

4.4.6 Artículo 4

Artículo 4. Las medidas sanitarias y fitosanitarias que un Estado Parte elabore, adopte, aplique o mantenga, no tendrán por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio entre los Estados Parte. En ese sentido, las medidas deberán:

- a. estar basadas en principios científicos y que no se mantengan sin evidencia científica suficiente;
- b. estar basadas en un análisis de riesgo;
- c. no restringir el comercio más de lo requerido para lograr el nivel adecuado de protección a la vida y a la salud humana y animal o preservar la sanidad de los vegetales y no crear una restricción encubierta al comercio entre los Estados Parte; y,
- d. estar basadas en medidas, normas, directrices o recomendaciones de las organizaciones internacionales competentes, excepto cuando el Estado Parte requiera un nivel de protección sanitario o fitosanitario más elevado, si existe una justificación científica.

Los Estados Parte se comprometen a la no aplicación de represalias comerciales o de otra naturaleza ante la aplicación de una medida sanitaria o fitosanitaria de otro Estado Parte.

4.4.7 Interpretación del Artículo 4

4.4.7.1. Examen legal. En el LTA de la controversia MSC-01-19, se determinó que el incumplimiento de uno de los subpárrafos del artículo 4 conlleva el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el primer párrafo de esta disposición:

«...el Tribunal Arbitral, tomando en consideración la relación que el texto del artículo 4 del RMSF establece entre la primera y segunda oración del acápite y el sentido corriente de los términos usados en esas dos oraciones, así como el uso de la conjunción “y” entre los literales c. y d. del artículo 4, concluye que una medida fitosanitaria que no cumpla con uno o más de los requisitos establecidos en esos literales será una medida fitosanitaria que crea obstáculos innecesarios al comercio entre los Estados Parte».¹⁸⁷

4.4.7.2. Grado de restricción al comercio según el «nivel adecuado de protección». En el arbitraje MSC-01-19, el TA estableció que los Estados Parte «mantienen su soberanía» respecto del «nivel adecuado de protección» para la vida o la salud humana o animal, así como para preservar los vegetales en su

¹⁸⁷ LTA, Panamá – Medidas que afectan la comercialización del tomate fresco, MSC-01-19, [497].

territorio.¹⁸⁸ En este mismo caso, el TA consideró que Panamá había establecido un nivel de protección consistente en «evitar la diseminación» de la *Tuta absoluta* «a las áreas libres del país».¹⁸⁹ Con base en esta determinación, basada en las declaraciones de Panamá, determinó que un cierre *de facto* del mercado era excesivo y, por lo tanto, incompatible con el artículo 4 del Reglamento MSF:

«...En este sentido, observamos que el cierre del mercado es una medida de carácter general, que afecta a todos los exportadores costarricenses de tomate fresco, sin darles la posibilidad –como a los productores de tomate fresco de ciertos distritos de la provincia de Chiriquí, Panamá– de implementar medidas fitosanitarias con enfoque de sistema que les permitieran exportar tomate fresco a Panamá. A partir de nuestra interpretación de lo dispuesto en el literal c. del artículo 4 del RMSF, del análisis de los hechos descritos en este párrafo y de haber llegado a la conclusión de que Panamá podría haber conseguido su “nivel adecuado de protección” adoptando y aplicando al tomate fresco costarricense medidas menos restrictivas al comercio que una prohibición general de importación, el Tribunal Arbitral constata que la medida en cuestión –aplicada al tomate costarricense desde el 2011, bajo la forma de un cierre del mercado panameño a las importaciones de Costa Rica– es una medida que restringe el comercio de ese producto más de lo requerido para lograr el nivel adecuado de protección fijado soberanamente por Panamá para preservar la sanidad de los vegetales en atención a la plaga *Tuta absoluta*, contraviniendo así lo requerido por el literal c. del artículo 4 del RMSF».¹⁹⁰

4.4.7.3. Obligación de que las medidas estén «basadas en principios científicos». El TA de la controversia MSC-01-19 concluyó que el sentido del verbo «basar», en el subpárrafo d, podía interpretarse de la misma forma que en el contexto del subpárrafo b¹⁹¹ de este artículo.¹⁹² Además, indicó:

