

Acceso a medicamentos y propiedad intelectual: un conflicto de derechos*

MARIO A. PINZÓN CAMARGO**
mario.pinzon@uexternado.edu.co

RESUMEN

El objetivo del artículo es abordar el debate relativo a la garantía del derecho a la salud, materializado en el acceso a medicamentos y el sistema de patentes, como una manifestación de un sistema ideado para la protección y promoción del conocimiento innovador. Para ello, este ensayo se ha dividido en dos secciones. La primera de ellas aborda la noción del conflicto de derechos en donde se lleva a cabo una aproximación desde el punto de vista económico teórico, la cual es contrastada con algunos fenómenos que dan cuenta de este fenómeno en el nivel fáctico.

En la segunda sección, se examinan algunas soluciones ideadas para dar alcance a las disparidades que se generan en torno al acceso a medicamentos y la protección de las patentes; a su vez, se presenta una alternativa orientada a la creación de una Bolsa Global de Recompensas en Innovación y Desarrollo (BGRID), similar a la estructura de la buena bolsa propuesta por GUIDO CALABRESI, para el pago de recompensas por innovación y desarrollo, la cual tiene su sustento en las ideas de autores como JOSEPH

STIGLITZ, TIM HUBBARD, JAMES LOVE, STEVEN SHAVELL y TANGUY VAN YPERSELE.

Palabras clave: Propiedad intelectual, patentes, acceso a medicamentos, salud.

I. LOS CONFLICTOS DE DERECHOS: APROXIMACIONES DESDE LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA

a. Algunas consideraciones teóricas

El cumplimiento de las obligaciones y deberes asociados a los derechos usualmente, y de manera errónea, se han clasificado de acuerdo a si pueden ser considerados como positivos o negativos. Ello ha implicado en el primer caso, la existencia de prestaciones por parte del Estado en aras de proveer los medios materiales necesarios para garantizar el cumplimiento del derecho, mientras que en el segundo caso se asume que el papel del garante del derecho se materializa en un deber de abstinencia, a partir del cual se pretende evitar cualquier intromisión en la órbita de influencia del derecho.

Sin embargo, un análisis de los medios necesarios a través de los cuales se proveen

las condiciones materiales para el cumplimiento o garantía de cualquier tipo de derecho, por ejemplo el derecho a la salud (que se podría clasificar como positivo) o el derecho a protección de la propiedad intelectual (que se podría clasificar como negativo), delinean un escenario en donde resulta imperioso para el Estado ejecutar tanto, una serie de inversiones asociadas de manera directa o indirecta con la meta de facilitar el cumplimiento de cada derecho, así como también establecer límites de abstención respecto del mismo.

De acuerdo como lo plantea JEREMY WALDRON, el cumplimiento de un derecho puede implicar "(...) generar obligaciones negativas y positivas; algunas requerirán omisiones mientras otras requerirán acciones y los consiguientes recursos necesarios. Esto quiere decir que es definitivamente imposible señalar que un derecho es puramente negativo (o puramente positivo)"¹.

Es en este contexto, en el que no existen derechos totalmente positivos o negativos, donde surgen escenarios en los cuales la guarda de un derecho o más, puede verse amenazada por la insuficiencia o inexistencia de recursos o acciones necesarias que patrocinen tal acción; lo cual hace que se manifieste el surgimiento de un conflicto latente, bien sea al interior del mismo derecho, o entre dos o más derechos diferentes².

De esta manera, y siguiendo a WALDRON, "Cuando se dice que los derechos entran en conflicto, lo que de verdad se quiere expresar es que las obligaciones que éstos generan son incompatibles entre sí. Si se toman dos personas, A y B, se podría decir que sus derechos se encuentran en conflicto cuando algún interés de A es suficientemente importante en sí mismo como

para justificar el sometimiento de alguna persona, digamos C, a una obligación que para C no sería posible cumplir si cumpliera a su vez con otra obligación, la cual estuviese justificada en un importante interés de B (...) entonces nos estaríamos enfrentando a un conflicto de derechos siempre que los dos, A y B, están en dificultades y solo haya recursos para rescatar a uno de ellos"³.

