica ulteriormente seguida" a tenor del párrafo 3 b) del artículo 31 de la Convención de Viena. La respuesta es que no. El párrafo 3 b) del artículo 31 de la Convención de Viena hace referencia a la "práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado". Las Directrices para la consignación en Listas de 2001 constituyen una guía no vinculante para la negociación de disposiciones de tratados, y en tal calidad representan una labor preparatoria para compromisos futuros, y no una práctica "en la aplicación del tratado". Además, las Directrices para la consignación en Listas de 2001 no son tales un instrumento en el "que conste el acuerdo de las partes acerca" de la interpretación del AGCS. Por el contrario, estas "Directrices" establecen expresamente que no son una interpretación, y fueron redactadas con gran cuidado para sugerir o recomendar, y no para prescribir, determinados enfoques, nomenclaturas o interpretaciones. Por tanto, no se puede concluir que las Directrices de 2001 representen una práctica de los Miembros que refleja una forma común de los Miembros de entender la interpretación de cualesquiera disposiciones del AGCS.

Las posiciones expresadas en los dos párrafos precedentes se ven además confirmadas por el texto de la Decisión por la que el Consejo del Comercio de Servicios adoptó las Directrices para la consignación en Listas de 2001. El Consejo decidió:

1. Adoptar las Directrices para la consignación en Listas de los compromisos específicos en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios contenidas en el documento *S/CSC/W/30 como conjunto de directrices no vinculantes*.
2. Se invita a los Miembros a seguir estas Directrices *con carácter voluntario* en la futura consignación en listas de sus compromisos específicos, a fin de promover su precisión y claridad.
3. Estas Directrices *no modificarán ningún derecho u obligación* de los Miembros en el marco del AGCS.³⁶⁴

Las palabras que están en cursiva demuestran que las Directrices para la consignación en Listas de 2001 no se hicieron con la intención de vincular a los Miembros ni de alterar el alcance de ningún derecho u obligación en el marco del AGCS (incluido el alcance de los compromisos). Además, quedó entendido que las Directrices revisadas no constituían una interpretación autorizada de las disposiciones del AGCS, puesto que tal interpretación tendría que basarse en el artículo IX del

³⁶³ Párrafo 1 del artículo IX del Acuerdo de Marrakech por el que establece la Organización Mundial del Comercio.

³⁶⁴ Decisión relativa a las Directrices para la consignación en Listas de los compromisos específicos en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) - Adoptada por el Consejo de Comercio de Servicios el 23 de marzo de 2001, S/L/91 (29 de marzo de 2001) (sin cursivas en el original).

Acuerdo sobre la OMC. Constituían más bien una labor preparatoria para la "futura consignación en listas" de compromisos específicos.

D. ARTÍCULO XVII

Para Antigua y Barbuda:

- 40. ¿Tiene Antigua y Barbuda alguna prueba económica o basada en el mercado que respalde su afirmación, hecha en el párrafo 36 de su segunda declaración oral, de que los servicios de juegos de azar y apuestas "basados en Internet" y "basados en tierra" compiten y que los consumidores alternan entre unos y otros?**

Antigua y Barbuda

En 2001, algunos participantes en esta rama de actividad realizaron una encuesta con el fin de determinar el "mercado de consumo" entre jugadores de todo el mundo. Hay un resumen del informe sobre sus conclusiones³⁶⁵ que contiene material de cierto interés acerca de las características demográficas de los jugadores.³⁶⁶ El Estudio de River City concluyó que hay un considerable solapamiento en la utilización de servicios de juegos de azar por parte de quienes juegan regularmente. En particular, concluyó que "[l]os jugadores basados en tierra y que pagan en línea, los que juegan por dinero de verdad tanto en línea como fuera de línea, son los verdaderos entusiastas de los juegos de azar del mercado. (...) [S]on quienes más gastan en juegos de azar en el mercado".³⁶⁷ El estudio también concluyó que los jugadores que sólo juegan por dinero de verdad en línea pero no juegan en instalaciones en tierra "constituyen un fragmento excepcional de todo el mercado de consumo de juegos electrónicos".³⁶⁸

Algunos estudios de instituciones académicas de los Estados Unidos y del Reino Unido han constatado que las diferentes formas de juegos de azar son en gran medida sustituibles entre sí. Que Antigua y Barbuda sepa, no existen estudios de tal índole que investiguen específicamente la sustituibilidad de los juegos de azar "basados en Internet" con respecto a los "basados en tierra". No obstante, Antigua y Barbuda ha recabado la opinión de dos economistas que se destacan en este campo (el Profesor Donald Siegel del Rensselaer Polytechnic Institute of Troy, Nueva York, y el Profesor Leighton Vaughan Williams, de la Nottingham Trent University) acerca de la sustituibilidad en los mercados de los juegos de azar. Ambos concluyen que los juegos de azar "basados en Internet" constituyen un firme sustituto de los juegos "basados en tierra".³⁶⁹

³⁶⁵ "The River City Gambler Monitor", The River City Group, Reymer & Associates (2001).

³⁶⁶ "Internet Gambling Report, Sixth Edition", River City Group, LLC (2003) (en adelante "Estudio de River City").

³⁶⁷ *Ibid.*, página 57.

³⁶⁸ *Ibid.*

³⁶⁹ Antigua y Barbuda presenta como pruebas documentales la declaración del Profesor Donald Siegel y el Profesor Leighton Vaughan Williams y la declaración adicional del Profesor Leighton Vaughan Williams. También se presentan como prueba algunas de las obras escritas a las que se refiere la primera opinión: D. Siegel y G. Anders, "The Impact of Indian Casinos on State Lotteries: A Case Study of Arizona", *Public Finance Review*, volumen 29, N° 2, marzo de 2001, páginas 139-147; D.S. Elliott y J.C. Navin, "Has Riverboat Gambling Reduced State Lottery Revenue?", *Public Finance Review*, volumen 30, N° 3, mayo de 2002, páginas 235-247.

Con su primera comunicación, Antigua y Barbuda también aportó al Grupo Especial anécdotas que probaban la competencia entre los servicios de juegos de azar basados en Internet y los servicios de juegos de azar en los Estados Unidos.³⁷⁰ Existe una considerable cantidad de elementos anecdóticos que se suman a las pruebas acerca de la competencia entre los juegos de azar por Internet y los demás.³⁷¹

Con respecto a la tesis general de que el comercio "basado en Internet" compite con el comercio "ubicado en tierra", Antigua y Barbuda hace referencia a la iniciativa de la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos (la "FTC") de fomentar la competencia en Internet.³⁷² Sin embargo, la FTC ha constatado que "muchas reglamentaciones estatales favorecen a los proveedores locales frente a competidores de fuera y que otras prohíben totalmente la competencia en línea con respecto a determinados bienes y servicios". En relación con una investigación de ventas de vino por Internet, la FTC constató que "el comercio electrónico puede ofrecer a los consumidores precios más bajos, más variedad de oferta y más comodidad. Sin embargo, en mercado del vino y en otros mercados los obstáculos anticompetitivos que se oponen al comercio electrónico están privando a los consumidores de esos beneficios". La FTC constató además que "las prohibiciones de los Estados a los envíos directos interestatales representan el mayor obstáculo reglamentario individual a la expansión del comercio del vino por vía electrónica". En relación con la inquietud expresada por los Estados respecto al consumo de bebidas por menores de edad, la FTC concluyó que "los Estados pueden limitar las ventas a los menores por medios menos restrictivos que la prohibición pura y simple".

- 41. Con respecto a los argumentos expuestos por Antigua y Barbuda en el párrafo 38 de su segunda declaración oral, ¿alega ahora Antigua y Barbuda que todas las actividades de juegos de azar y apuestas que implican la experiencia de ganar y perder dinero son necesariamente "similares" y que esto constituiría el principal criterio para decidir la "similitud" en el marco del artículo XVII?**

Antigua y Barbuda

Desde el comienzo de la presente diferencia, Antigua y Barbuda ha mantenido que todos los servicios de juegos de azar y apuestas que implican una apuesta son "similares" a los efectos del

³⁷⁰ Pueden encontrarse estas pruebas en "The Handle: Thursday Roundup", *The Spokesman Review* (Spokane Washington) (2 de febrero de 2001); David Bennett, "Lottery's pot for schools ends up short", *Crain's Cleveland Business* (23 de julio de 2001); Jim Saunders, "Video-gambling debate spins in soft economy", *The Florida Times-Union* (29 de diciembre de 2002); y Michael Kaplan, "Gambling in America: A Special Report", *Cigar Aficionado* (octubre de 2002).

³⁷¹ Véase, por ejemplo, Rod Smith, "Online Betting Growth Called Threat to Nevada", *Las Vegas Review-Journal* (24 de enero de 2003), D1 (http://www.reviewjournal.com/lvrj_home/2004/Jan-24-Sat-2004/business/23006933.html) (los expertos de la industria de los juegos de azar de Nevada consideran que el crecimiento de las apuestas en línea constituye una amenaza para la posición de la industria de los juegos de azar de Nevada como centro de la industria mundial de los juegos de azar) Ed DeRosa, "NYRA, Magna Withhold Simulcast Signal From Attheraces", *Thoroughbred Times.com*, 13 de enero de 2004 (<http://www.thoroughbredtimes.com/todaysnews/newsview.asp?recno=41340&subsec=>) (los sitios de apuestas en Internet afectan desfavorablemente a las apuestas hípcas). En su documento "Equity Research" de 2002 relativo a la industria de los juegos de azar "E-Gaming: a giant beyond our borders" (septiembre de 2002) la empresa bancaria de inversiones de Bear Stearns & Co., Inc. menciona algunas inquietudes que los juegos basados en Internet suscitan en la industria nacional de los juegos de azar de los Estados Unidos. Véase Michael Tew y Jason Ader, Bear Stearns & Co, Inc., Equity Research, *Gaming Industry: E-Gaming: A Giant Beyond Our Borders*, páginas 32-39.

³⁷² FTC, "E-commerce lowers prices, increases choices in wine market".

artículo XVII del AGCS. Debido a la ausencia de jurisprudencia de la OMC acerca de la "similitud" en el marco del AGCS, tema del que trató Antigua y Barbuda con cierta extensión en su declaración oral de 10 de diciembre, Antigua y Barbuda cree que en el destacado caso del GATT de 1994 sobre este tema, el asunto *CE - Amianto*³⁷³, se encuentra el contexto apropiado para evaluar la "similitud".

En el asunto *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación constató que los dos criterios más importantes para la determinación de la "similitud" eran: i) la medida en que los productos pueden servir para los mismos usos finales o para usos finales similares; y ii) la medida en que los consumidores perciben y tratan los productos como distintos medios posibles de cumplir determinadas funciones a fin de satisfacer una necesidad o demanda determinada. A este respecto, en el párrafo 38 de su declaración inaugural de 26 de enero de 2004 Antigua y Barbuda comunicó que la experiencia de ganar o perder dinero es el *sine qua non* de los servicios de juegos de azar y apuestas, que pueden suministrarse por igual localmente o "a distancia". No ocurre lo mismo con una comparación que los Estados Unidos tratan de hacer en el párrafo 39 de su segunda comunicación escrita, en el que pretenden trazar una analogía con la diferencia entre participar realmente en la equitación y participar en una equitación de "realidad virtual", situación en que la principal característica de las dos actividades es claramente diferente (actividad física frente a actividad no física).

A la vista de los criterios expuestos por el Órgano de Apelación en el asunto *CE - Amianto*, Antigua y Barbuda cree que el criterio más importante para la determinación de la "similitud" en el derecho de la OMC es la sustituibilidad del producto (o del servicio). Existen, por supuesto, varios niveles de sustituibilidad. Por ejemplo, las pruebas económicas que existen en los Estados Unidos indican que, en un nivel, las actividades de juegos de azar sirven de sustituto amplio de otros "servicios de esparcimiento y recreativos".³⁷⁴ Sin embargo, Antigua y Barbuda no sugiere que todo nivel de sustituibilidad haga necesariamente "similares" a dos servicios. Por otro lado, el nivel de sustituibilidad que precisan dos servicios para ser considerados "similares" no debería fijarse de manera que sea indebidamente alto y debería considerarse en el contexto del otro "componente de la competencia" del artículo XVII: el requisito de "condiciones de competencia" que sean no menos favorables. En otras palabras, los servicios de escasa sustituibilidad llevarán un nivel considerable de trato diferente carente de efectos en las "condiciones de competencia" y sin infracción del artículo XVII. En el caso de dos servicios que tengan una elevada sustituibilidad, un nivel bajo de trato diferente modificará las condiciones de competencia y, por consiguiente, infringirá el artículo XVII.³⁷⁵ Las pruebas económicas disponibles sugieren que existe un grado alto o relativamente alto de sustituibilidad entre las diversas formas tradicionales de servicios de juegos de azar tanto como de sustituibilidad entre los diversos métodos de distribución de servicios de juegos de azar.³⁷⁶ A este respecto, Antigua y Barbuda declara que un tratamiento radicalmente diferente de una

³⁷³ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *CE - Amianto*.