«...“Principio” significa “3. m. Base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discutiendo en cualquier materia.”⁶⁶⁶ “Mantener” significa “5. tr. Proseguir en lo que se está ejecutando.”⁶⁶⁷ Finalmente, los términos “evidencia” y “suficiente” significan “2. f. Prueba determinante en un proceso” y “1. adj. Bastante para lo que se necesita. 2. adj. Apto o idóneo”, respectivamente.^{668, 669} Tomando en consideración el análisis del sentido corriente de los términos usados en el literal a., consideramos que las medidas fitosanitarias deberán tener una base en la ciencia, y que solamente se prosiga con la ejecución de una medida cuando se cuente con prueba determinante –con base en la ciencia– que sea bastante para lo que se necesita y apta o idónea. El uso de “mantenga”,

¹⁸⁸ LTA, Panamá – Medidas que afectan la comercialización del tomate fresco, MSC-01-19, [534].

¹⁸⁹ LTA, Panamá – Medidas que afectan la comercialización del tomate fresco, MSC-01-19, [545].

¹⁹⁰ LTA, Panamá – Medidas que afectan la comercialización del tomate fresco, MSC-01-19, [546].

¹⁹¹ V. Párrafo 4.4.7.4.

¹⁹² LTA, Panamá – Medidas que afectan la comercialización del tomate fresco, MSC-01-19, [537].

forma verbal en presente del subjuntivo, significa, a nuestro juicio, que es una obligación continua y que concierne al presente.

⁶⁶⁶ Vid. Diccionario de la lengua española, <https://dle.rae.es/principio>

⁶⁶⁷ *Ibidem*, <https://dle.rae.es/mantener>

⁶⁶⁸ *Ibidem*, <https://dle.rae.es/evidencia>

⁶⁶⁹ *Ibidem*, <https://dle.rae.es/suficiente>.¹⁹³

4.4.7.4. Obligación de que las medidas estén «basadas» en un análisis de riesgo. En el caso sobre el tomate fresco, entre Costa Rica y Panamá, el TA interpretó la obligación contenida en el subpárrafo c del artículo 4, como sigue:

«...El artículo 4 del RMSF establece que “las medidas deberán: ... b. estar basadas en un análisis de riesgo”. El verbo “basar” significa “1. tr. Asentar algo sobre una base.” y “2. tr. Apoyar una cosa en otra que sirve como base o punto de partida.”⁶⁰⁹ El Órgano de Apelación en *India — Productos agropecuarios* expresó que “[e]n *CE — Hormonas* el Órgano de Apelación declaró que “[c]orrientemente se dice que una cosa está ‘basada en’ otra cuando la primera ‘se asienta’ o ‘está apoyada’ sobre la otra o ‘está sostenida por ella’. El Órgano de Apelación estimó que, para o ‘basada en’ una norma internacional, una medida ‘puede adoptar algunos de los elementos, aunque no necesariamente todos, de la norma internacional’”.⁶¹⁰ La disposición prosigue, indicando que las medidas deben estar basadas en un “análisis de riesgo”. El artículo 3.1 del RMSF establece que “[p]ara efectos de este Reglamento, los Estados Parte acuerdan aplicar las definiciones y términos establecidos en: a. el [AMSF] de la OMC; ... c. la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (CIPF) ...”. El AMSF no contiene el término “análisis de riesgo”. El artículo 5 de dicho Acuerdo usa el término “evaluación del riesgo”, mismo que viene definido en el Anexo A.4 de ese mismo Acuerdo. Por otro lado, la CIPF define el término “análisis del riesgo de plagas”, mismo que han usado consistentemente las Partes contendientes durante esta controversia. Ese término se define, en el Artículo II. Términos Utilizados de la CIPF, como sigue: “proceso de evaluación de los testimonios biológicos, científicos y económicos para determinar si una plaga debería ser reglamentada y la intensidad de cualesquiera medidas fitosanitarias que han de adoptarse para combatirla”.⁶¹¹ En la medida en que el término de la CIPF se ajusta a aquel usado en el literal b. del artículo 4 del RMSF, la disposición a interpretar, el Tribunal Arbitral considera apropiado que la definición contenida en la CIPF guíe su análisis para los efectos de la presente controversia.⁶¹²

⁶⁰⁹ Diccionario de la lengua española, <https://dle.rae.es/basar>

¹⁹³ LTA, *Panamá — Medidas que afectan la comercialización del tomate fresco*, MSC-01-19, [537].