En este orden de ideas, la necesidad de elegir entre cual de los dos derechos proteger, más aún al tratarse de manera puntual del acceso a medicamentos y protección a la propiedad intelectual, permiten trasladar la discusión al terreno de la escases de recursos a partir del cual el paradigma de la economía neoclásica ha desarrollado su construcción teórica.

Así, desde la visión neoclásica de la economía esta puede ser definida, siguiendo a LIONEL ROBBINS, como "(...) la ciencia que estudia la conducta humana como una relación entre fines y medios limitados que tienen diversa aplicación"⁴, lo cual en otras palabras puede plantearse como la ciencia que estudia la asignación de recursos escasos en relación con su finalidad más productiva.

De esta manera, la escases de recursos en relación con un conflicto de derechos se puede manifestar en aquellos escenarios de toma de decisiones en los cuales el Estado debe decidir cómo usar los recursos escasos que posee para la guarda de un o unos derechos, implicando con ello su posible afectación en relación con su cumplimiento, al estar supeditado a una restricción presupuestal que condiciona el uso de recursos, en principio, a sus usos más valiosos.

Ahora bien, confrontando las ideas anteriores con el conflicto propuesto entre acceso a medicamentos y el sistema de patentes,

es posible presentar algunas consideraciones que facilitan aplicar el concepto de escasos inmerso en la definición de la económica, conjuntamente con la interpretación desarrollada por JEREMY WALDRON entorno a los conflictos de derechos que se están analizando.

De manera puntual, el acceso a medicamentos como una manifestación del derecho a la salud presenta un conflicto en su cumplimiento como consecuencia del sistema de promoción e innovación de conocimiento sustentado en el uso de patentes, por cuanto que el uso de este mecanismo se materializa a través de una especie de impuesto al consumo, el cual distorsiona los precios de mercado y provoca barreras de acceso efectivo de los bienes.

Visto de otra forma, este conflicto implica una trasgresión al acceso a medicamentos tanto desde la interpretación "negativa" de un derecho, así como desde una "positiva". El primer escenario podría plantearse como la abstención que debe pesar sobre cualquier agente en relación a la imposibilidad de generar barreras que afecten el acceso a medicamentos, en cuanto que éstos son un elemento fundamental para alcanzar el goce pleno del derecho a la salud y por tanto, del derecho a la vida.

De otro lado, la lectura que puede realizarse desde la visión de los derechos positivos, plantea un conflicto que se origina por la necesidad de aumentar el gasto, tanto por parte del Estado como por particulares, para poder acceder a medicamentos, lo cual en un escenario de recursos escasos provoca que muchos agentes deben abstenerse de acceder a este bien, esto a causa de su restricción presupuestal⁵.

No obstante, no es posible tener un acercamiento objetivo a la comprensión del

conflicto, si no se presentan las razones que podrían explicar el origen de los fenómenos que afectan al derecho a la salud, en el problema que se está examinando. Para ello nos valdremos de dos conceptos económicos ampliamente estudiados, las externalidades y los bienes comunes.

En relación con el primer término, una externalidad puede ser definida como "(...) interdependencias no compensadas ya sea en términos de costos o beneficios no pagadas por individuos a través del funcionamiento espontáneo de los mercados"⁶. Por su parte, los bienes comunes son una categoría de los bienes que se desarrolla a partir del incumplimiento de dos atributos, rivalidad y exclusión, siendo el primero, la característica típica de la mayoría de los bienes, que implica que al ser usado un bien afecta el consumo del mismo por parte de un tercero y el segundo, se relaciona con la capacidad para impedir que un tercero pueda consumir o utilizar el mismo bien.

Dadas estas definiciones, el conflicto de derechos se podría presentar como una situación en donde el resultado del uso de patentes genera externalidades negativas sobre el acceso a medicamentos, como consecuencia del diseño institucional al que responden éstas para generar incentivos a la innovación sobre un bien que es público (no rival y no excluyente), el conocimiento.