³⁷⁴ D. Siegel y G. Anders, *op. cit.*, página 140.

³⁷⁵ Véase también A. Mattoo, "MFN and the GATS," en T. Cottier y Petros C. Mavroidis, *Regulatory Barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law* (The University Of Michigan Press, 2000), páginas 51-99, en las páginas 73-75.

³⁷⁶ Declaración del Profesor Donald Siegel y del Profesor Leighton Vaughan Williams en respuesta a la pregunta "¿Tiene Antigua y Barbuda alguna prueba económica o basada en el mercado que respalde la afirmación que hace en el párrafo 36 de su segunda declaración oral, de que los servicios de juegos de azar y apuestas 'basados en Internet' y 'en tierra' compiten y que los consumidores alternan entre uno y otro?", presentada al Grupo Especial por Antigua y Barbuda: D. Siegel y G. Anders, "The Impact of Indian Casinos on State Lotteries: A Case Study of Arizona", *Public Finance Review*, volumen 29, N° 2 (marzo de 2001); D.S. Elliott y J.C. Navin, "Has Riverboat Gambling Reduced State Lottery Revenue?", *Public Finance Review*, volumen 30, N° 3 (mayo de 2001).

forma de juegos de azar frente a otra, o de un método de distribución frente a otro, infringe necesariamente el artículo XVII.

Para los Estados Unidos:

- 42. En sus comunicaciones, los Estados Unidos han introducido una distinción entre, por un lado, el suministro "a distancia" de servicios de juegos de azar y apuestas y, por otro, el suministro de tales servicios no hecho "a distancia". ¿Podrían los Estados Unidos aclarar cómo definen uno y otro suministro de tales servicios, haciendo referencia a la aplicación específica de esta distinción en los Estados Unidos? Por ejemplo, si un billete de lotería correspondiente a una lotería del Estado de Nueva York se compra a través de un expendedor autorizado en Florida, ¿equivale esto a un suministro a distancia, dada la definición de este término a que se refieren los Estados Unidos en el párrafo 7 de su primera comunicación escrita?**

Estados Unidos

Por suministro a distancia, los Estados Unidos entienden situaciones en las que el proveedor del servicio de juegos de azar (ya sea extranjero o nacional) y el consumidor del servicio no se encuentran físicamente juntos. En otras palabras, el consumidor de un servicio suministrado a distancia no tiene que acudir a ningún tipo de punto de venta, ya sea un puesto minorista, un casino, una máquina expendedora, etc. En cambio, el proveedor a distancia carece de punto de presencia pero ofrece el servicio directamente al consumidor a través de algún medio de comunicación a distancia. El suministro no hecho a distancia significa que el consumidor se presenta en un punto de presencia del proveedor, facilitando de esa manera la identificación de la persona, la verificación de su edad, etc. Los Estados Unidos desean añadir un breve comentario al ejemplo de Nueva York y Florida. En la práctica, el ejemplo no ocurriría porque las loterías estatales operan exclusivamente con carácter territorial.³⁷⁷ Dejando eso de lado en aras del debate, los Estados Unidos consideran que si el consumidor debe ir a un punto donde está presente el expendedor local para comprar el servicio de juegos de azar, éste no es a distancia. En el ejemplo del Grupo Especial, el proveedor de Nueva York necesita celebrar un contrato con un expendedor en Florida en lugar de suministrar el servicio directamente mediante comunicación a distancia.

- 43. ¿Cuál es la reacción de los Estados Unidos a las declaraciones formuladas por el representante de Antigua y Barbuda durante la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial en el sentido de que no ha habido comunicación alguna entre las autoridades de Antigua y Barbuda y las de los Estados Unidos en relación con las preocupaciones que han señalado los Estados Unidos como justificación de una distinción reglamentaria entre juegos de azar a distancia y juegos de azar no hechos a distancia?**

Estados Unidos

Los Estados Unidos no ven qué relación tienen las afirmaciones de Antigua y Barbuda con un análisis de similitud en el marco del artículo XVII. No hay ninguna disposición del artículo XVII que indique que la similitud depende del grado de comunicación entre las autoridades de los Miembros en

³⁷⁷ En teoría, los Estados de los Estados Unidos podrían permitir a las empresas que adquirieran para una persona que se encuentra en un Estado un billete, número, participación o interés en una lotería administrada por otro Estado (sin que realmente se transmita el billete al exterior del Estado donde fue comprado) en virtud de un acuerdo entre los dos Estados por el que se autorizara esa actividad. Pero los Estados Unidos no tienen conocimiento de que ningún Estado haya celebrado los acuerdos que serían necesarios para permitir tal actividad. Incluso si los Estados celebraran tales acuerdos, sería obligatoria la presencia local en el Estado del consumidor, dado que los billetes no podrían enviarse por correo de un Estado a otro.

lo que concierne a las diferencias entre los servicios. Los Estados Unidos ya han observado que han celebrado intercambios significativos con Antigua y Barbuda acerca de cuestiones relativas a las medidas para hacer cumplir la ley. En la medida en que la pregunta del Grupo Especial se refiera a las afirmaciones de Antigua y Barbuda relativas a peticiones de ayuda para hacer cumplir la ley, los Estados Unidos remiten al Grupo Especial a los párrafos 7 a 10 de la segunda declaración final de los Estados Unidos. Con respecto a otras formas de cooperación en el plano reglamentario, los Estados Unidos acogen gustosamente las preguntas y las misiones de indagación de los gobiernos que deseen enterarse de la reglamentación estadounidense de los servicios de juegos de azar. Los Estados Unidos no tienen noticia de que el Gobierno de Antigua y Barbuda haya hecho algo para desarrollar tal cooperación. Como se explica en la segunda comunicación y la segunda declaración inaugural de los Estados Unidos, la ausencia de todo régimen reglamentario interno de los Estados Unidos que permita el suministro de servicios de juegos de azar a distancia hace que no sea razonable que Antigua y Barbuda espere de los Estados Unidos que entable negociaciones internacionales para el establecimiento de tal régimen para sus proveedores transfronterizos. Además, las posiciones de Antigua y Barbuda en la presente diferencia dejan claro que Antigua y Barbuda no está dispuesta a reconocer la existencia de preocupaciones específicas de los Estados Unidos en el plano reglamentario en torno al suministro de juegos de azar a distancia.

E. ARTÍCULO XIV

Para los Estados Unidos:

44. ¿Invocan formalmente los Estados Unidos el artículo XIV y esperan que se formule una determinación sobre el mismo, de ser necesario?

Estados Unidos

Los Estados Unidos mantienen la firme opinión de que no es necesario tocar esta cuestión. No se requiere que una medida sea incompatible con el AGCS para que se aplique el artículo XIV (aunque los Estados Unidos reconocen que normalmente un grupo especial no querría ocuparse del artículo XIV a menos que hubiera constatado una incompatibilidad). Por lo tanto, el artículo XIV se aplica en la presente diferencia haya o no una constatación de incompatibilidad con el AGCS. Puesto que las medidas de que trata la segunda comunicación de los Estados Unidos están al servicio de importantes objetivos de política comprendidos en el ámbito del artículo XIV, los Estados Unidos invocan dicho artículo en la presente diferencia y esperan que se formule una determinación al respecto, de ser necesario. No obstante, en vista de la redacción expresa del artículo XIV ("ninguna disposición del presente acuerdo impedirá ..."), los Estados Unidos estiman que el papel primordial del artículo XIV en la presente diferencia es una confirmación más de la ausencia de toda incompatibilidad.

45. En el caso de una respuesta afirmativa a la pregunta anterior, ¿podrían los Estados Unidos identificar de manera clara y específica las disposiciones de las leyes y reglamentos con las que, según afirman, las medidas impugnadas logran la observancia a tenor del apartado c) del artículo XIV?

Estados Unidos

Los Estados Unidos quisieran señalar en primer lugar que a menos que se pruebe lo contrario se da por supuesto que las leyes y reglamentos de un Miembro son compatibles con las normas de la OMC. Por tanto, la carga de la prueba de una parte demandada en relación con medidas que se hacen efectivas con arreglo al apartado c) del artículo XIV difiere de la carga que se impone a una parte que trate de probar que las leyes o reglamentos son incompatibles con el AGCS. Con arreglo al apartado c) del artículo XIV, la parte demandada sólo necesita hacer ver que tales leyes existen y que

no se ha constatado que sean incompatibles con el AGCS. En este caso existen tales leyes, y aunque Antigua y Barbuda impugna algunas de ellas (presuntas restricciones impuestas por los Estados a los juegos de azar), no ha demostrado que alguna de ellas (ni mucho menos todas) sea incompatible con el AGCS.

Los artículos 1084, 1952 y 1955 permiten el cumplimiento de las leyes de los Estados por las que se combaten los ilícitos relacionados con los juegos de azar e ilícitos similares. Entre las leyes estatales que restringen los juegos de azar figuran aquéllas por las que algunos Estados prohíben algunos o la totalidad de esos juegos.³⁷⁸ Con respecto a esta cuestión, Antigua y Barbuda declaró en el párrafo 30 de su segunda comunicación que "[l]a existencia de la legislación federal facilita el enjuiciamiento de los proveedores de juegos de azar 'no autorizados' en virtud de la legislación estatal". Así pues, la propia Antigua y Barbuda reconoce que las leyes federales estadounidenses sobre juegos de azar sirven como medidas destinadas a hacer cumplir las leyes estatales.

En los párrafos 100-101 de su segunda comunicación los Estados Unidos argumentaron que los artículos 1084, 1952 y 1955 son medidas contra la delincuencia organizada, y que determinados tipos de actividad delictiva en la que habitualmente intervienen grupos dedicados a dicha delincuencia son inherentes al concepto de "delincuencia organizada". Así pues, los Estados Unidos sostienen que en tanto que medidas contra la delincuencia organizada, los artículos 1084, 1952 y 1955 permiten el cumplimiento de las leyes y reglamentos estadounidenses que definen y/o prohíben la delincuencia organizada, así como de las leyes y reglamentos que prohíben la actividad delictiva que, al cometerse de determinadas maneras, constituye delincuencia organizada. Entre estas leyes y reglamentos figuran los siguientes:

- i) Ley de Organizaciones Corruptas y bajo la influencia de la Delincuencia Organizada (Racketeer Influenced and Corrupt Organizations): La delincuencia organizada en sentido estricto es un subconjunto de la categoría más amplia de delincuencia organizada denominada "racketeering" en la legislación estadounidense. La ley principal de los Estados Unidos que define y prohíbe estas actividades es la ley "RICO" (Racketeer Influenced and Corrupt Organizations)³⁷⁹;
- ii) conclusiones de la Ley de Lucha contra la Delincuencia Organizada de 1970. Si bien la expresión "delincuencia organizada" no tiene como tal una definición legal en la legislación estadounidense, las conclusiones legislativas del Congreso en la Ley de Lucha contra la Delincuencia Organizada de 1970 hacen referencia a "una actividad sumamente sofisticada, diversificada y extendida" que implica "una conducta ilícita y el uso ilegal de la fuerza, el fraude y la corrupción" y que "adquiere una parte importante de su poder gracias al dinero obtenido de actividades ilegales como el juego organizado, la usura, el robo y la venta de bienes robados, la importación y distribución de estupefacientes y otras drogas peligrosas y otras formas de explotación social"³⁸⁰;
- iii) Orden 1386-89 del Fiscal General: En el apéndice de la Orden 1386-89 del Fiscal General se define la "delincuencia organizada" a efectos operativos a nivel federal de los Estados Unidos. En ese documento se afirma que: "[L]a definición de "delincuencia organizada" ... se refiere a las asociaciones de personas o grupos

³⁷⁸ Véase, por ejemplo, Utah Code Ann. § 76-10-1102; Hawaii Rev. Statutes §§ 712-1221 a 712-1223.

³⁷⁹ Ley RICO, 18 U.S.C. §§ 1961-1968.