⁶¹⁰ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *India — Productos agropecuarios*, párrafo 5.77.

⁶¹¹ Vid. Convención Internacional de Protección Fitosanitaria, disponible en https://www.ippc.int/static/media/files/publications/es/2013/06/03/1034340753484_spippc_201304232117es.pdf

⁶¹² El Tribunal Arbitral nota que la NIMF 5 “Glosario de términos fitosanitarios” de la CIPF contiene una definición convenida de “análisis de riesgo de plagas”. Para los efectos de resolver la presente controversia, y en virtud del análisis que sigue, no consideramos necesario determinar cuál de las dos definiciones debe guiarnos». ¹⁹⁴

4.4.7.5. Obligación de que las medidas estén «basadas» en normas, directrices o recomendaciones de las organizaciones internacionales competentes. El TA de la controversia MSC-01-19 concluyó que el sentido del verbo «basar» en el subpárrafo d podía interpretarse de la misma forma que en el contexto del subpárrafo b¹⁹⁵ de este mismo artículo.¹⁹⁶ Además, consideró que las normas de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (CIPF) constituyen «normas, directrices o recomendaciones de las organizaciones internacionales» en materia de preservación de los vegetales. Ello, en concordancia con el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC, que puede citarse por vía del artículo 3.1 del Reglamento MSF.¹⁹⁷

4.4.7.6. Contenido de un análisis de riesgo adecuado e improcedencia de que este conste en un documento «preliminar». En el arbitraje MSC-01-19, Costa Rica planteó que la medida consistente en el «cierre *de facto* del mercado panameño» carecía de fundamento científico y no estaba basada en un análisis de riesgo.¹⁹⁸ Panamá, por su parte, afirmó que realizó un análisis de riesgo adecuado.¹⁹⁹ Para decidir al respecto, el TA tomó en cuenta aspectos de las Normas Internacionales para Medidas Fitosanitarias 11 (NIMF 11) de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (CIPF). Por ejemplo, la categorización o clasificación del riesgo de la plaga en la fase de evaluación, una evaluación cualitativa y una evaluación cuantitativa completa de los factores de riesgo.²⁰⁰ Finalmente, concluyó que el documento presentado por Panamá no era suficiente dado su carácter «preliminar»:

«...En sus respuestas a la pregunta 109 y en otra anterior, y también reproducida en el párrafo 508 *supra*, Panamá afirma que el “ARP presentado es preliminar” y que el mismo “está incompleto”. Al respecto, Costa Rica afirma que “se debe destacar que **no existe en las NIMFs la figura de un ARP preliminar**, por lo que el documento que Panamá presenta como un supuesto ARP, ni siquiera debe ser considerado como tal”⁶²⁷ (el resaltado es del original). Observamos que ni el artículo 10 ni ninguna otra disposición del RMSF – incluyendo sus artículos 4 y 6– hacen referencia a un análisis de riesgo preliminar e incompleto como base para la adopción de medidas fitosanitarias, incluidas las medidas

¹⁹⁴ LTA, *Panamá – Medidas que afectan la comercialización del tomate fresco*, MSC-01-19, [504].

¹⁹⁵ V. Párrafo 4.4.7.4.

¹⁹⁶ LTA, *Panamá – Medidas que afectan la comercialización del tomate fresco*, MSC-01-19, [530].

¹⁹⁷ LTA, *Panamá – Medidas que afectan la comercialización del tomate fresco*, MSC-01-19, [530 – 531].

