

Los derechos de propiedad intelectual y el acceso a los medicamentos como componente del derecho a la protección a la salud.

Alexandra Olmos Pérez

Personal Académico del Centro Nacional de Derechos Humanos de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Sumario

Introducción

- I. Derechos Humanos: alcances, fines y efectos.
 1. La expansión de los derechos.
 2. La finalidad de la protección y los efectos que produce
- II. La Propiedad de la creación.
 1. Propiedad industrial y derecho a la propiedad.
 2. Las flexibilidades del Acuerdo sobre los ADPIC.
 3. Las patentes y la innovación tecnológica.

III.- Conflicto entre el derecho a la protección de la salud y la protección a la propiedad Industrial.

1. Los más vulnerables.
2. La Declaración de Doha.
3. Derechos de Propiedad Industrial y derechos humanos

Conclusión.

INTRODUCCIÓN

La salud, según el Diccionario de la Real Academia Española, es el estado en que el ser orgánico ejerce normalmente sus funciones¹. La Constitución de la Organización Mundial de la Salud (adoptada el 22 de julio de 1946, en vigor a partir del 7 de abril de 1948) define en su preámbulo a la salud, de una manera más amplia, como un “estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedad o dolencia”.

En varios instrumentos internacionales se ha consagrado el derecho que todas las personas tenemos a la protección de la salud.

La misma constitución de la OMS señala que disfrutar del nivel de salud más alto posible es uno de los derechos fundamentales que todo ser humano tiene. En la Conferencia Internacional sobre atención primaria a la Salud de 1978 (OMS-UNICEF) se hizo hincapié en que el logro del grado más alto posible de salud es un objetivo social importantísimo en el mundo.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, en su artículo 25 establece el derecho que toda persona tiene a un nivel de vida adecuado, que debe asegurarle la salud y el bienestar además de los determinantes básicos de la salud que son la alimentación, nutrición,

¹ Diccionario de la Real Academia Española, 22ª edición, en línea: <http://buscon.rae.es/drae/>

Los derechos de propiedad intelectual y el acceso a los medicamentos como componente del derecho a la protección a la salud.

vivienda, acceso al agua limpia y potable, condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas, un medio ambiente sano, entre otros, así como la asistencia médica y seguros en los casos que le impidan obtener los recursos necesarios para su subsistencia.

Por su parte, el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos Sociales y Culturales reconoce este derecho en su artículo 12, el cual establece que todo ser humano tiene el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. En este sentido, el Estado tiene la obligación de desarrollar acciones positivas tendientes a proteger la salud y a repararla en caso de ser afectada².

A nivel regional, el protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (conocido como "Protocolo de San Salvador"), en su artículo 10 protege el derecho a la salud. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud, los Estados partes se comprometieron en este protocolo a reconocer la salud como un bien público y a adoptar medidas para garantizar este derecho.

De manera específica este protocolo señala que los Estados deben procurar la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos que se encuentren en situaciones de más alto riesgo y que, por sus condiciones de pobreza, sean más vulnerables. Esto es de gran relevancia ya que existen enfermedades que afectan particularmente a determinados grupos que se encuentran en circunstancias de vulnerabilidad extrema (por ejemplo enfermedades tropicales u otras como la lepra, dengue, schistosomiasis, leishmaniasis y la tripanosomiasis entre muchas otras que se dan

generalmente en comunidades rurales muy pobres en los países menos desarrollados, según los informes de la Organización Mundial de la Salud³), además de que, por ejemplo, los niños y las mujeres requieren en ocasiones de cuidados especiales en relación a la salud. Es por ello que la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación hacia la Mujer, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y la Convención sobre los Derechos del Niño hacen mención específica a la salud como un derecho de estos grupos, otorgándoles una protección especial.

Otros instrumentos internacionales importantes en materia de salud son la Carta de Ottawa para la promoción de la salud de 1986 y la Observación número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.