Este diseño institucional precisamente es el resultado de la necesidad de generar incentivos para promover la innovación y desarrollo de un bien que desde la economía puede ser clasificado como público, en la medida que no es rival, es decir que su consumo no afecta el potencial consumo de otros actores, así como tampoco es excluyente, queriendo decir con ello que es

imposible, en principio, limitar el acceso al consumo del bien.

Desafortunadamente, este tipo de bienes, los comunes, tienden a ser objeto de comportamientos oportunistas y de ineficiencias en su producción. Así, de acuerdo a como lo presenta JOSEPH STIGLITZ, los bienes públicos, en este caso el conocimiento, padecen de dos fenómenos. De un lado una ineficiencia dinámica, que implica que ante la imposibilidad de excluir a los agentes (por ejemplo vía precios) del consumo de un bien, se socavan los incentivos a través de los cuales se fomenta una producción óptima del mismo.

Esta situación se puede ver fácilmente ilustrada con la aparición de un comportamiento propio de la racionalidad de los agentes, conocido como *free rider* o gorrón, en donde ante la imposibilidad de excluir del consumo de un bien público a los agentes, algunos de ellos buscarán beneficiarse del mismo sin incurrir en ningún costo o pago asociado al usufructo que se desprende del uso del bien.

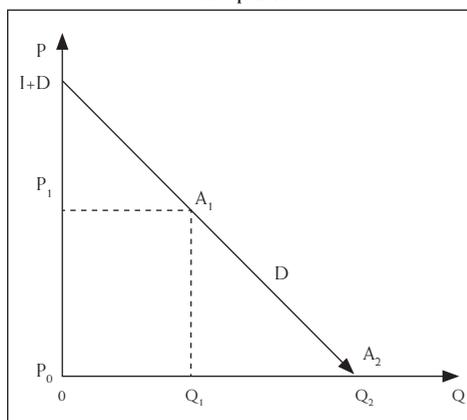
Por otra parte, ante la falta de incentivos para fomentar la producción de los bienes públicos en las cantidades óptimas, usualmente se opta por generar derechos de propiedad que de manera "artificial" cambien la naturaleza del bien público, convirtiéndolo en un bien privado sobre el cual sea posible excluir y simular una situación de escases.

Esta situación desencadena un fenómeno descrito por STIGLITZ como una ineficiencia estática, puesto que "(...) cuando un bien no es rival, no tiene sentido la exclusión desde el punto de vista de la eficiencia económica. Cobrando un precio por un bien que no es rival se impide que algunas personas disfruten de él, aun cuando el consumo del bien no tenga un ningún coste marginal. Por tan-

to, cobrar por un bien no rival es ineficiente porque provoca subconsumo"⁷.

Los fenómenos antes explicados pueden ser ilustrados a través de la siguiente gráfica, en donde se contrasta la cantidad de Investigación y Desarrollo (I+D) en medicamentos con los incentivos a la producción eficiente de los mismos.

Gráfico 1: Ineficiencia dinámica y estática en bienes públicos



Fuente: Elaboración propia a partir del gráfico 6.1 de: STIGLITZ, JOSEPH. *La economía del sector público*, 3ra Edición, Barcelona, ANTONI BOSCH, p. 152.

De acuerdo a la gráfica, la curva de demanda "D" representa la cantidad de nuevo conocimiento, resultado del trabajo en I+D, que los consumidores desearían obtener en función de los precios que se establezcan para incentivar la producción del mismo. En este orden de ideas, al tratarse de un bien público, la no rivalidad implica que el precio marginal de acceder al bien es cero, por tanto los consumidores desearían ubicarse en el punto A_2 , es decir, en donde tienen acceso pleno al bien, sin tener que pagar por el mismo.