¹⁹⁸ LTA, *Panamá – Medidas que afectan la comercialización del tomate fresco*, MSC-01-19, [499].

¹⁹⁹ LTA, *Panamá – Medidas que afectan la comercialización del tomate fresco*, MSC-01-19, [500].

²⁰⁰ LTA, *Panamá – Medidas que afectan la comercialización del tomate fresco*, MSC-01-19, [507 – 512].

de emergencia. Panamá no nos ha ofrecido argumento ninguno –mucho menos prueba– de que ello constituya una interpretación admisible de las disposiciones del Reglamento. Por otro lado, notamos que ni la CIPF ni las NIMFs 1 y 11 tampoco contienen referencia alguna a un “análisis de riesgo de plagas preliminar”. Consideramos que aceptar que se apliquen o mantengan medidas fitosanitarias sobre la base de análisis de riesgo preliminares e incompletos podría comprometer seriamente la consecución de uno de los principios generales fundamentales y básicos del RMSF: que cualquier medida fitosanitaria esté basada en principios científicos y de que no se mantenga sin testimonios científicos suficientes.⁶²⁸ Aceptar esa misma posición también rebajaría el listón de fundamentación científica que los Estados Parte decidieron fijar para la elaboración, adopción, aplicación y mantenimiento de medidas fitosanitarias, según reflejaron el artículo 4 del RMSF. En conclusión, el Tribunal Arbitral considera que el documento preliminar e incompleto, tal como afirma Panamá, suministrado al Tribunal Arbitral como prueba documental PAN-017 no constituye un análisis de riesgo en el sentido de lo requerido por el literal b. del artículo 4 del RMSF.

⁶²⁷ Vid. cita en párrafo 509 *supra*.

⁶²⁸ Esta obligación básica establecida en el artículo 2.2 del AMSF es un principio general del RMSF en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 de ese Reglamento».²⁰¹

4.4.7.7. Aplicabilidad del artículo 4 a las medidas fitosanitarias de emergencia. En el arbitraje MSC-01-19, la parte demandante alegó que determinadas medidas fitosanitarias, aplicables a la importación de tomate fresco, contravenían el artículo 4 del Reglamento MSC.²⁰² La parte demandada indicó que éstas constituían «medidas de emergencia» y, por lo tanto, estaban sujetas al artículo 6 del Reglamento MSC.²⁰³ Al respecto, el TA determinó lo siguiente:

«...El Tribunal Arbitral nota que los artículos 4 a 10 del RMSF forman parte del Capítulo II de ese Reglamento, titulado “Elaboración, Adopción y Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias”. Notamos que el título no diferencia entre medidas fitosanitarias de emergencia y medidas de otro tipo a pesar de que el Capítulo II regula tanto las medidas fitosanitarias de emergencia como otras que no tengan ese carácter.⁵⁷³ De ello deducimos que el título del Capítulo II –cuando usa el término “medidas fitosanitarias”– es aplicable a *todas* las medidas fitosanitarias con independencia de si son de emergencia o no dependiendo de la disposición en concreto de dicho capítulo, salvo por ejemplo lo expresamente previsto por el artículo 6 que regula específicamente las medidas de emergencia que pudiera ser una excepción al resto de artículos.

²⁰¹ LTA, Panamá – Medidas que afectan la comercialización del tomate fresco, MSC-01-19, [513].

²⁰² LTA, Panamá – Medidas que afectan la comercialización del tomate fresco, MSC-01-19, [464].

²⁰³ LTA, Panamá – Medidas que afectan la comercialización del tomate fresco, MSC-01-19, [465].

(...)

...El Tribunal Arbitral observa que el término “medidas ... fitosanitarias” en el artículo 4 del RMSF no está limitado de ningún modo.⁵⁷⁴ Hemos examinado el resto del contenido de esa disposición, concluyendo que no hay nada en el mismo que indique que el artículo 4 es, o no es, de aplicación a medidas fitosanitarias de emergencia...