En México fue hasta 1983 que se elevó a nivel Constitucional el derecho a la protección de la salud mediante una reforma que adicionó al artículo 4 Constitucional el tercer párrafo cuya redacción permanece a la fecha: "Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud ..." En la exposición de motivos de la reforma en comento, se expresó que la razón por la cual se elevó este derecho a nivel Constitucional- aunque no guarda relación alguna con los demás derechos consagrados en ese artículo- es que "es innegable la correspondencia directa que existe entre el mejoramiento a la salud, el bienestar de la población, la distribución del ingreso real, el empleo...y el incremento de la productividad que se da en el seno de las

² En el mismo artículo se establecen algunas medidas que deberán adoptar los Estados parte.

³ Hunt, Paul, "Neglected Diseases: A human rights analysis", *Special topics in social, economics and behavioural research* no. 6, World Health Organization, France, 2007

Los derechos de propiedad intelectual y el acceso a los medicamentos como componente del derecho a la protección a la salud.

sociedades que buscan ser cada vez más igualitarias”.

La Legislación secundaria en esta materia es amplísima, pero podemos destacar la Ley General de Salud (DOF 7-02-1984), con su reglamentación, así como las Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social y la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado y podríamos tomar en cuenta también a la Ley de los Institutos Nacionales de Salud (DOF 26-05-2000) entre muchas otras. Estas leyes tienen un carácter generalmente orgánico, es decir que regulan la administración de los servicios públicos de salud, pero no dotan de un contenido concreto a este derecho pues no otorgan prerrogativas concretas a los titulares del mismo⁴. También es importante mencionar que en materia de salud existe una infinidad de normas oficiales.

El derecho a la protección de la salud es uno de los derechos conocidos como de segunda generación o derechos prestacionales, que se caracterizan por implicar una obligación por parte del Estado a satisfacer una necesidad material del individuo. El contenido del derecho es un bien o servicio determinado. La salud es un bien jurídico tutelado. La ley impone al Estado la obligación de proteger ese bien y de abstenerse de dañarlo (evitando también un daño por parte de los particulares), lo cual deriva en el derecho a la protección de la salud que tienen todas las personas.

Sin embargo, aún cuando este derecho se encuentra reconocido y se ha señalado su importancia para el desarrollo social, la realidad es que millones de personas en el mundo no gozan de buena salud y no tienen acceso a medicamentos ni servicios médicos adecuados. Para la protección

efectiva de la salud, es necesario identificar los elementos que constituyen este derecho y tomar acciones concretas en relación a ellos.

La Suprema Corte de Justicia ha establecido que es responsabilidad del Estado, la sociedad y los mismos interesados que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud⁵. Por otro lado, ha interpretado que el derecho a la salud comprende varios elementos, entre los cuales se encuentran los servicios de salud de calidad⁶, lo cual implica que debe haber personal médico capacitado, equipo hospitalario en buen estado, condiciones sanitarias adecuadas y medicamentos científicamente aprobados⁷.

Para este órgano jurisdiccional supremo, la protección de la salud incluye la obligación, entre otras, de vigilar que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios y señala que el Estado debe controlar la comercialización tanto del equipo médico como de los medicamentos por terceros⁸.

⁵ SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 4º., TERCER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ES UNA RESPONSABILIDAD SOCIAL. 9ª Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXVIII, Octubre de 2008; Pág.61 [J]

⁶ Entendiendo a la calidad como la exigencia de que sean apropiados médica y científicamente

⁷ DERECHO A LA SALUD. SU PROTECCIÓN EN EL ARTÍCULO 271, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY GENERAL DE SALUD. 9ª Época; 1ª Sala, S.J.F. y su Gaceta; XXVIII, Julio de 2008; Pág. 456 [TA]

⁸ DERECHO A LA SALUD. SU REGULACIÓN EN EL ARTÍCULO 4º. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y SU COMPLEMENTACIÓN CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS

⁴ Martínez Bullé-Goyri, Víctor, *Los derechos humanos en el México del siglo XX*, 1ª edición, UNAM-IIJ, México 1998.