³⁸⁰ Véase la sección III.B.5 del presente informe.

estructuradas y disciplinadas que se autoperpetúan y que se unen con el objeto de obtener ganancias o beneficios monetarios o comerciales utilizando total o parcialmente medios ilegales, al tiempo que protegen sus actividades a través de una red de extorsión y corrupción". Según esta definición, los grupos de delincuencia organizada poseen determinadas características que incluyen, sin limitarse a ellas, las siguientes: i) sus actividades ilícitas son de tipo conspirativo; ii) en al menos parte de sus actividades cometen o amenazan cometer actos de violencia u otros actos de probable efecto intimidatorio; iii) realizan sus actividades de forma metódica, sistemática o sumamente disciplinada y secreta; iv) aíslan a sus dirigentes de la intervención directa en actividades ilícitas gracias a su intrincada estructura orgánica; v) intentan ganar influencia en el gobierno, la política y el comercio utilizando la corrupción, la extorsión y medios legítimos; vi) tienen como objetivo principal conseguir ganancias económicas, no sólo a partir de empresas abiertamente ilegales como las dedicadas a la droga, los juegos de azar y la usura, sino también de actividades tales como el blanqueo ilegal de dinero mediante actividades empresariales legítimas e inversiones en ellas³⁸¹;

- iv) actividades delictivas fundamentales: Como dejan claro las descripciones anteriores, en última instancia la delincuencia organizada consiste en cometer de cierta manera una combinación de delitos fundamentales. Por tanto, una medida contra la delincuencia organizada lo es también contra la comisión de tales delitos. Ejemplos clave de delitos fundamentales que suelen cometerse como delincuencia organizada son los siguientes: i) delitos violentos. Las leyes estatales estadounidenses prohíben el uso ilegal de la fuerza. Por ejemplo, todos los Estados prohíben el homicidio y la agresión ilícita.³⁸² También hay leyes federales aplicables a tales actos cuando tienen lugar en la jurisdicción federal.³⁸³ Las leyes estatales y federales prohíben también los actos que implican la amenaza de la fuerza, como la extorsión³⁸⁴; ii) delitos contra la propiedad: las leyes estatales estadounidenses también prohíben actos de hurto y de fraude³⁸⁵ y otros delitos contra la propiedad. Las leyes federales también se aplican a tales actos cuando tienen lugar en determinadas circunstancias, como las maquinaciones para el fraude utilizando los correos de los Estados Unidos o las comunicaciones interestatales por cable, o cuando se llevan objetos robados de un Estado a otro³⁸⁶; iii) delitos de corrupción y conspiración: las leyes estatales y federales de los Estados Unidos prohíben diversas formas de corrupción y

³⁸¹ Orden por la que se dispone la reestructuración de los recursos de los programas de lucha contra la delincuencia organizada, Orden 1386-89 del Fiscal General, apéndice (26 de diciembre de 1989).

³⁸² Ejemplos de tales leyes de dos de los mayores Estados de la Unión son: Cal. Penal Code §§ 187-89 (homicidio) y §§ 240-41 (agresión ilegítima); N.Y. Penal Law § 120.00-.15 (agresión ilegítima).

³⁸³ Véase, por ejemplo, 18 U.S.C. § 1111 (delito federal de homicidio).

³⁸⁴ Un ejemplo de tales leyes en el plano federal es 18 U.S.C. § 875. Ejemplos tomados de dos de los mayores Estados de la Unión son: Cal. Penal Code §§ 518-527 (extorsión) y N.Y. Penal Law § 155.05(2)(e) (hurto con extorsión).

³⁸⁵ Ejemplos de dos de los mayores Estados de la Unión son: Cal. Penal Code § 484 (robo) y N.Y. Penal Law § 190.40-.83 (usura delictiva, maquinación para defraudar, utilización delictiva de un dispositivo de acceso, usurpación de estado civil y posesión ilícita de información de identificación personal).

³⁸⁶ 18 U.S.C. § 1341 (fraude por correo), 18 U.S.C. § 1343 (fraude por cable), y 18 U.S.C. § 2314 (transporte interestatal de bienes robados).

conspiración.³⁸⁷ Se ha mencionado *supra* una de esas leyes, la ley federal RICO. Otra es la ley federal sobre la conspiración³⁸⁸; iv) lavado de dinero. La legislación federal y estatal también prohíbe el lavado de dinero.³⁸⁹

IV. OBSERVACIONES DE LAS PARTES SOBRE LAS RESPUESTAS FACILITADAS EN LA SECCIÓN II

A. OBSERVACIONES DE ANTIGUA Y BARBUDA SOBRE LAS RESPUESTAS DE LOS ESTADOS UNIDOS A LAS PREGUNTAS DEL GRUPO ESPECIAL EN LA SEGUNDA REUNIÓN SUSTANTIVA

Pregunta 36 (para los Estados Unidos)

Con respecto a la referencia a las "escasísimas excepciones limitadas a empresas de correduría de apuestas deportivas autorizadas en Nevada" que figura en el segundo párrafo de la Prueba documental AB-73³⁹⁰, ¿podrían los Estados Unidos decir cuáles son estas excepciones, aunque sea título ilustrativo?

En su respuesta a esta pregunta, los Estados Unidos respondieron que Nevada era el único Estado en el que eran legales los servicios de "correduría de apuestas deportivas" en los Estados Unidos. Esto no es exacto. Como Antigua y Barbuda ya ha señalado, existen cuatro Estados en los Estados Unidos que están exentos de la aplicación de la legislación federal de 1992 que restringe determinadas formas de apuestas relacionadas con deportes en los Estados Unidos.³⁹¹ Aunque se efectúan de manera algo críptica, las exenciones figuran en el artículo 3704 de la ley.³⁹² Oregón mantiene un sistema de apuestas patrocinado por el Estado sobre determinados acontecimientos deportivos basándose en esta exención y Delaware ha estudiado la adopción de un sistema amplio de apuestas deportivas.

Todo análisis adecuado del mercado de apuestas deportivas en los Estados Unidos debería tener en cuenta la industria no autorizada, o "ilegal", de apuestas deportivas, que comprende un segmento enorme del mercado de los juegos de azar de los Estados Unidos y que, pese a las protestas de los Estados Unidos en sentido contrario, "no es probable que sea perseguida judicialmente", según afirma la NGISC de los Estados Unidos.³⁹³

³⁸⁷ Véase, por ejemplo, Código Penal de Nueva York, artículos 180, 200 (soborno y soborno de funcionarios públicos).

³⁸⁸ 18 U.S.C. § 371.

³⁸⁹ 18 U.S.C. §§ 1956-1957; Código Penal de Nueva York, artículo 470.

³⁹⁰ Véase *supra* nota 353.

³⁹¹ 28 U.S.C. §§ 3701-3704.

³⁹² Anthony N. Cabot y Robert D. Faiss, "Sports Gambling in the Cyberspace Era", 5 *Chapman Law Review* 1, primavera de 2002, página 7, nota 31.

³⁹³ Informe Final de la NGISC, páginas 24. Véanse en general el debate y las fuentes en la sección III.B.2 del presente informe.

Pregunta 42 (para los Estados Unidos)

En sus comunicaciones, los Estados Unidos han introducido una distinción entre, por un lado, el suministro "a distancia" de servicios de juegos de azar y apuestas y, por otro, el suministro de tales servicios no hecho a distancia. ¿Podrían los Estados Unidos aclarar cómo definen el suministro "a distancia" y "no a distancia" de tales servicios, haciendo referencia a la aplicación específica de esta distinción en los Estados Unidos? Por ejemplo, si un billete de lotería correspondiente a una lotería del Estado de Nueva York se compra a través de un expendedor autorizado en Florida, ¿equivale esto a un suministro a distancia, dada la definición de este término a que se refieren los Estados Unidos en el párrafo 7 de su primera comunicación escrita?

En su respuesta a esta pregunta, los Estados Unidos presentan por vez primera una definición clara y concisa de lo que han denominado "suministro a distancia" (lo que consideran que es el servicio de juegos de azar y apuestas "no similar" cuyo suministro transfronterizo pueden prohibir sin incumplir sus compromisos en el marco del AGCS).³⁹⁴ La respuesta merece ser reproducida en su integridad (sin cursivas en el original):

Por suministro a distancia, los Estados Unidos entienden situaciones en las que el proveedor del servicio de juegos de azar (ya sea extranjero o nacional) y el consumidor del servicio no se encuentran físicamente juntos. En otras palabras, el consumidor de un servicio suministrado a distancia no tiene que acudir a ningún tipo de punto de venta, ya sea un puesto minorista, un casino, una máquina expendedora, etc. En cambio, el proveedor a distancia carece de punto de presencia pero ofrece el servicio directamente al consumidor a través de algún medio de comunicación a distancia. *El suministro no hecho a distancia significa que el consumidor se presenta en un punto de presencia del proveedor, facilitando de esa manera la identificación de la persona, la verificación de su edad, etc.*

Esta declaración es importante en varios aspectos. Primero, establece sin ambigüedades la posición de los Estados Unidos de que la única diferencia real entre servicios de juegos de azar y apuestas "a distancia" y "no a distancia" es la capacidad del consumidor de presentarse real y físicamente ante (o en proximidad de) otra persona o una máquina expendedora. También aclara implícitamente que el juego por parte de menores de edad es la única preocupación social esgrimible que podría atenderse mejor mediante el suministro "no a distancia" del servicio de juegos de azar y apuestas.³⁹⁵ Antigua y Barbuda no tiene conocimiento de ninguna forma de juegos de azar en los Estados Unidos que exija la verificación de la identidad simplemente para hacer una apuesta, ya sea en un casino, en una máquina expendedora, en un establecimiento minorista o de otro modo. Además, no hay nada inherente a una presencia personal ante un proveedor o expendedor de servicios de juegos de azar (al menos nada que los Estados Unidos hayan presentado en el presente procedimiento) que impida la participación de la delincuencia organizada o el lavado de dinero. De hecho, más que alegaciones no justificadas, en el presente procedimiento los Estados Unidos no han presentado nada para i) cuestionar la eficacia del sistema reglamentario de Antigua y Barbuda con respecto a la delincuencia organizada o al lavado de dinero ni para ii) demostrar que la delincuencia organizada o el lavado de dinero realmente exista en la industria de juegos de azar y apuestas de

³⁹⁴ Y que, al parecer, también creen que está sujeto a exclusión en virtud del artículo XIV del AGCS.

³⁹⁵ Los Estados Unidos ya han admitido que "de los adultos cabe esperar que ejerzan su propio juicio moral (...)". Además, los Estados Unidos no han aducido prueba alguna que demuestre que los juegos de azar que llaman "a distancia" suponen mayores riesgos "de salud" que los juegos de azar "no a distancia", mientras que Antigua y Barbuda ha presentado informes de tres conocidos expertos que sostienen lo contrario.

Antigua y Barbuda, menos aún a niveles superiores a los que predominan en la industria de los juegos de azar de los Estados Unidos.

Si la principal preocupación de los Estados Unidos es el juego de azar de los menores de edad, tampoco en este aspecto han aportado los Estados Unidos en el presente procedimiento nada que: i) demuestre que haya habido alguna vez juego de azar de menores en relación con la industria de juegos de azar y apuestas de Antigua y Barbuda, menos todavía en niveles superiores a los que predominan en la industria de los juegos de azar en los Estados Unidos; ii) demuestre la insuficiencia de los sistemas reglamentarios de Antigua y Barbuda para impedir el juego de azar de menores; iii) explique por qué el Congreso de los Estados Unidos considera suficiente el uso de tarjetas de crédito para impedir el acceso de los menores a los peligros claros de la pornografía y la pederastia en Internet pero insuficiente para impedir el acceso de los menores a los servicios de juegos de azar y apuestas en Internet; o iv) que contradiga las afirmaciones de Antigua y Barbuda de que una mejora de la cooperación intergubernamental o el uso de otros medios de comprobación de la edad podrían reducir más el riesgo del juego entre menores de edad.

Con respecto a las afirmaciones hechas en la respuesta de los Estados Unidos a esta pregunta, Antigua y Barbuda quisiera remitir al Grupo Especial a la respuesta de Antigua y Barbuda a la pregunta 19 del Grupo Especial, en la que se señaló que en la actualidad funcionan en los Estados Unidos loterías multiestatales.³⁹⁶ La mayor de éstas, la lotería "Powerball", se juega en 24 Estados.

Pregunta 43 (para los Estados Unidos)

¿Cuál es la reacción de los Estados Unidos a las declaraciones formuladas por el representante de Antigua y Barbuda durante la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial en el sentido de que no ha habido comunicación alguna entre las autoridades de Antigua y Barbuda y las de los Estados Unidos en relación con las preocupaciones que han señalado los Estados Unidos como justificación de una distinción reglamentaria entre juegos de azar a distancia y juegos de azar no a distancia?

En respuesta a esta pregunta, los Estados Unidos dicen que "no ven qué relación tienen las afirmaciones de Antigua y Barbuda con un análisis de similitud en el marco del artículo XVII". Los Estados Unidos malinterpretan lo que Antigua y Barbuda quiere decir en su declaración. Antigua y Barbuda ha dejado claro que cree que los sistemas reglamentarios no pueden ser pertinentes a los efectos de evaluar la "similitud" en el marco del artículo XVII. El objeto de la declaración era más bien indicar que aunque los Estados Unidos querrían hacer creer a este Grupo Especial que el lavado de dinero es endémico en la industria de los juegos de azar y apuestas de Antigua y Barbuda, los Estados Unidos no se han comunicado *ni una sola vez* con el Gobierno de Antigua y Barbuda a este respecto. Por tanto, Antigua y Barbuda estaba sencillamente refutando las alegaciones sin fundamento formuladas por los Estados Unidos.