⁵⁷³ En este sentido, Costa Rica hace referencia a medidas fitosanitarias de emergencia, por un lado, y medidas fitosanitarias ordinarias, por otro (*vid.* Respuestas de Costa Rica, 10 de agosto de 2020, respuesta a la pregunta 13, pp. 13-14). El Tribunal Arbitral observa que el término “medida ordinaria” no se usa ni en el RMSF ni en el AMSF. Sin embargo, también notamos que tanto la Secretaría de la OMC, como los Miembros de esa organización, usan ese término. Para efectos de la presente controversia, entendemos que Costa Rica usa ese término para hacer referencia a las medidas fitosanitarias que no son medidas de emergencia de conformidad con lo establecido en el artículo 6 del RMSF. Por otro lado, también observamos que el RMSF incluye el término “medidas de emergencia” mientras que el AMSF incluye el término “medida provisional”. Costa Rica ha indicado que existen diferencias entre los dos términos, refiriéndose para ello a la NIMF 5 “Glosario de términos fitosanitarios” (*vid.* Respuestas de Costa Rica, 10 de agosto de 2020, respuesta a la pregunta 13, p. 14; y NIMF 5 “Glosario de términos fitosanitarios”, adoptada en 2018, prueba documental CR-127). En vista de ello, usaremos para los efectos del análisis *infra* el término “medida de emergencia” tal como dispone el RMSF.

⁵⁷⁴ En particular, el Tribunal Arbitral nota que el artículo 4 del RMSF no está limitado a aplicar a las medidas fitosanitarias “ordinarias”... ».²⁰⁴

4.4.7.8. Aplicación del artículo 4 a medidas *de facto*. En el arbitraje MSC-01-19, Costa Rica alegó que, no obstante la adopción de cuatro medidas fitosanitarias de emergencia, Panamá en realidad aplicaba y mantenía un cierre *de facto* del mercado para las importaciones de tomate fresco.²⁰⁵ El tribunal constató la existencia de las medidas de emergencia²⁰⁶ y acogió el argumento de Costa Rica:

«...A juicio del Tribunal Arbitral, las acciones de Panamá descritas en los párrafos 436 a 438 *supra* constituyen una restricción absoluta –equivalente a una prohibición a la importación– al comercio de tomate fresco originario de Costa Rica. Observamos que Panamá ha afirmado, en varias ocasiones, que no ha impuesto restricción alguna a las importaciones de tomate fresco de Panamá. Rechazamos estas afirmaciones ya que los propios hechos aportados por Panamá –la inhabilitación del Resuelto AUPSA-DINAN-071-2010, la imposibilidad de notificar la importación de tomate fresco de Costa Rica en el SISNIA y de importar legalmente tomate fresco de Costa Rica a Panamá– demuestran fehacientemente la existencia de una restricción absoluta al comercio de tomate fresco originario de Costa Rica. Asimismo, en el curso de este procedimiento existen afirmaciones de Panamá que indican que sí existe una restricción como se indica en los

²⁰⁴ LTA, Panamá – Medidas que afectan la comercialización del tomate fresco, MSC-01-19, [467 – 470].

²⁰⁵ LTA, Panamá – Medidas que afectan la comercialización del tomate fresco, MSC-01-19, [395].

²⁰⁶ LTA, Panamá – Medidas que afectan la comercialización del tomate fresco, MSC-01-19, [430].

párrafos 434 a 436 *supra*. No habiendo aportado hechos que los desvirtúen, mantenemos la constatación acerca de la existencia de una restricción absoluta a las importaciones de tomate de Costa Rica.

(...)

Al no poder examinar el texto de una norma, concederemos un valor especial a las posiciones de las Partes contendientes, así como a otros hechos relevantes que consten en el expediente de la controversia. En este sentido, del resumen de las posiciones de Costa Rica, el Tribunal Arbitral concluye que la Parte reclamante ha alegado la existencia de una medida fitosanitaria con relación al cierre del mercado...».²⁰⁷

²⁰⁷ LTA, Panamá – Medidas que afectan la comercialización del tomate fresco, MSC-01-19, [439 – 461].