Los derechos de propiedad intelectual y el acceso a los medicamentos como componente del derecho a la protección a la salud.

También ha considerado que el derecho a la protección de la salud tiene, entre otras finalidades, el disfrute de servicios de salud que consisten, entre otras cosas, en la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud⁹.

En conclusión, el derecho a la protección de la salud comprende, entre otras cosas, el acceso a los medicamentos necesarios para el tratamiento de las enfermedades.

Los medicamentos, como producto de la investigación y el conocimiento, en fin, del intelecto humano, son invenciones que forman parte de la propiedad industrial y como tales, son susceptibles de obtener la protección por medio de patentes, lo cual otorga a su descubridor o inventor un privilegio exclusivo sobre este invento¹⁰.

Existen varios instrumentos internacionales que consagran el derecho a la protección de estas invenciones. Uno de los más importantes es el Acuerdo sobre los Derechos de propiedad Intelectual¹¹ relacionados con el Comercio

HUMANOS. 9ª Época; 1ª Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXVIII, Julio de 2008; Pág. 457 [TA]

⁹ SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN, QUE COMO GARANTÍA INDIVIDUAL CONSAGRA EL ARTÍCULO 4º. CONSTITUCIONAL COMPRENDE LA RECEPCIÓN DE MEDICAMENTOS BÁSICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS ENFERMEDADES Y SU SUMINISTRO POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES QUE PRESTAN LOS SERVICIOS RESPECTIVOS. 9ª Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XI, Marzo de 2000, Pág. 112 [TA]

¹⁰ La Ley de la Propiedad Industrial, en su artículo 15 dispone que “se considera invención toda creación humana que permita transformar la naturaleza, para su aprovechamiento por el hombre y satisfacer sus necesidades concretas”.

¹¹ Dentro del derecho de a la propiedad intelectual se contempla el derecho a la propiedad industrial, que se

(Acuerdo sobre los ADPIC) que conforma el anexo 1C del Acta Final de Marrakech de 1994 por la cual se constituye la Organización Mundial de Comercio (OMC). Este acuerdo, de manera general, obliga a los Estados miembros de la Organización Mundial de Comercio a proteger de manera estricta las invenciones y otros productos del intelecto humano.

La Constitución mexicana, en armonía con las disposiciones de este Acuerdo (México es miembro de la OMC desde enero de 1995) establece entre las facultades y obligaciones que tiene el Presidente de la República, en su artículo 89 fracción XV “conceder privilegios exclusivos por tiempo limitado, con arreglo a la ley respectiva, a los descubridores, inventores o perfeccionadores de algún ramo de la industria”.

La legislación más importante sobre la materia es la Ley de la Propiedad Industrial (DOF 27-06-1991). En el artículo 9 de esta ley, se establece que la persona (que puede ser física o moral) o su causahabiente, que realice una invención tendrá el derecho exclusivo de su explotación en su provecho.

En la práctica, dado que la persona que es titular de la patente de un producto o invención tiene un derecho que excluye a todos los demás individuos de su explotación, no hay una competencia¹², lo

entiende como el privilegio de usar en forma exclusiva y temporal las creaciones y signos distintivos. Dentro de las instituciones que comprende la propiedad industrial se encuentran las creaciones industriales nuevas, que se pueden proteger por diversos instrumentos, de los cuales el más común es la patente de invención. Rancel Medina, David *Derecho de la propiedad industrial e intelectual*, 2ª Edición, Porrúa, México, 1992, pp.9-10

¹² Cabe aclarar que el artículo 28 Constitucional establece que este derecho no constituye un monopolio. Creemos que esto se debe a que esta explotación exclusiva se caracteriza por la temporalidad.

Los derechos de propiedad intelectual y el acceso a los medicamentos como componente del derecho a la protección a la salud.

cual ha dado como resultado que los precios de algunos productos no sean regidos por las leyes normales del mercado, sino que suben y bajan a discreción de quien tiene el derecho a la explotación exclusiva.