Merecen ser comentadas otras dos observaciones que hacen los Estados Unidos en su respuesta a esta pregunta. Dicen los Estados Unidos (sin cursivas en el original):

[L]a ausencia de todo régimen reglamentario interno de los Estados Unidos que permita el suministro de servicios de juegos de azar a distancia *hace que no sea razonable que Antigua y Barbuda espere de los Estados Unidos que entable negociaciones internacionales* para el establecimiento de tal régimen para sus proveedores transfronterizos. Además, las posiciones de Antigua y Barbuda en la presente diferencia dejan claro que Antigua y Barbuda no está dispuesta a reconocer

³⁹⁶ Respuesta de Antigua y Barbuda a la pregunta 19 del Grupo Especial.

la existencia de preocupaciones específicas de los Estados Unidos en el plano reglamentario en torno al suministro de juegos de azar a distancia.

Antigua y Barbuda considera desconcertante la primera observación formulada, y ello por cierto número de razones, pero particularmente en el contexto de los requisitos del preámbulo del artículo XIV. Con respecto a la segunda observación hecha en el párrafo, a todas luces falta a la verdad. Antigua y Barbuda reconoce las preocupaciones reglamentarias que conllevan los servicios de juegos de azar y apuestas, y por eso Antigua y Barbuda cuenta con su propio y minucioso conjunto de normas. Sin embargo, lo que resulta más pertinente es que Antigua y Barbuda cree que las preocupaciones reglamentarias que aún tengan los Estados Unidos pueden y deberían ser objeto de conversaciones y negociaciones entre las partes. Como señaló Antigua y Barbuda, tal vez existan tecnologías y métodos de cooperación que pudieran obviar las preocupaciones que tengan los Estados Unidos con respecto al suministro de servicios transfronterizos de juegos de azar y apuestas. Antigua y Barbuda se ha ofrecido en numerosas ocasiones a celebrar consultas con los Estados Unidos a este respecto, pero los Estados Unidos se han negado a ello, como dejan claro en su respuesta a esta pregunta.

Pregunta 44 (para los Estados Unidos)

¿Invocan formalmente los Estados Unidos el artículo XIV y esperan que se formule una determinación sobre el mismo, de ser necesario?

La posición de los Estados Unidos sobre esta cuestión sigue sin estar clara. Las declaraciones contenidas en su respuesta a esta pregunta se pueden interpretar en el sentido de que significan que los Estados Unidos no invocan el artículo XIV como defensa, sino, al parecer, sencillamente como método de llegar a "una confirmación más de la ausencia de toda incompatibilidad" de estas leyes con el AGCS. Antigua y Barbuda discrepa de la posición de los Estados Unidos de que el artículo XIV puede aplicarse en ausencia de una determinación de incompatibilidad de otras medidas internas con el AGCS. En la jurisprudencia de la OMC está claro que unas defensas como las que figuran en el artículo XIV son "excepciones a obligaciones sustantivas" de las partes.³⁹⁷ Si no hay una "obligación sustantiva", las "excepciones" del artículo XIV carecen de aplicación.

Pregunta 45 (para los Estados Unidos)

En el caso de una respuesta afirmativa a la pregunta anterior, ¿podrían los Estados Unidos identificar de manera clara y específica las disposiciones de las leyes y reglamentos con las que, según afirma, las medidas impugnadas logran la observancia a tenor del apartado c) del artículo XIV?

La parte del apartado c) del artículo XIV en que se basan los Estados Unidos en su respuesta a la pregunta 45 se refiere a medidas "necesarias para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo (...)"

El Grupo Especial pidió a los Estados Unidos lo siguiente: "identificar *de manera clara y específica* las disposiciones de las leyes y reglamentos con las que, según afirma, las medidas impugnadas logran la observancia a tenor del apartado c) del artículo XIV" (sin cursivas en el original). En su respuesta, los Estados Unidos reconocen que la tarea de una parte demandada que trata de invocar el apartado c) del artículo XIV es la de "hacer ver que tales leyes existen". A continuación los Estados Unidos se ocupan de dos categorías de leyes: "leyes y reglamentos de los Estados sobre juegos de azar" y "leyes y reglamentos sobre la delincuencia organizada".

³⁹⁷ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 121.

Con respecto a la categoría de "leyes y reglamentos de los Estados sobre juegos de azar", los Estados Unidos comunican lo siguiente:

Entre las leyes estatales que restringen los juegos de azar figuran aquellas por las que algunos Estados prohíben algunos o la totalidad de esos juegos.²⁰

²⁰ Véase, por ejemplo, Utah Code Ann. § 76-10-1102; Hawaii Rev. Statutes §§ 712-1221 a 712-1223.

Con ello, los Estados Unidos confirman claramente que las leyes de prohibición de juegos de azar de los Estados Unidos se aplican a los servicios de juegos de azar y apuestas suministrados desde Antigua y Barbuda a través de las fronteras; si las leyes de los Estados no se aplicaran a dicho suministro los Estados Unidos no podrían aducir que las tres leyes federales de prohibición³⁹⁸ son necesarias para asegurar el cumplimiento de estas leyes estatales. El Grupo Especial debería observar que las dos leyes estatales específicas citadas en la nota 378 de los Estados Unidos se enumeran en la solicitud de establecimiento de un grupo especial por parte de Antigua y Barbuda. Así pues, la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 45 confirma que las leyes estatales de prohibición señaladas por Antigua y Barbuda forman parte de la prohibición total de los Estados Unidos y contribuyen a ella, por lo que son incompatibles con el AGCS y no pueden servir de fundamento a una defensa con arreglo al apartado c) del artículo XIV.

Con respecto al argumento real que tratan de explotar los Estados Unidos sobre la base de las prohibiciones estatales de los juegos de azar, Antigua y Barbuda expone las observaciones siguientes. El argumento de los Estados Unidos descansa aparentemente en una situación hipotética en la que el Grupo Especial constatará que tres leyes federales infringen el AGCS pero que las leyes de los Estados no lo hacen, supuestamente sobre la base de la opinión formalista de que Antigua y Barbuda ha presentado suficiente información "sobre disposiciones específicas" con respecto a estas tres leyes federales pero no con respecto a las leyes de los Estados. En opinión de Antigua y Barbuda, en ningún caso esto es así, aunque sólo sea porque el nivel de información "sobre disposiciones específicas" que Antigua y Barbuda ha presentado respecto de estas tres leyes federales es la misma que ha presentado con respecto a otras leyes estatales y federales: los textos concretos de las leyes, resúmenes de cada una de ellas y un análisis de cómo operan.

En todo caso, si pese a que todo el Grupo Especial adoptara esa posición, de cualquier forma la defensa de los Estados Unidos fracasaría porque, bajo cualquier análisis, adolece de una falta de información "sobre disposiciones específicas". En opinión de Antigua y Barbuda, el nivel de "identificación de medidas" que debe satisfacer una parte demandada que invoca la defensa afirmativa del apartado c) del artículo XIV es como mínimo poco similar al de la parte reclamante que quiere impugnar una medida en el procedimiento de solución de diferencias de la OMC: ambas tienen que establecer que existen "medidas" que tienen el efecto aducido. Con respecto a la categoría de "leyes y reglamentos de los Estados sobre juegos de azar", la única información "sobre disposiciones específicas" que los Estados Unidos presentaron en respuesta a la petición del Grupo Especial es una frase, acompañada por una nota de pie de página que se limita a citar, y sólo a título de ejemplo, disposiciones legales de dos Estados, a saber, Utah y Hawaii.

La solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Antigua y Barbuda contiene por sí sola más información que el intento de los Estados Unidos de invocar el apartado c) del artículo XIV, porque enumera las principales leyes de prohibición de los juegos de azar de *todos* los Estados y Territorios y no sólo de dos. Y, por supuesto, Antigua y Barbuda no se ha limitado a

³⁹⁸ 18 U.S.C. § 1084, 18 U.S.C. §§ 1952, 1955.

citar referencias, por ejemplo en la respuesta a la pregunta 10 del Grupo Especial a Antigua y Barbuda, acuñada en los mismos términos que la pregunta 45 a los Estados Unidos: "sírvanse identificar todas las disposiciones legislativas y reglamentarias pertinentes".

Antigua y Barbuda también discrepa del argumento de los Estados Unidos de que una parte demandada que trate de invocar el apartado c) del artículo XIV no debe acreditar *prima facie* que la ley para cuyo cumplimiento es necesaria la incompatibilidad con el AGCS sea ella misma compatible con el AGCS (en particular si dicha ley tiene esencialmente el mismo efecto que la ley cuya incompatibilidad con el AGCS ya se ha constatado). El artículo XIV es una defensa afirmativa y por tanto corresponde a los Estados Unidos acreditar *prima facie* que se cumplen las condiciones del apartado c) del artículo XIV, incluida la presencia de leyes "no incompatibles" con el AGCS.

Con respecto a las leyes y reglamentos sobre la delincuencia organizada, los Estados Unidos no responden al criterio exigente de "identificación de medidas" que según ellos existe en el procedimiento de solución de diferencias de la OMC. Citan a título de ejemplo algunas leyes específicas³⁹⁹ pero ni siquiera tratan de ofrecer una visión amplia de las principales leyes estatales y federales en cuestión. En la medida en que explican estas leyes, lo hacen de manera tan resumida que se extienden menos que la explicación dada por Antigua y Barbuda de todas las leyes importantes de prohibición de juegos de azar tanto a nivel federal como de los Estados. Además, los Estados Unidos incluyen en su breve relación de "leyes y reglamentos" una "Orden del Fiscal General" y "constataciones legales del Congreso" que, en su propia opinión, no se pueden clasificar como "leyes y reglamentos".⁴⁰⁰

Dicho esto, Antigua y Barbuda no sugiere que el nivel estadounidense de "identificación de medidas" respecto de las "leyes y reglamentos sobre la delincuencia organizada" sea necesariamente insuficiente para los fines del apartado c) del artículo XIV o del sistema de solución de diferencias de la OMC en general. Antigua y Barbuda sólo afirma que, si el criterio de "identificación de medidas" es tan exigente como han sostenido los Estados Unidos a lo largo de la presente diferencia, la defensa de los Estados Unidos con arreglo al apartado c) del artículo XIV concerniente a las leyes y reglamentos sobre la delincuencia organizada no satisface ese criterio.

A modo de observación final, Antigua y Barbuda declara que no hay nada en la respuesta de los Estados Unidos a esta pregunta del Grupo Especial ni en los materiales presentados con esa respuesta que establezca que la prohibición total del suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar desde Antigua y Barbuda es "necesaria" para lograr la observancia de los aspectos compatibles con el AGCS de sus leyes contra la delincuencia organizada. De hecho, no existen en absoluto pruebas de que la delincuencia organizada tenga algo que ver con los proveedores de servicios de juegos de azar y apuestas de Antigua y Barbuda, ni hay pruebas de ninguna de las demás actividades delictivas mencionadas en la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 45 en la industria de juegos de azar y apuestas de Antigua y Barbuda.

³⁹⁹ Véase, por ejemplo, la Ley de Organizaciones Corruptas y bajo la influencia del Crimen Organizado ("RICO"), Cal. Penal Code §§ 187-189 y §§ 240-241, NY. Penal Law §§ 120.00-15, 18 U.S.C. § 1111, 18 U.S.C. § 875, Cal. Penal Code §§ 518-527 y N.Y. Penal Law § 155.05(2)(e).

⁴⁰⁰ La Orden 1386-89 del Fiscal General es utilizada por los Estados Unidos para ilustrar su definición de "delincuencia organizada". También se utilizan las constataciones de la Ley de Lucha contra la Delincuencia Organizada de 1970 para explicar lo que se entiende por "delincuencia organizada" dado que esta expresión "carece como tal de definición legal en el derecho estadounidense". Por supuesto, los Estados Unidos han sostenido algunas veces que una "medida" debe ser esencialmente una determinada ley, en sí y de por sí. Véase, por ejemplo, la solicitud de resoluciones preliminares presentada por los Estados Unidos de América, WT/DS285 (17 de octubre de 2003), párrafos 3-10.

B. OBSERVACIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS SOBRE LAS RESPUESTAS DE ANTIGUA Y BARBUDA A LAS PREGUNTAS DEL GRUPO ESPECIAL EN LA SEGUNDA REUNIÓN SUSTANTIVA

Pregunta 40 (para Antigua y Barbuda)

¿Tiene Antigua y Barbuda alguna prueba económica o basada en el mercado que respalde su afirmación, hecha en el párrafo 36 de su segunda declaración oral, de que los servicios de juegos de azar y apuestas "basados en Internet" y "basados en tierra" compiten y que los consumidores alternan entre unos y otros?