Esto es grave cuando se transporta al campo de los medicamentos porque como ya hemos visto, el derecho a la salud comprende el acceso a ellos sin discriminación por ningún motivo¹³ y en ocasiones, gracias al sistema de patentes, los precios pueden ser tan altos que muchas personas no pueden acceder a ellos por motivos económicos.

El debate sobre la antagonía de los derechos de propiedad intelectual en relación con el ejercicio de otros derechos (de manera especial en el caso de la protección de la salud) ha llevado al planteamiento del problema: ¿Cuál es la naturaleza de los derechos de propiedad intelectual?

Derechos Humanos: alcances, fines y efectos.

1. A La expansión de los derechos.

Los derechos humanos, durante su desarrollo en la historia, se han ido expandiendo poco a poco. Así tenemos que los derechos humanos se han desarrollado de manera acumulativa¹⁴ lo cual significa que una vez que un derecho ha sido reconocido, podrá dejar de tener la misma significación (pues los derechos humanos surgen

¹³ "Toda persona tiene derecho..."

¹⁴ Carbonell, Miguel, *Una historia de los Derechos Fundamentales*, 1ª edición, UNAM/Porrúa/CNDH, México, 2005, pp. 9

como una respuesta a las necesidades completas de una sociedad en un tiempo y espacio determinado) pero no dejará de ser identificado como un derecho. En este sentido, con el paso del tiempo, se ha dado una expansión de los derechos.

Hay quienes sostienen que se han trivializado los derechos humanos, es decir que prácticamente este discurso es utilizado para todo y lo grave de esta tendencia es que se han desatendido o se han considerado en un segundo plano violaciones verdaderamente graves que vulneran derechos importantísimos para la dignidad humana¹⁵.

También los derechos de propiedad intelectual se han expandido, sobre todo a raíz del Acuerdo sobre ADPIC.

2. La finalidad de la protección y los efectos que produce.

La protección que se concede a las invenciones, tanto a nivel internacional como a nivel interno, tiene la finalidad de fomentar la actividad intelectual, así como el reconocimiento de la misma. La misma Ley de la Propiedad Industrial en su artículo segundo establece que entre los objetivos de esta ley se encuentran "promover y fomentar la actividad inventiva de aplicación industrial, las mejoras técnicas y la difusión de

¹⁵ Como ejemplo ilustrativo de este fenómeno se encuentra un caso, citado por Volver Heins ("Human Rights Intellectual Property, and struggles for recognition", *Huan Rights Review*, EUA, Springer, vol. 9, núm. 3, septiembre 2008, pp. 213-232): En British Columbia en Canadá, de una mujer que presentó una queja ante el Tribunal de Derechos Humanos de ese Distrito en contra de la Asociación Local de Jockey, porque no permitió que su hija de 14 años de edad se cambiara en el mismo vestidor que sus compañeros varones. El tribunal decidió que en efecto era una injusticia y una violación a los derechos humanos que existieran vestidores separados.

Los derechos de propiedad intelectual y el acceso a los medicamentos como componente del derecho a la protección a la salud.

conocimientos tecnológicos dentro de los sectores productivos” así como “propiciar e impulsar el mejoramiento de la calidad de los bienes y servicios en la industria y el comercio, conforme a los intereses de los consumidores”. Esto quiere decir que, aunque su efecto directo es otorgar a una persona la explotación exclusiva sobre un producto, invención o procedimiento de manera temporal, su razón de ser no es excluir a las personas del acceso o la explotación de recursos, sino que este sistema de protección fue creado para que la sociedad pudiera beneficiarse de la innovación científica o tecnológica para cubrir mejor sus necesidades.

Pero evidentemente cuando hablamos de una explotación exclusiva, hablamos de que se está bloqueando la posibilidad de que exista competencia para los productores-vendedores de algún producto. Esto tiene un efecto indirecto: el precio del producto queda a discreción de la persona titular de la patente o marca (o cualquier otra modalidad de propiedad intelectual) lo cual puede llegar a afectar la asequibilidad del producto.

los de propiedad intelectual se crean para cubrir una necesidad, pero los primeros otorgan una inmunidad que permite a los titulares de ese derecho que no se altere su necesidad y un poder que les permite crear o modificar su derecho y limitar los derechos de los demás, lo cual no sucede en el caso de la propiedad intelectual pues, como veremos, se han previsto algunas flexibilidades para que pueda cumplirse con la finalidad para la cual se creó este sistema de protección: el beneficio de la sociedad y la transferencia de tecnología.

A nuestro parecer, la propiedad intelectual no es parte del derecho a la propiedad ya que, aunque es oponible a un sujeto pasivo universal, las obras del intelecto traen consigo un beneficio a la sociedad no así la propiedad privada¹⁶. Esto significa que tiene como finalidad facilitar o mejorar algo a nivel social y por eso estos sistemas deben permitir que todos podamos disfrutar de esos beneficios. Para este autor y para nosotros, los derechos de propiedad intelectual están basados en la idea, no de restringir, sino de divulgar el conocimiento y sus beneficios en la sociedad.

La Propiedad de la creación.

1. Propiedad industrial y derecho a la propiedad

La propiedad privada otorga una inmunidad (y en ocasiones un poder) al titular del derecho. A diferencia de estos, los derechos de propiedad intelectual, no otorgan inmunidades ni poderes y es aquí en donde podemos advertir que radica la diferencia: tanto los derechos de propiedad como

2. Las flexibilidades del Acuerdo sobre los ADPIC

Es por eso que el acuerdo sobre los ADPIC prevé algunas excepciones, es decir que no es completamente rígido sino que contempla que en ciertos ámbitos, como es en el caso concreto la protección de la salud, la sociedad necesita beneficiarse de la tecnología existente para no afectar otros derechos. Ejemplos de ello es que el

¹⁶ Según las teorías que impulsaron la socialización del derecho como la de Duguit, la propiedad tiene una función social, lo cual justifica la prevalencia del bien común sobre la propiedad individual. Esto es distinto a un beneficio social.

Los derechos de propiedad intelectual y el acceso a los medicamentos como componente del derecho a la protección a la salud.

artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC señala que los miembros “podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población, o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo” y que “podrá ser necesario aplicar medidas apropiadas, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo, para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología”.

El artículo 27 del mismo acuerdo, en su párrafo segundo faculta a los Estados para “excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente, siempre que esa exclusión no se haga meramente porque la explotación esté prohibida por su legislación”.

Aparentemente la industria farmacéutica (entre otros sectores de la industria) le ha dado, un significado moral muy alto a la protección de los derechos de propiedad intelectual con el objetivo de mantener sus ganancias.

Sería prudente reflexionar sobre lo que se mencionó acerca de la tendencia de trivializar a los derechos humanos: se está peleando la protección de un derecho de explotación exclusiva, argumentando de que los beneficios económicos (que son impresionantes en el caso de la industria farmacéutica) son indispensables para la innovación tecnológica (lo cual es debatible como veremos a continuación). Pero a nuestro parecer se

está ignorando que hay millones de personas que sufren de enfermedades muy graves que han sido completamente desatendidas. Sería interesante también tomar en cuenta que los beneficios se dan para un número muy reducido de personas.

3. Las patentes y la innovación tecnológica

En la Universidad de Yale en los años noventa, financiados por el National Institute of Health, un grupo de investigadores descubrieron y patentaron un antiretroviral llamado Staduvine. En 1998 concedieron la patente a Bristol-Meyers Squibb, una de las más grandes empresas farmacéuticas a nivel global. Desde entonces Bristol-Meyers vende media dosis de Staduvine a unos \$4.28 dólares (una pastilla de 40 mg) bajo el nombre de Zerit¹⁷. Este es un ejemplo de cómo algunas empresas farmacéuticas ganan millones de dólares con relativamente poca inversión en investigación y desarrollo de nuevos medicamentos.