Antigua y Barbuda afirma que "existe competencia entre" los servicios de juegos de azar basados en Internet y los basados en tierra "porque los consumidores alternan entre unos y otros, de la misma manera que un jugador puede alternar entre un casino en tierra y otro". El Grupo Especial pidió alguna "prueba" económica o basada en el mercado en apoyo de esta afirmación. La respuesta de Antigua y Barbuda no ofrece ninguna. En cambio, Antigua y Barbuda ofrece una serie de afirmaciones sin fundamento que no prueban sino que dan por supuesta tal competencia.

En el primer párrafo de su respuesta a la pregunta 40, Antigua y Barbuda afirma que "hay un considerable solapamiento en la utilización de servicios de juegos de azar por parte de quienes juegan regularmente". En realidad, Antigua y Barbuda no ha proporcionado ninguna prueba que se ocupe del "considerable solapamiento" entre los usuarios de servicios de juegos de azar a distancia basados en Internet y los usuarios de servicios de juegos de azar no a distancia.

Antigua y Barbuda cita el resumen de un "estudio" del River City Group, pero no aporta el estudio mismo.⁴⁰¹ Además, el resumen citado por Antigua y Barbuda contradice en realidad el argumento de Antigua y Barbuda sobre el "solapamiento". En concreto, afirma que sólo el 28 por ciento de quienes practican juegos de azar juegan en línea por dinero de verdad. Según otra fuente, el Online Gambling Market Research Handbook, el solapamiento de consumidores es mucho menor, posiblemente inferior al 5 por ciento.⁴⁰²

En el segundo párrafo de su respuesta a la pregunta 40, Antigua y Barbuda afirma que "estudios de instituciones académicas de los Estados Unidos y del Reino Unido han constatado que las diferentes formas de juegos de azar son en gran medida sustituibles entre sí". Basándose en tales fuentes, Antigua y Barbuda y sus consultores económicos afirman la existencia de sustitución entre los juegos de azar en Internet y los basados en tierra. Este razonamiento es profundamente erróneo.

⁴⁰¹ El resumen citado por Antigua y Barbuda (cuyo autor es el Presidente del Consejo de Juegos Interactivos (Interactive Gaming Council), grupo dedicado al fomento de los juegos de azar en Internet) tampoco aporta un conjunto completo de datos ni una explicación de su metodología, de manera que es imposible darse cuenta de su validez, si la tuviera.

⁴⁰² Online Gambling Market Research Handbook, página 8 (2003) ("Muchos analistas de esta industria estiman que menos del 5 por ciento de quienes juegan en Internet son "jugadores de verdad", lo que se atribuye a las razones siguientes:

- Mayor juventud de la generación que juega en línea.
- Experiencia diferente.
- Proceden de zonas en que el juego basado en tierra no es legal.
- No pertenecen al núcleo fuerte de jugadores que practican juegos de azar, sino que les gusta hacer pequeñas apuestas.").

Ante todo, Antigua y Barbuda exagera las conclusiones limitadas de sus propios consultores en relación con la sustituibilidad de los juegos de azar por Internet y los basados en tierra. Antigua y Barbuda afirma que sus consultores "concluyen que los juegos de azar 'basados en Internet' constituyen un firme sustituto de los juegos 'basados en tierra'". En cambio, lo que realmente concluyeron los consultores es que "existe una fuerte posibilidad de sustitución *entre las opciones de juego*", generalización que no compara de manera específica los juegos de azar por Internet y los basados en tierra. No obstante, al tratar de comparar específicamente aquéllos con éstos los consultores de Antigua y Barbuda sólo pudieron extraer la débil conclusión de que hay "pruebas sustanciales que respaldan la afirmación de que los servicios de juegos de azar y apuestas 'basados en tierra' compiten y que los consumidores alternan entre unos y otros".⁴⁰³ Pero cuando se las examina, las supuestas "pruebas sustanciales" de esta "afirmación" parecen consistir únicamente en textos relativos a juegos de azar no efectuados a distancia.⁴⁰⁴

Antigua y Barbuda y sus consultores dan un salto lógico no fundamentado. No citan ningún estudio empírico que aborde realmente la relación entre los juegos de azar por Internet y los basados en tierra. Por el contrario, se limitan a alegar, sin fundamento, que los textos que concluyen que los ingresos procedentes de opciones establecidas de juegos de azar basados en tierra se modificaron con la introducción de otras opciones nuevas de juegos de azar basados en tierra de algún modo demuestran que existe sustituibilidad entre los juegos de azar por Internet y los basados en tierra.⁴⁰⁵

Además, el argumento aducido por Antigua y Barbuda y sus consultores descansa en el supuesto implícito de que las personas destinan a los juegos de azar una determinada cantidad de dinero que debe ser redistribuida al introducirse una nueva opción de juego. Sin embargo, sobre la

⁴⁰³ Declaración del Profesor Donald Siegel y el Profesor Leighton Vaughan Williams presentada por Antigua y Barbuda al Grupo Especial.

⁴⁰⁴ *Ibid.* De estas fuentes, los Estados Unidos han examinado tantas como pudieron localizar durante el tiempo de que dispusieron, sin encontrar pruebas empíricas que compararan los juegos de azar por Internet y los basados en tierra.

Además, la declaración formulada aparte por el Profesor Williams llega a una conclusión aún más floja. El Profesor Williams se basa en estudios "que examinan otros sectores de la industria de juegos de azar" y "productos de juegos de azar que en ciertos aspectos imitan la experiencia del juego en Internet", y no el propio juego en Internet, para apoyar la "conclusión de que es probable que los juegos de azar por Internet sustituyan *en cierto grado* a los juegos de azar basados en tierra" (sin cursivas en el original). Apenas hace falta señalar que el Profesor Williams da un salto lógico no fundamentado desde otros sectores y productos a los juegos de azar por Internet, y que "en cierto grado" es una expresión cuidadosamente escogida que no excluye un grado escaso o minúsculo.

⁴⁰⁵ No es sorprendente que Antigua y Barbuda ignore aspectos de estos textos que parecen contradecir sus propias conclusiones. Por ejemplo, Paton, Siegel y Williams (2003a), citados por Antigua y Barbuda, no constataron "ninguna prueba de sustitución de los juegos de azar en máquinas o en casinos por las apuestas", lo que parece refutar la hipótesis de que todas las formas de juegos de azar muestran de manera inherente un grado elevado de posibilidades de sustitución. Asimismo, los estudios muestran resultados contradictorios en cuanto a la "sustitución" entre las loterías y los casinos de territorios de indígenas americanos. Los consultores de Antigua y Barbuda se apoyan mucho en los resultados de Siegel y Anders, que concluyeron que el aumento del número de máquinas tragamonedas en los casinos de territorios de indígenas americanos en Arizona reducía los ingresos de las loterías estatales. Pero estos autores ignoran los resultados de Elliot y Navin, que no constataron ninguna repercusión en las reservas de los indígenas americanos en una muestra mucho más amplia que la del estudio de Siegel y Anders. Y tampoco tratan de explicar la aparente contradicción entre las conclusiones de Elliot y Navin relativas a los casinos a bordo de embarcaciones fluviales y sus conclusiones relativas a los casinos de los indígenas americanos.

base de los resultados que se tratan en los estudios presentados, no parece ser éste el caso.⁴⁰⁶ El crecimiento relativamente rápido de la industria de los juegos de azar está más en consonancia con la hipótesis de que el aumento de las formas disponibles de juegos de azar incrementa los gastos totales en esos juegos, en lugar de simplemente trasladar los gastos de una opción de juego a otra.

En resumen, Antigua y Barbuda y sus consultores no han explicado por qué piensan que los juegos por Internet serían sustituibles en gran medida por los juegos basados en tierra. Tampoco han dado cuenta de variables singulares que probablemente repercutirían en las posibilidades de sustitución en el caso de los juegos de azar por Internet, como la disponibilidad de acceso a Internet⁴⁰⁷ y la naturaleza diferente del entorno de los juegos de azar por Internet.⁴⁰⁸

Es revelador que Antigua y Barbuda no proporciona ningún dato económico directo sobre las elasticidades cruzadas de la demanda en función de los precios entre los juegos de azar en Internet y los juegos basados en tierra, a pesar del hecho de que uno de los consultores de Antigua y Barbuda reconoce que es "práctica habitual evaluar la sustitución a través de estudios que hacen estimaciones de 'las elasticidades cruzadas de la demanda en función de los precios'".⁴⁰⁹ Informes anteriores de grupos especiales donde se examinaba un argumento relativo a la sustitución económica se han basado en pruebas estadísticas de gran calidad acerca de la existencia de elasticidades cruzadas de la demanda en función de los precios (en este caso, sería entre los juegos de azar por Internet y los

⁴⁰⁶ Elliott y Navin informaron que Gulley y Scott (1989) constataron que "[s]e estima que cada dólar adicional gastado en la lotería estatal provoca un descenso de 3 centavos en el negocio de las carreras de caballos pura sangre". David O. Gulley y Frank A. Scott Jr., "Lottery Effects On Pari-Mutuel Tax Revenues", *National Tax Journal*, volumen 42, 1989, 89-93 según cita de Elliott y Navin. Incluso los resultados de Elliott y Navin sobre la repercusión de los juegos a bordo de embarcaciones fluviales revelaron que por cada 5 dólares de desembolsos brutos adicionales en esas embarcaciones, los ingresos de las loterías estatales descendían en sólo 1,38 dólares. Así pues, parece que la repercusión más importante de la aparición de nuevas opciones de juego es la de aumentar los gastos globales en juegos de azar.

Un estudio de Kearney (2003) indica de manera similar que el aumento de las opciones de juegos de azar da como resultado mayores gastos en dichos juegos. Kearney constató que en los Estados Unidos el total de los gastos de las familias en juegos de azar aumentó tras la introducción de la lotería estatal. Véase Melissa Schettini Kearney, "State Lotteries and Consumer Behaviour", borrador de septiembre de 2003, página 30, disponible en <http://www.wellesley.edu/Economics/kearney/mskearney-lotteries-9-03.pdf> ("Los datos de microencuestas de comportamiento en materia de juegos de azar corroboran la alegación de que los gastos en lotería de las familias se financian reduciendo los gastos no destinados a juegos de azar, y no utilizando cantidades transferidas de a otras formas de juegos de azar.").

⁴⁰⁷ Los juegos de azar por Internet requieren el acceso a un ordenador y a Internet, mientras que para las formas de juego basadas en tierra analizadas en las obras citadas por Antigua y Barbuda no hacía falta que el participante poseyera ningún equipo especial. Como han indicado algunos estudios, muchos jugadores de lotería suelen proceder de familias de ingresos bajos, por lo que la probabilidad de que posean un ordenador es menor.

⁴⁰⁸ Otras formas de juegos de azar exigen una participación mucho más activa del interesado para llegar al punto de venta con la intención expresa de jugar. Sin embargo, en Internet los anuncios publicitarios que aparecen en pantalla y otros alicientes pueden hacer que el jugador potencial se encuentre ante la oportunidad de jugar sin ninguna intención expresa de hacerlo y luego estimularlo a jugar en un entorno de comodidad y privacidad sin igual. Es probable que este entorno tan diferente que ofrece Internet a los juegos de azar dé por resultado que jueguen a través de Internet personas que de otro modo no participarían en tales juegos.

⁴⁰⁹ Declaración adicional del Profesor Leighton Vaughan Williams presentada por Antigua y Barbuda al Grupo Especial.

basados en tierra o entre juegos de azar a distancia y no a distancia) y no en la especulación infundada y los "hechos estilizados" que ofrecen Antigua y Barbuda y sus consultores.⁴¹⁰

Además, las pruebas relativas al Reino Unido, en las que se basan mucho Antigua y Barbuda y sus consultores, pesan poco en una evaluación del comportamiento de los consumidores en los Estados Unidos.⁴¹¹ No obstante, es digno de señalar que el propio consultor de Antigua y Barbuda declaró en ese contexto que los intercambios de apuestas por Internet complementaban, más que sustituían, a las apuestas existentes en las corredurías de apuestas.⁴¹² Junto con el análisis precedente, esta declaración es una confirmación más de que las afirmaciones de Antigua y Barbuda de que los juegos de azar por Internet y los juegos basados en tierra son sustituibles entre sí descansan en supuestos cuestionables e infundados, y no en hechos.