En lo que sí gastan es en estudios de mercado y desarrollo de nuevas estrategias de penetración. Mientras en los países desarrollados se consumen de manera excesiva medicamentos, por las estrategias de mercadotecnia que utilizan algunas empresas¹⁸, en los países menos desarrollados se sufren enfermedades (algunas de las cuales aún no son curables al día de hoy) que han sido ignoradas, además de que ni siquiera pueden acceder a una

¹⁷ Demenet, Philippe, “Laboratorios que ganan fortuna con el SIDA”, en *Medicamentos: ¿derecho o mercancía?*, 1ª edición, Aún creemos en los sueños, Chile, 2006, pp.45-54

¹⁸ “Las estrategias de marketing de las más grandes empresas farmacéuticas se dirigen ahora a los sanos de manera agresiva.” Cassels, Alan et Moynihan, Ray, “Comerciantes de enfermedades”, en *Medicamentos: ¿derecho o mercancía?*, 1ª edición, Aún creemos en los sueños, Chile, 2006, pp. 7-13.

Los derechos de propiedad intelectual y el acceso a los medicamentos como componente del derecho a la protección a la salud.

atención médica básica de calidad y evidentemente ni hablar del acceso a los medicamentos básicos.

Conflicto entre el derecho a la salud y la protección a la industrial.

1. Los más vulnerables

Como hemos mencionado con anterioridad, existen enfermedades que afectan primordialmente a personas que viven en extrema pobreza en los países en desarrollo, particularmente en zonas rurales.

Generalmente estas enfermedades existen cuando los derechos a la salud, educación y vivienda, entre otros, no se encuentran garantizados por el Estado.

Estas enfermedades son causa y consecuencia de estas violaciones, es una especie de círculo vicioso. La falta de garantía de algunos de los derechos mencionados causa la vulnerabilidad de ciertos grupos y los hacen propensos a caer en estas enfermedades; por otro lado las personas que padecen de estas enfermedades son víctimas de violaciones a sus derechos humanos a causa de estos padecimientos como es el caso del derecho a la vida, al trabajo, a la no discriminación, etc.

Además, estas enfermedades causan, en los países menos desarrollados, un problema a nivel económico debido a que hay una baja productividad y se erogaron cantidades muy grandes para controlar su propagación y procurar la atención médica necesaria, que no es suficiente.

El desarrollo de tratamientos y medicamentos para algunas de estas enfermedades no se ha fomentado en gran parte debido a que no

generarían grandes ganancias, ya que en general las poblaciones afectadas son las más pobres y marginadas. Algunos tratamientos que existen requieren que las enfermedades sean detectadas a tiempo, lo cual es difícil cuando no se tiene acceso a servicios médicos básicos para este efecto, además de que la población no se encuentra bien informada sobre la prevención de enfermedades.¹⁹

La Organización Mundial de la Salud publica cada dos años una lista modelo de medicamentos esenciales desde 1977 que consta de los mínimos medicamentos necesarios para un sistema básico de atención de salud, invitando a los Estados miembros a adoptar una lista similar a nivel interno. En esta lista se incluyen medicamentos para tratar muchas enfermedades que son frecuentes en países menos desarrollados o en desarrollo, como el Paracetamol que se emplea para aliviar el dolor y la fiebre en los casos de Dengue, enfermedad que presenta de 50 a 100 millones de casos anuales a nivel mundial y 250 000 a 500 000 casos de dengue hemorrágico por año (no existe actualmente una cura para esta enfermedad). El problema se agudiza por el hecho de que el 50% de la población mundial vive en las zonas propensas a ser infecciosas y que, al mismo tiempo, representa a los países más pobres del planeta.

También se encuentran en esta lista el Albendazol para la Filiarisis linfática que presenta anualmente 5 644 000 casos a nivel mundial; el Praziquantel para la Schistosomiasis; Clofazimina, Dapsona y Rifampicina para la Lepra (700 000 casos anuales), y ésta última también es útil para curar la Úlcera de Buruli; Antimonio de meglumina para la

¹⁹ Hunt, Paul, "Neglected diseases" *Special topics in social, economics and behavioural research no. 6*, World Health Organization, France, 2007

Los derechos de propiedad intelectual y el acceso a los medicamentos como componente del derecho a la protección a la salud.