⁴¹⁰ Informe del Grupo Especial sobre el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas II*, párrafo 6.31 (donde se señala que la elasticidad de la sustitución se mide a través de "[m]étodos estadísticos bien definidos ... sobre la base de observaciones fácticas" y se critica que una parte no examine determinadas variables). Véase también el informe del Grupo Especial en el asunto *Chile - Bebidas alcohólicas*, párrafos 7.63-64 (donde se tratan cautelosamente los estudios relativos a la elasticidad cruzada de la demanda en función de los precios porque carecían de datos relativos a la oferta y utilizaban muestras estadísticas pequeñas, y se afirma que "un alto coeficiente de elasticidad estimado es un elemento de prueba importante para demostrar que dos productos son directamente competidores o directamente sustituibles entre sí, *siempre que la calidad del análisis estadístico sea satisfactoria*". (sin cursivas en el original)). En la presente diferencia, Antigua y Barbuda no ha aportado ningún análisis estadístico que compare los juegos de azar por Internet y los basados en tierra.

⁴¹¹ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas II*, página 20 (donde se cita la observación que figura en el informe del Grupo de Trabajo sobre *Ajustes fiscales en frontera* de que "los gustos y hábitos de los consumidores ... cambian de un país a otro"). Véanse también las Actas del testimonio presentado ante el Comité Conjunto sobre el Proyecto de Ley de Juegos de Azar, jueves, 8 de enero de 2004, Q250, disponible en <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt200304/jtselect/jtgamb/uc139-iii/uc13902.htm> (respuesta del Dr. Mark Griffiths, consultor de Antigua y Barbuda en la presente diferencia, en la que atestigua que "cada país tiene una cultura diferente en materia de juegos de azar. ... Cada país que he examinado y que ha procedido a una gran desreglamentación ha visto aumentar el problema de los juegos de azar, y no veo por qué eso no iba a ocurrir aquí, pero habrá una cultura diferente en cuanto a cuál será el objeto preferido de la gente en los juegos de azar".); David Paton, Donald S. Siegel y Leighton Vaughan Williams, "A Policy Response to the E-Commerce Revolution: The Case of Betting Taxation in the U.K.", *Economic Journal*, volumen 111, N° 480, F296-F314 (2002) ("Está claro, pues, que existen importantes diferencias en la naturaleza de la actividad de juegos de azar y en cómo es percibida y reglamentada en el Reino Unido y en los Estados Unidos.").

⁴¹² Actas del testimonio presentado ante el Comité Conjunto sobre el Proyecto de Ley de Juegos de Azar, martes, 13 de enero de 2004, Q324, disponible en <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt200304/jtselect/jtgamb/uc139-iv/uc13902.htm> (respuesta del Profesor Williams, en la que declara que "las cifras de negocios que pasan por los intercambios de apuestas complementan, y no sustituyen, las apuestas existentes en las corredurías de apuestas"). Un representante de la industria de los juegos de azar que testificó ante el mismo comité junto con el Profesor Williams declaró que "la actividad que nos ocupa consiste en proporcionar oportunidades de esparcimiento en los destinos turísticos a través de las cuales se ofrecen juegos de azar. Se trata de un mercado muy, muy diferente del de las apuestas en un intercambio o en los juegos por Internet". Véase *ibid.*, Q326 (respuesta del Sr. John Kelly, Cross-Industry Group on Gaming Deregulation).

En la misma audiencia, el Profesor Williams también matizó sus propias conclusiones con respecto a la sustituibilidad en general de los juegos de azar declarando que "no obstante, sólo he dado con indicios débiles de sustitución entre los gastos en casinos y juegos de azar y las apuestas y sólo con indicios débiles hasta la fecha de un efecto de sustitución entre la actividad de los juegos de azar y la del bingo". *Ibid.* en Q315 (respuesta del Profesor Williams). Esta declaración confirma que en modo alguno está generalizada la creencia de que las formas de juegos de azar basadas en tierra puedan sustituirse unas por otras, y por tanto no puede sin más darse por supuesta la sustituibilidad entre los juegos de azar por Internet y los juegos basados en tierra.

En el tercer párrafo de su respuesta a la pregunta 40, Antigua y Barbuda afirma que existe "una considerable cantidad de elementos anecdóticos que se suman a las pruebas acerca de la competencia entre los juegos de azar por Internet y los demás", pero las fuentes que cita no aportan ningún respaldo a esta opinión.⁴¹³ De hecho, en algunos casos las fuentes la contradicen, sugiriendo que los juegos de azar por Internet complementan y no sustituyen a los juegos de azar basados en tierra.⁴¹⁴

De los dirigentes de las industrias de los juegos de azar tanto por Internet como en tierra proceden pruebas "anecdóticas" mucho más sólidas que contradicen las afirmaciones de Antigua y Barbuda de que estos dos servicios diferentes compiten entre sí. Por ejemplo, el Presidente de la American Gaming Association, Frank Fahrenkopf, ha atestiguado ante el Congreso de los Estados Unidos que los juegos de azar por Internet no suponen una amenaza de competencia para los casinos comerciales estadounidenses.⁴¹⁵

⁴¹³ En el artículo "Online Betting growth called threat to Nevada" citado *supra* en la nota 371 a la respuesta de Antigua y Barbuda a la pregunta 40 se habla de afirmaciones según las cuales Nevada y los casinos ubicados en Nevada están perdiendo oportunidades de hacer dinero porque la legislación estadounidense les impide obtener una "parte equitativa" de los ingresos derivados de los juegos de azar por Internet. Este artículo no afirma ni sugiere en ningún lugar que los juegos de azar por Internet estén compitiendo por los ingresos con formas de juegos de azar que no se efectúan a distancia. Simplemente confirma la posición de los Estados Unidos de que los juegos de azar por Internet son ilegales tanto para los operadores nacionales como para los transfronterizos. De manera similar, en el artículo "NYRA, Magna Withhold Simulcast Signal From Attheraces", citado en la nota 371 a la respuesta de Antigua y Barbuda, se explica que en ese caso la preocupación no era la competencia de Internet, sino que determinados proveedores no dirigían los datos de las apuestas al fondo común utilizado en todas las apuestas mutuas.

⁴¹⁴ Por ejemplo, en la nota 371 de su respuesta a la pregunta 40, Antigua y Barbuda cita el informe de Bear Stearns. Una vez más, el examen de ese informe revela que apoya la posición de los Estados Unidos. Las citadas páginas del informe no aportan ninguna prueba de competencia directa entre los juegos de azar por Internet y los basados en tierra. Al contrario, los analistas de Bear Stearns teorizan que los juegos de azar por Internet constituyen un complemento a los basados en tierra y que permiten a los operadores en tierra "pasar a un mercado de clientela diferente". Michael Tew y Jason Ader, Bear Stearns & Co, Inc.; Equity Research, *Gaming Industry: E-Gaming: A Giant Beyond Our Borders*, página 33. Esto es compatible con la conclusión del mismo informe de que "en general, quienes juegan en Internet no son los mismos clientes que quienes lo hacen en tierra". Véase *ibid.*, página 55.

⁴¹⁵ El Sr. Fahrenkopf declaró lo siguiente:

Sencillamente no hay comparación entre la experiencia de entretenimiento social y de grupo que es visitar un establecimiento con casino con la experiencia solitaria de hacer una apuesta utilizando un ordenador personal. Hoy día, visitar un casino viene a ser mucho más que tener la oportunidad de hacer apuestas legales. Ya sea en términos de cómo pasa la gente su tiempo o cómo gasta su dinero, cada vez más los clientes de los casinos comerciales de los Estados Unidos se ven atraídos tanto o más por los restaurantes, los espectáculos, las tiendas, el esparcimiento y otros entretenimientos que no tienen que ver con el juego.

La opinión de que los juegos de azar por Internet no suponen una amenaza de competencia para los casinos comerciales estadounidenses la comparten analistas financieros de importantes empresas de Wall Street, cuya tarea es analizar el efecto de competencia que las novedades del mercado tienen en las industrias y empresas de que se ocupan, por ejemplo las principales empresas de juego que cotizan en bolsa representadas por la AGA.

Testimonio de Frank J. Fahrenkopf, Jr., Presidente y CEO, American Gaming Association, ante el Comité de Banca del Senado, 18 de marzo de 2003, *disponible en* http://www.senate.gov/~banking/_files/fahrenkopf.pdf. Véase también Net Gambling Bills Protect Established Gambling Interests, Tech Law Journal

Parecen compartir esta opinión destacadas empresas de la industria de los juegos de azar por Internet. Por ejemplo, Boss Media, que forma parte del puñado de grandes proveedores de tecnología de juegos de azar por Internet, afirma en su sitio Web que "Boss Media considera que los casinos de Internet no compiten con los casinos ubicados en tierra".⁴¹⁶ De manera similar, un informe de esta industria fechado en 2002 y financiado por Microgaming, otro importante proveedor de tecnología de juegos de azar por Internet, concluyó que en realidad los juegos de azar por Internet y los basados por tierra son productos complementarios y no competidores.⁴¹⁷

En su respuesta a la pregunta 40, Antigua y Barbuda hace referencia a "la tesis general de que el comercio "basado en Internet" compite con el comercio 'ubicado en tierra'" y cita un comunicado de prensa relativo a un informe de personal de la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos sobre ventas de vino por Internet. Los Estados Unidos no aciertan a ver de qué manera esas líneas acerca de una rama de actividad no conexas son de algún modo pertinentes para la carga de la prueba que incumbe específicamente a Antigua y Barbuda en relación con los servicios de juegos de azar. Como los Estados Unidos han señalado, de lo que se trata en la presente diferencia no es de si los servicios suministrados a distancia son *siempre* similares a los no suministrados de ese modo. La similitud es un análisis caso por caso. En el caso de los juegos de azar, Antigua y Barbuda no ha logrado respaldar sus afirmaciones de similitud con pruebas económicas ni con ninguna otra prueba creíble.

Pregunta 33 (para Antigua y Barbuda)

¿Podría Antigua y Barbuda facilitar una lista de los servicios de juegos de azar y apuestas que trata de suministrar de manera transfronteriza a los Estados Unidos y que, según alega, están sujetos a prohibición?

Los Estados Unidos están sorprendidos por la lista de servicios que figura en la respuesta de Antigua y Barbuda a la pregunta 33. Es difícil conciliar esta nueva taxonomía de servicios con la anterior declaración en la que Antigua y Barbuda identificaba los "casinos virtuales" de Internet y las empresas de apuestas deportivas ("correduría de apuestas deportivas") por Internet y por teléfono como los tipos de servicios y de proveedores a los que autoriza. Si ahora se han de considerar los epígrafes enumerados en la respuesta de Antigua y Barbuda a la pregunta 33 como los servicios que Antigua y Barbuda quiere suministrar, los Estados Unidos declaran que además de sus muchos otros intentos fallidos de establecer una presunción *prima facie*, Antigua y Barbuda no ha logrado relacionar su argumentación y sus pruebas con esta lista concreta de servicios ni mostrar de qué manera alguna o algunas medidas específicas de los Estados Unidos afectan al suministro de los servicios ahora enumerados.

disponible en <http://www.techlawjournal.com/Internet/19991025b.htm> (25 de octubre de 1999) (donde se cita la siguiente declaración del Sr. Fahrenkopf: "No nos preocupa perder negocio en favor de los juegos de azar en Internet. Sencillamente no hay comparación entre jugar en un ordenador en casa y la amplia experiencia de entretenimiento que ofrecen nuestros establecimientos a sus visitantes o clientes alojados. Los analistas de Wall Street confirman esa opinión.").

⁴¹⁶ http://www.bossmedia.se/about/risk_analysis.asp, Estados Unidos - Prueba documental 45.

⁴¹⁷ Internet Gaming: An Industry Survey, Internet Gaming & Wagering Business, página 7, *disponible en* <http://www.microgaming.com/themes/microgaming/brochure/survey.pdf> (agosto de 2002) ("[E]n contra de los primeros temores que procedían de la industria terrena de juegos de azar, no se prevé que los juegos en línea supongan una merma para la cuantía total que se apuesta fuera de Internet. De hecho, los expertos creen ahora que los juegos de azar en línea contribuirán a desarrollar el mercado de los casinos terrenos al impartir una educación virtual a los jugadores del futuro.").

A los Estados Unidos también les parece irónico que después de tratar de manera consecuente de desestimar las graves preocupaciones reglamentarias recogidas en la legislación estadounidense o de restarles importancia, Antigua y Barbuda afirme ahora su propio derecho a prohibir servicios que considera "ofensivos". Antigua y Barbuda hace valer tal derecho y al mismo tiempo trata de negar a los Estados Unidos la autoridad de restringir servicios que los Estados Unidos consideran (basándose en pruebas sólidas) que plantean riesgos graves en materia de observancia de la ley, protección del consumidor y protección de la salud, sin hablar de las amenazas que suponen para el orden público y la moral.

Pregunta 36 (para los Estados Unidos)

Con respecto a la referencia a las "escasísimas excepciones limitadas a empresas de correduría de apuestas deportivas autorizadas en Nevada" que figura en el segundo párrafo de la Prueba documental AB -73, ¿podrían los Estados Unidos identificar estas excepciones, aunque sea a título ilustrativo?