Leishmaniasis (2 357 000 casos anuales) y la Pentamidina para la Tripanosomiasis (1 598 000 casos anuales), entre otros.²⁰ Estas enfermedades tienen en común que su distribución se concentra generalmente en países africanos y latinoamericanos en zonas generalmente rurales.

Esta lista debería ser tomada por los países como ejemplo para otorgar licencias obligatorias²¹ sobre algunos medicamentos para proteger la salud.

2. La Declaración de Doha

En 2001 en Doha, Qatar, se llevó a cabo la Declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud Pública. En su párrafo tercero reconoce que, aunque la protección de la propiedad intelectual es importante para el desarrollo de nuevos medicamentos, existe una preocupación con respecto a sus efectos sobre los precios. En su párrafo cuarto señala que el Acuerdo sobre los ADPIC no debe impedir que los miembros adopten medidas para la protección de la salud pública y que, por el contrario, este acuerdo deberá ser interpretado y aplicado de manera que apoye el derecho que tienen los miembros de la OMC de promover el acceso a los medicamentos y otras

²⁰ 15ª Lista modelo de Medicamentos Esenciales de la OMS, Marzo, 2007. En línea: <http://www.who.int/medicines/publications/essentialmedicines/en/indez.html>

²¹ Por licencias obligatorias se entiende el permiso que da un gobierno para producir un producto patentado o utilizar un procedimiento patentado sin el consentimiento del titular de la patente. Se trata de una de las flexibilidades que permite en lo que respecta a la protección de las patentes, el Acuerdo sobre los ADPIC. Otra de las flexibilidades que deben tomarse en cuenta son las importaciones paralelas, que consisten en importar un producto de una marca cuyo precio es menor en otro país para poder bajar el precio en el país que importa.

medidas para la protección de la salud, reafirmando el derecho de los miembros de la OMC de utilizar al máximo las disposiciones del Acuerdo que prevén flexibilidades para este efecto.

El párrafo séptimo reafirma el compromiso que deben guardar los países desarrollados de fomentar la transparencia de tecnología para con los países menos adelantados. Además otorga un plazo a los países menos adelantados para que cumplan con algunas disposiciones del acuerdo.

El acuerdo sobre los ADPIC, en sus disposiciones transitorias y de manera específica en el artículo 66, señala que a los países menos adelantados se les otorgará un plazo mayor para cumplir con las disposiciones del acuerdo.

El Consejo General de los ADPIC adoptó el 8 de julio del 2002 una decisión suspendiendo, hasta enero del 2016, la aplicación de las obligaciones de los países menos adelantados respecto a los productos farmacéuticos.

El párrafo que se ha considerado más relevante de esta declaración es el párrafo 6, que reconoce que algunos miembros de la OMC tienen capacidades insuficientes o inexistente de fabricación en el sector farmacéutico y, dado que en principio, en las licencias obligatorias, se permite la producción de la copia genérica principalmente para el mercado interno y no para la exportación, podrían encontrarse con algunas dificultades para hacer uso efectivo de ellas. En este párrafo se encomienda al Consejo de los ADPIC que encuentre una pronta solución a este problema.

En respuesta a esto, el Consejo General de los ADPIC formuló una decisión el 30 de Agosto de 2003, por medio de la cual se establece un mecanismo para que ciertos países que tengan dificultades para hacer uso efectivo de las licencias obligatorias, puedan notificar al Consejo su intención de utilizar el sistema de ADPIC como importador en casos de urgencia nacional. En el

Los derechos de propiedad intelectual y el acceso a los medicamentos como componente del derecho a la protección a la salud.

párrafo séptimo de esta decisión se reconoce la conveniencia de promover la transparencia de tecnología y la creación de capacidad en el sector farmacéutico con el objeto de resolver el problema que fue planteado en el párrafo 6 de la Declaración de Doha.