Las observaciones de Antigua y Barbuda acerca de la pregunta 36 describen de manera incorrecta la Ley de Protección de los Deportes Practicado por Profesionales y Amateurs ("PASPA"), codificada en 28 U.S.C. §§ 3701-3704. Antigua y Barbuda declara en sus observaciones sobre la pregunta 36 que:

En virtud de la Ley conocida como "PASPA", el Gobierno Federal de los Estados Unidos eximió expresamente a cuatro Estados (Nevada, Oregón, Delaware y Montana) de esta prohibición general de las apuestas sobre competencias deportivas que no sean las carreras hípcas, las carreras de galgos y el jai alai. ... *No hay nada en la PASPA ni en otras leyes federales que restrinja la capacidad de estos Estados de desarrollar, en el plano comercial o en el estatal, toda la gama de servicios de apuestas deportivas.* (sin cursivas en el original)

Las dos frases que se citan son incorrectas.

Los fines de la Ley de Protección de los deportes practicados por profesionales y aficionados (PASPA) fueron descritos en la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 36. En esencia, la PASPA ponía fin a toda autorización subfederal de juegos de azar relacionados con los deportes en los Estados Unidos.

La PASPA permitía que en algunos Estados continuara cierta actividad previamente autorizada de apuestas deportivas (aunque, en contra de la descripción que hace Antigua y Barbuda, en la legislación no se menciona "expresamente" a tales Estados). No obstante, la ley no establecía que esos Estados tuvieran la capacidad ilimitada de añadir nuevas formas de apuestas deportivas.

El hecho es que Nevada, Oregón, Delaware y Montana⁴¹⁸ contaban con formas particulares autorizadas de juegos de azar relacionados con los deportes durante los períodos especificados en la legislación, y por tanto se permitió que estas formas particulares de juegos de azar se autorizaran en el

⁴¹⁸ Durante el debate que tuvo lugar en el Congreso sobre la PASPA, en determinado momento también se mencionaron las apuestas "calcutta" (por subasta) en Wyoming y las apuestas mutuas ciclistas en Nuevo México como formas previamente autorizadas de juego.

futuro en las condiciones que marcaba la ley. De estos Estados, sólo Nevada permitía los servicios de correduría de apuestas deportivas. Los otros permitían juegos de lotería relacionados con deportes.⁴¹⁹

La PASPA no permite la autorización futura de apuestas deportivas en estos Estados en ninguna forma que no sea la que existía en el momento de su promulgación. Por tanto, Oregón, Delaware y Montana ya no pueden promulgar leyes que autoricen servicios de correduría de apuestas deportivas, y Nevada ya no puede promulgar leyes que autoricen juegos de lotería relacionados con deportes.⁴²⁰ En consecuencia, Nevada es el único lugar de los Estados Unidos donde se pueden autorizar los servicios de correduría de apuestas deportivas.

En el contexto de la presente diferencia, también es importante señalar que no hay nada en la PASPA que establezca una excepción de lo dispuesto en 18 U.S.C. § 1084 para ninguna empresa nacional o extranjera. Por tanto, la PASPA no permite que en ningún Estado se autoricen los juegos de azar por Internet relacionados con deportes en infracción de lo dispuesto en 18 U.S.C. § 1084, ni autoriza ninguna otra transmisión interestatal o transfronteriza de una apuesta utilizando un medio de comunicación por cable. Además, Antigua y Barbuda no ha expuesto ninguna teoría con arreglo a la cual pudiera constatarse que la PASPA infringe alguna disposición del AGCS.

Acerca de la cuestión de las apuestas mutuas sobre carreras hípcas, carece de fundamento la siguiente observación de Antigua y Barbuda sobre la pregunta 36: "Además, si bien los Estados Unidos parecen hacer varias distinciones entre las apuestas de carreras hípcas y otras formas de

⁴¹⁹ Ningún Estado promulgó, antes de la expiración de los plazos especificados en la legislación, una nueva legislación que permitiera las apuestas deportivas abarcadas, por lo que el alcance de la actividad permisible continúa siendo el que era antes de la promulgación de la legislación.

⁴²⁰ Un informe de un Comité del Senado analizaba cómo se aplicaría la PASPA a aquellos Estados que habían autorizado alguna forma de apuestas deportivas. Dicho informe afirmaba lo siguiente:

En virtud del párrafo 1) del apartado a), Oregón y Delaware pueden administrar loterías relacionadas con cualquier deporte, porque esos Estados ya administraban loterías deportivas antes del 31 de agosto de 1990. La intención del párrafo 1) no es impedir que Oregón ni Delaware amplíen sus sistemas de apuestas deportivas a otros deportes siempre que ello esté autorizado por la legislación del Estado con anterioridad a la promulgación de la presente Ley. Al mismo tiempo, el párrafo 1) no pretende permitir la ampliación de las loterías deportivas a las apuestas de persona a persona. ...

En virtud del párrafo 2), pueden continuar en Nevada los juegos de casino relacionados con deportes, en la medida en que lo autorice la legislación del Estado, porque efectivamente los juegos de azar relacionados con deportes tenían lugar en Nevada entre el 1º de septiembre de 1989 y el 31 de agosto de 1990, de conformidad con la legislación del Estado. La intención del párrafo 2) no es impedir que Nevada amplíe sus sistemas de apuestas deportivas a otros deportes siempre que ello esté autorizado por la legislación del Estado con anterioridad a la promulgación de la presente Ley. Además, los juegos de azar relacionados con deportes comprendidos en el párrafo 2) pueden tener lugar en cualquier parte del Estado en cualquier instalación de ese Estado, cuando tal instalación exista en la actualidad. Al mismo tiempo, el párrafo 2) no permite que la lotería deportiva de un Estado se establezca en un Estado en el que no estuviera en funcionamiento con anterioridad al 31 de agosto de 1990.

El carácter estricto del apartado a) refleja la valoración que inspira la política del comité de que deberían contenerse rigurosamente los juegos de azar relacionados con los deportes.

Informe del Senado N° 102-248 (1992), reimpresso en 1992 U.S.C.C.A.N. 3553, 3561. Por tanto, Nevada, Oregón, Delaware y Montana no poseen la facultad ilimitada de añadir nuevas formas de apuestas deportivas.

apuestas deportivas, Antigua y Barbuda cree que realmente no existe base lógica alguna para tal distinción." En realidad, si bien Antigua y Barbuda ha hecho varias afirmaciones en relación con las apuestas mutuas sobre carreras hípcas, el hecho es que Antigua y Barbuda no ha presentado ninguna prueba específica que demuestre que algún servicio o proveedor de servicios de juegos de azar de Antigua y Barbuda es "similar" a los servicios estadounidenses de apuestas mutuas sobre carreras hípcas y sus proveedores.

Pregunta 41 (para Antigua y Barbuda)

Con respecto a los argumentos expuestos por Antigua y Barbuda en el párrafo 38 de su segunda declaración oral, ¿alega ahora Antigua y Barbuda que todas las actividades de juegos de azar y apuestas que implican la experiencia de ganar y perder dinero son necesariamente "similares" y que esto constituiría el principal criterio para decidir la "similitud" en el marco del artículo XVII?

Antigua y Barbuda declara que "la experiencia de ganar o perder dinero es el *sine qua non* de los servicios de juegos de azar y apuestas, que pueden suministrarse por igual localmente o 'a distancia'".

Además de los argumentos que ya han expuesto los Estados Unidos refutando esta afirmación, señalamos el reciente testimonio del Profesor Griffiths, consultor de Antigua y Barbuda en la presente diferencia, que ante un Comité Conjunto del Parlamento británico declaró que:

En mi opinión, el 99 por ciento de las personas que se desplazan a un lugar para jugar, como yo cuando voy a Las Vegas o a cualquier otro sitio, lo hacen porque creen que van a pasar un rato de diversión. Yo no voy allí a ganar dinero. Si gano, tanto mejor. Cuando voy a mi casino local, en Nottingham, lo hago para comer, estar con amigos, charlar o cualquier otra cosa, y el juego es algo accesorio. En mi opinión, esa sería la finalidad de la mayoría de las personas que se van a centros de esparcimiento, únicamente la de salir a divertirse. Sí, puede que algunos ganen, puede que algunos pierdan, pero la cuestión es que esto no sucede de manera aislada.⁴²¹

V. PREGUNTAS DEL GRUPO ESPECIAL SÓLO PARA LOS TERCEROS

Para todos los terceros:

A. ARTÍCULO XVI

- 1. ¿Están de acuerdo los terceros con la comunicación de las CE que figura en el párrafo 84 de su comunicación escrita de que una prohibición general del suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas equivale a una restricción cuantitativa en el sentido del párrafo 2 a) del artículo XVI?**

Comunidades Europeas

Las Comunidades Europeas confirman su posición. También querrían añadir que la posición expresada no excluye que tal prohibición general, de existir, también sea pertinente en el marco de diferentes apartados del párrafo 2 del artículo XVI del AGCS. Por ejemplo, según cómo esté redactada la prohibición, también podría ser pertinente en el marco de los apartados b) o c).

⁴²¹ Acta de testimonio, martes, 8 de enero de 2004, *supra* nota 11, Q257 (respuesta del Dr. Mark Griffiths).

Asimismo, una prohibición general que sólo se aplicara, *de jure* o *de facto*, a servicios suministrados a través de las fronteras podría ser pertinente en el marco del artículo XVII.

Japón

El Japón comparte la observación de que una prohibición completa del suministro en un sector de servicios en el que se hayan contraído compromisos específicos equivale a una restricción cuantitativa en el sentido del párrafo 2 a) del artículo XVI, cuando esa prohibición completa se establece de manera expresa mediante una ley o reglamento interno o una combinación de leyes y reglamentos internos. El Japón se reserva su opinión sobre aquellos casos en los que suministrar servicios en un sector específico no está prohibido de manera expresa por una ley o reglamento interno o una combinación de leyes y reglamentos internos, pero se hace efectivamente muy difícil por virtud de una ley o reglamento interno o una combinación de leyes y reglamentos internos que respectivamente no constituyen medidas abarcadas por los apartados a) a f) del párrafo 2 del artículo XVI y por tanto no están reservadas en la lista de un Miembro. El Japón considera que es necesario abordar caso por caso la compatibilidad de tal situación con el artículo XVI, mientras que simultáneamente la situación también podría plantearse como una cuestión de compatibilidad con el párrafo 5 del artículo VI.

México

La opinión de México es que donde existe una prohibición general en la prestación de un servicio a través del modo 1 (suministro transfronterizo), el número de proveedores de servicio que pueden suministrar el servicio a través de dicho modo es cero. Por lo tanto, una prohibición general en la prestación de un servicio a través del modo 1 equivale a una restricción cuantitativa, conforme al sentido del párrafo 2 a) del artículo XVI.

B. ARTÍCULO XVII

2. A fin de evaluar la "similitud", ¿en qué medida es pertinente la relación de competencia entre, por un lado, los servicios y los proveedores de servicios en el territorio desde el cual se suministra el servicio y, por otro lado, los servicios y los proveedores de servicios en el territorio al cual se suministra el servicio?

Comunidades Europeas

Las Comunidades Europeas desean empezar por señalar que para establecer una infracción del artículo XVII del AGCS no es necesario examinar la relación entre servicios y entre proveedores de servicios (véase la respuesta a la pregunta 9 *infra*). Como aclaró el Órgano de Apelación en el asunto *Corea - Bebidas alcohólicas*⁴²², los productos "similares" son siempre un subconjunto de los productos "directamente competidores". Por tanto, en cierta medida la relación de competencia (real o potencial) siempre será pertinente en un análisis de la "similitud". La medida dependerá del caso de que se trate. En ese contexto, las Comunidades Europeas también señalan que en caso de distorsión (o ausencia) de la relación de competencia debido a una medida aplicada en el territorio al que se está suministrando el servicio, el criterio pertinente es la relación de competencia *potencial* que existiría si los servicios suministrados no estuvieran sujetos a esa medida. Las Comunidades Europeas remiten asimismo al Grupo Especial a su comunicación y declaración oral de tercero, donde se trata más extensamente este asunto.

⁴²² Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Corea - Bebidas alcohólicas*, párrafo 118.

México

En opinión de México, es la naturaleza y características de los servicios en cuestión lo que es directamente relevante a la pregunta sobre si dichos servicios son "similares". Con respecto a los proveedores de servicios, donde los servicios suministrados son "similares", los proveedores de dichos servicios son también "similares".⁴²³ Adicionalmente, México advierte que el párrafo 3 del artículo XVII establece que se considerará que un trato formalmente idéntico o formalmente diferente es menos favorable si modifica las condiciones de competencia en favor de los servicios o proveedores de servicios del Miembro (es decir, que el Miembro pone en práctica la medida en cuestión) en comparación con los servicios similares o los proveedores de servicios similares de otro Miembro. Por lo tanto, la relación de competitividad entre servicios en el territorio desde donde el servicio está siendo suministrado y los servicios en el territorio hacia donde el servicio está siendo suministrado es altamente relevante para la pregunta de si los servicios y los proveedores de servicios de otro Miembro son tratados de manera "no menos favorable" que los servicios y proveedores de servicios de un Miembro de la OMC que implemente la medida impugnada.