Por otro lado, en la conferencia ministerial de 1999 que se llevó a cabo en Seattle, USA, durante el tercer periodo de sesiones de la OMC se señaló lo siguiente²²:

El párrafo 2 del artículo 66 del Acuerdo sobre los ADPIC se concibió para compensar las dificultades impuestas por el nuevo régimen de propiedad intelectual. Por consiguiente sus disposiciones deben aplicarse de forma que se fomente la movilización de la ciencia a favor del desarrollo. Los países más pobres experimentan dificultades específicas en los que respecta a climatología, suelo, agricultura, sanidad básica y enfermedades tropicales que únicamente pueden resolverse mediante un flujo constante de conocimientos específicos. Las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC no deberán impedir el acceso rápido y económico a los medios de producción de medicamentos esenciales y otras medicinas necesarias para hacer frente a los principales sufrimientos de las poblaciones de los países más pobres. Además del Acuerdo existente sobre los ADPIC serían de ayuda nuevos instrumentos jurídicos que tuviesen presente la parte debida de tecnología básica y los intereses razonables de los propietarios de patentes y derecho de autor para superar el desfase tecnológico.

Los países menos adelantados, tienen el deber y el derecho de aprovechar al máximo las flexibilidades que se otorgan en el acuerdo así como los plazos que se les han concedido por otros instrumentos

internacionales para garantizar la protección de la salud.

En los instrumentos que acabamos de analizar, se defiende la transferencia de tecnología para beneficio de la sociedad, considerando, de manera acertada a nuestro parecer, a los medicamentos y la tecnología farmacéutica como un bien universal. El hombre, como ser social, debe buscar el bienestar de sus iguales además de que necesita que sus iguales busquen de igual manera su bienestar.

3. Derechos de Propiedad Intelectual y derechos humanos

Hay dos derechos que entran en controversia. Es importante atender a la naturaleza de ambos derechos para establecer, en el caso concreto del acceso a los medicamentos, cuál debe prevalecer.

Respondiendo a la pregunta inicial ¿Cuál es la naturaleza de estos derechos de propiedad intelectual? Creemos que, a diferencia de los derechos humanos, los derechos de propiedad intelectual son, como lo establece el mismo acuerdo de los ADPIC, una herramienta que tiene como finalidad promover la innovación tecnológica y generar un bienestar social, así como reconocer o premiar a las personas que contribuyen a la sociedad de esta manera. Por otro lado, los derechos humanos protegen a la dignidad humana.

Mientras que estos últimos son oponibles por su titular a todo el mundo, los derechos humanos son “a favor de todo el mundo”, es decir, que toda persona es titular de ellos y mientras que los derechos humanos están basados en la moral conforme a la cual se moldea (o debe moldearse) la ley, los derechos de propiedad intelectual tienen

²² Declaración de Monseñor Osvaldo Neves de Almeida, Jefe de Delegación de la Santa Sede

Los derechos de propiedad intelectual y el acceso a los medicamentos como componente del derecho a la protección a la salud.

un origen completamente contrario ya que surgen de la ley y se han moralizado con el tiempo²³.

CONCLUSIONES

En relación a lo expuesto, consideramos que, aunque en realidad no se solucionaría todo el problema de salud a nivel mundial simplemente restringiendo la explotación exclusiva que otorgan las patentes en cuanto a los medicamentos, si representa un avance para hacer asequibles a más personas los medicamentos necesarios para su tratamiento, además de que consideramos que debería vigilarse que la inversión de los recursos que se obtienen por la protección de las patentes sea la necesaria para otorgar un reconocimiento a quien realizó la actividad inventiva, pero también sea utilizada para el desarrollo de medicamentos para enfermedades que aunque no son comercialmente importantes, si lo son a nivel mundial. Creemos que en este caso, como en todos, lo más importante es y será siempre proteger la dignidad humana, que en este caso solamente se encuentra considerada dentro del derecho a la protección de la salud.

²³ Esta observación la hace Volver Heins en el artículo que ya hemos citado.