- 3. ¿Consideran los terceros que las circunstancias reglamentarias imperantes en el territorio donde se suministra el servicio y/o en el territorio desde el que se suministra el servicio deberían tenerse en cuenta en el marco del artículo XVII en el análisis de la "similitud" y/o el análisis del "trato menos favorable"? De ser así, ¿cuáles son los parámetros dentro de los cuales se deberían considerar las circunstancias reglamentarias?**

Comunidades Europeas

Las Comunidades Europeas facilitan su respuesta basándose en dos supuestos diferentes en cuanto al significado de la expresión "circunstancias reglamentarias". Si al hacer referencia a "circunstancias reglamentarias" el Grupo Especial quiere decir régimen aplicable, las Comunidades Europeas, como explican en su comunicación y su declaración oral de tercero, adoptan el punto de vista de que las circunstancias reglamentarias como tales no son pertinentes para determinar si dos servicios son "similares". En concreto, el mero hecho de que se apliquen reglamentaciones diferentes a servicios suministrados desde dentro y desde fuera del territorio de un Miembro o incluso los problemas particulares de observancia que los últimos puedan crear no pueden hacer "no similares" el servicio extranjero y el servicio nacional. El objetivo mismo del artículo XVII es proteger, entre otras cosas, los servicios suministrados desde fuera del territorio de un Miembro contra reglamentaciones que sean menos favorables que las aplicables a los servicios suministrados desde el interior de ese territorio. El ámbito apropiado para tratar las circunstancias reglamentarias especiales de los servicios extranjeros en el artículo XVII es la noción de "trato menos favorable", de la que se habla más abajo.

Por otro lado, al referirse a "circunstancias reglamentarias" el Grupo Especial puede querer referirse a las circunstancias fácticas que constituyen el objeto de la reglamentación. Las Comunidades Europeas desean también señalar que el "territorio donde se suministra el servicio" será en principio diferente del "territorio desde el que se suministra el servicio" sólo en caso de suministro a través del modo 1. Si las diferencias en las circunstancias fácticas tuvieran una repercusión, por ejemplo, en las características de los servicios mismos, en cuanto son suministrados en el territorio del Miembro de la OMC de cuya medida se trata, podrían repercutir en la "similitud" del servicio nacional y extranjero. El criterio del "trato menos favorable" ha sido objeto de numerosos informes de grupos especiales del GATT y de la OMC y del Órgano de Apelación, especialmente en relación con el artículo III del GATT. Una práctica de larga data en el GATT ha aclarado que para que haya "trato no menos favorable" es preciso que haya una igualdad efectiva de oportunidades de

⁴²³ Informe del Grupo Especial sobre el asunto *CE - Banano III (EE.UU.)*, párrafo 7.322.

competencia para los productos extranjeros y nacionales.⁴²⁴ Este enfoque, elaborado para el sector de las mercancías, se encuentra ahora consagrado en los párrafos 2 y 3 del artículo XVII del AGCS.

Si bien el objetivo subyacente del criterio del "trato no menos favorable" es el de garantizar la igualdad de trato, puede haber casos en que la aplicación de un trato formalmente idéntico tenga como resultado en la práctica otorgar un trato menos favorable a los bienes o servicios extranjeros. Éste puede ser el caso en que las diferencias en cuanto a circunstancias reglamentarias en el territorio desde el que se suministra el servicio y el territorio en el que se suministra el servicio tengan una repercusión en la prestación del servicio en el Miembro cuya medida sea objeto de una diferencia. Aplicar el artículo XVII del AGCS entraña una comparación entre dos "tratos" otorgados por el mismo Miembro de la OMC en cuyo territorio se suministra el servicio: el trato de los servicios nacionales y el trato de los servicios extranjeros. Por tanto, el logro del objetivo del criterio del "trato no menos favorable" podría exigir que un Miembro de la OMC aplicara un régimen diferente a los bienes o servicios extranjeros a fin de asegurarse de que el trato otorgado no fuera de hecho menos favorable. También podría permitir un trato formalmente diferente cuando el trato idéntico diera como resultado un trato más favorable del servicio extranjero, a condición de que el trato de los servicios extranjeros siguiera siendo "no menos favorable". Como es lógico, esto no permitiría una prohibición total de los servicios extranjeros en los casos en que estuvieran permitidos los servicios nacionales. Por último, también podría ser pertinente en el marco del artículo XIV del AGCS el trato formalmente diferente basado en circunstancias diferentes en el Miembro desde el que se suministra el servicio, en la medida en que esas circunstancias tuvieran una repercusión en el mercado del Miembro cuya medida está en cuestión.

México

En última instancia, las circunstancias regulatorias podrían ser relevantes para el análisis sobre "trato no menos favorable". Véase la respuesta de México a la pregunta 6 anterior.

- 4. Con respecto al párrafo 9 de la comunicación escrita del Japón, ¿significa el simple hecho de que los servicios sean suministrados a través de diferentes modos de suministro (como se definen en el AGCS) que las circunstancias reglamentarias son diferentes y que, por tanto, está justificado el trato diferente entre esos modos de suministro? ¿Están los terceros de acuerdo con la valoración del Japón, expuesta en el párrafo 11 de su comunicación escrita, de las posibles consecuencias en cuanto a la cobertura en el marco del AGCS si se permite la "similitud" entre los modos de conformidad con el artículo XVII?**

Comunidades Europeas

Las Comunidades Europeas no comparten la opinión, expresada en el párrafo 9 de la comunicación de tercero del Japón, de que las diferencias en las circunstancias reglamentarias puedan afectar *per se* a la "similitud" de un servicio nacional y uno extranjero. En la medida en que por "diferencias en circunstancias reglamentarias" se entienda "diferencias en regímenes aplicables", este punto ya se aborda en el párrafo 96 de la comunicación de tercero de las CE. En la medida en que por ellas se entienda "diferencias en circunstancias fácticas que pueden ser objeto de reglamentación jurídica", tales diferencias podrían afectar a la similitud sólo en caso de que hicieran diferentes las características de los dos servicios, como se explica más arriba en respuesta a la pregunta 3. Las Comunidades Europeas también consideran que no es necesario abordar la cuestión planteada en el

⁴²⁴ Informe del Grupo Especial sobre el asunto *Estados Unidos - Artículo 337*, IBDD S36/402.

párrafo 11 de la comunicación escrita del Japón con el fin de resolver la presente diferencia, que solamente tiene que ver con el artículo XVII del AGCS.⁴²⁵

Japón⁴²⁶

Lo que el Japón quería decir en este párrafo es que debería haber algún margen para una argumentación en favor de la denegación de la similitud de los servicios, cuando en determinado caso un Miembro demandado pruebe de manera suficiente la necesidad del trato diferenciado a la luz de las prescripciones reglamentarias, la diferencia en las circunstancias reglamentarias, etc. En algunos casos, la diferencia en las circunstancias reglamentarias está representada de manera efectiva por la diferencia de modos, pero, como está claro en su comunicación, el Japón no hace afirmaciones categóricas en el sentido de que la diferencia en los modos haga siempre disímiles a los servicios. Por el contrario, cuando en determinados casos se constata que la diferencia en las circunstancias reglamentarias no es suficiente para establecer la disimilitud de los servicios en determinados sectores, o cuando una parte afectada no ha justificado de manera suficiente ese argumento, la diferencia en el modo de suministro de por sí no restaría nada a la similitud de los servicios.

En realidad el párrafo 11 de la comunicación escrita del Japón no es una valoración hecha por el Japón, sino que pretende ser una descripción fáctica del debate habido en el Consejo del Comercio de Servicios, que en opinión del Japón podría tener cierta pertinencia para la interpretación de la similitud de los servicios. Por tanto, el Japón introdujo este debate para que, si fuera procedente, este Grupo Especial deliberara al respecto.

México

Con respecto al primer tema, de conformidad con el párrafo 3 del artículo XVII, un trato formalmente idéntico entre los modos de suministro es posible conforme al AGCS. Dicha diferencia en el trato violaría el artículo XVII solamente en la medida que modifique las condiciones de competencia a favor de los servicios o proveedores de servicios del Miembro (es decir, que el Miembro pone en práctica la medida en cuestión) en comparación con los servicios similares o los proveedores de servicios similares de otro Miembro. Por lo que se refiere al segundo tema, véase la respuesta de México a la pregunta 7 anterior.

Antigua y Barbuda

¿Están los terceros de acuerdo con la valoración del Japón, expuesta en el párrafo 11 de su comunicación escrita, de las posibles consecuencias en cuanto a la cobertura en el marco del AGCS si se permite la "similitud" entre los modos de conformidad con el artículo XVII?

En el párrafo 11 de su comunicación escrita el Japón declara que, si se permite la similitud entre los modos, se privará de sentido a la limitación del trato nacional para un determinado modo de suministro mediante el efecto del artículo II del AGCS. En esencia, esta teoría obligaría al Grupo Especial a escoger entre: i) privar de sentido a los compromisos en materia de trato nacional sobre el suministro transfronterizo (porque éste sería por definición "no similar") o ii) privar de sentido a las limitaciones en materia de suministro transfronterizo (porque la disposición sobre "similitud" del artículo II del AGCS menoscabaría la efectividad de tal limitación en el caso de que un Miembro

⁴²⁵ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *CE - Banano III*, párrafo 231, en el que el Órgano de Apelación consideró que las disposiciones relativas al trato nacional no son necesariamente pertinentes para la interpretación de la cláusula de la nación más favorecida del AGCS.

⁴²⁶ El Grupo Especial señala que, al formular observaciones sobre la parte expositiva del informe, el Japón pidió que se suprimieran varios elementos que figuraban en la respuesta inicial.

hubiera contraído compromisos en materia de trato nacional para otros modos de suministro). Esto, de por sí, muestra que esta teoría no puede ser una interpretación correcta de los artículos II y XVII del AGCS porque, se elija una u otra opción, se hace superflua una parte importante de las Listas de compromisos de un Miembro.

Además, la teoría expuesta por el Japón presupone que la "similitud" y el "trato menos favorable" en el artículo II y el artículo XVII deben siempre interpretarse exactamente del mismo modo. Sin embargo, en el asunto *CE - Banano III* el Órgano de Apelación ya ha declarado que no existe tal analogía entre los artículos II y XVII y que el artículo II del AGCS debería interpretarse a la luz de las disposiciones sobre trato NMF del GATT de 1994 y no a la luz del artículo XVII del AGCS.⁴²⁷ En vista de lo anterior, Antigua y Barbuda declara que, en la situación descrita por el Japón en el párrafo 11 de su comunicación de tercero, el Miembro A no estaría obligado a ampliar el "trato b" a los servicios transfronterizos del Miembro C. Si el Miembro A estuviera obligado a hacer eso, estaría obligado a dar a los servicios del Miembro C un trato mejor que a los servicios del Miembro B y el objeto del artículo II es precisamente prohibir esto, no prescribirlo. El contexto del artículo XVII es sin duda completamente diferente cuando un Miembro ha contraído un compromiso específico para otorgar un trato "no menos favorable" a servicios suministrados de manera transfronteriza.

Para el Japón:

- 5. En el párrafo 9 de su comunicación escrita, el Japón ha declarado que en *algunos* sectores de servicios y para *determinados* servicios, podría argumentarse que deberían tenerse en cuenta las circunstancias reglamentarias al evaluar la "similitud" de los servicios. ¿Podría el Japón indicar qué criterios deberían aplicarse al determinar para qué sectores o para qué servicios deberían tenerse en cuenta las circunstancias reglamentarias?**

Japón

En tanto que tercero, el Japón no está en situación de identificar categóricamente en el presente momento los sectores de servicios específicos que requieren que se tomen en consideración las circunstancias reglamentarias, por cuanto existe la opinión ampliamente compartida entre los Miembros de que es necesario identificar caso por caso la similitud de los bienes y los servicios. Tampoco está el Japón en situación de afirmar que el sector de servicios que se sitúa en el centro de este caso particular requiera categóricamente la consideración de las circunstancias reglamentarias. Su opinión es que no deberían excluirse categóricamente las diferencias en materia de circunstancias reglamentarias como factor que haya de tomarse en consideración a la hora de identificar la similitud de los servicios, pero que toda parte en éste y en futuros grupos especiales es libre de exponer argumentos sobre ese aspecto, según sea necesario.

⁴²⁷ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *CE - Banano III*, párrafo 231.