Por su parte, para los agentes productivos el punto A_2 no representaría un escenario óptimo, puesto que no contendría

ningún tipo de incentivo para que ellos incurran en inversiones que apoyen la I+D en materia de medicamentos, ya que no tendrían ningún mecanismo para recuperarlas, es decir, se enfrentarían a una ineficiencia dinámica.

En razón a ello y como alternativa para paliar esta ineficiencia, se ha acordado la generación de derechos de propiedad que de manera "artificial" permitan la exclusión del bien a través de precios, para este caso puntual mediante el uso de patentes, lo cual permite que los agentes productivos se ubiquen en el punto A_1 . Lo que generaría a su vez una ineficiencia estática.

Los argumentos que justifican el hecho de tolerar ineficiencias estáticas por parte de la sociedad en el caso de la I+D, giran en torno a la función que desempeña el conocimiento. Así, desde el punto de vista del desarrollo económico, "La razón principal por la que los niveles de vida son más altos hoy se halla en que los conocimientos tecnológicos han avanzado"⁸.

De manera concreta, el impacto del conocimiento producto de I+D se materializa a través de los avances que repercuten en el cambio tecnológico, entendido éste como "(...) los cambios en los procesos de producción o la introducción de nuevos productos o servicios"⁹.

Visto desde un ángulo económico, el cambio tecnológico se incorpora como una de las variables que explican el mejoramiento de la productividad de los factores¹⁰, en donde en ausencia de ésta si bien al aumentar la cantidad de factores que se usan el proceso productivo se obtienen mayores resultados, en el largo plazo se presentarán rendimientos decrecientes.

Es así que al combinarse los factores clásicos de producción, tierra, capital y recur-

sos naturales, con el cambio tecnológico, es posible construir la función de producción agregada (FPA), la cual explica un crecimiento más que proporcional de los rendimientos de los factores productivos en el largo plazo, es decir, "A medida que mejora la tecnología (A) gracias a los inventos o a la adopción de tecnologías extranjeras, este avance permite a un país producir más con el mismo nivel de factores"¹¹. Esta fórmula se expresa de la siguiente forma:

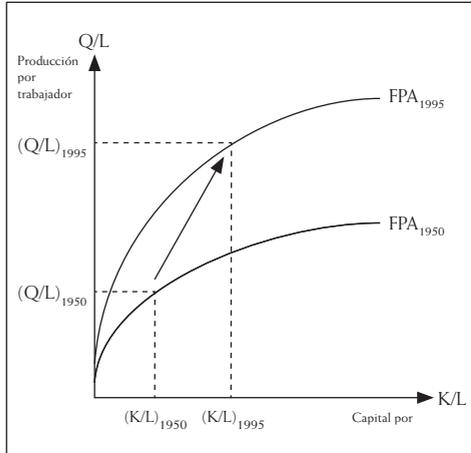
$$= (, ,)$$

Donde Q = producción; K = servicios producidos por capital, L = cantidad de trabajo, R = cantidad de recursos naturales; A = nivel de tecnología de la economía; F = función de producción. En la gráfica 2, es posible representar el efecto del cambio tecnológico en el crecimiento económico, en donde gracias a "(...) los aumentos de la productividad generados por la inmensa variedad de nuevos procesos y productos como la electrónica, las computadoras, los avances de la metalurgia, la mejora de tecnologías del sector servicios, etc."¹², se ha logrado una mayor eficiencia en la productividad de los factores productivos.

En resumen, es posible decir que la razón por la cual se justifica la ineficiencia estática en la generación de conocimiento, está dada por el aumento en la productividad que se genera gracias a la aplicación de I+D en obtención de nuevo conocimiento, lo cual genera externalidades positivas para la sociedad, en la medida que aumenta los niveles de bienestar y crecimiento económico.

Desafortunadamente, en el caso de acceso a medicamentos, la magnitud de la ineficiencia estática, que se puede repre-

Gráfico 2: Crecimiento Económico por cambio tecnológico



Fuente: SAMUELSON, PAUL A; NORDHAUS, WILLIAM D. *Economía*, 16ta edición, España, McGraw-Hill, 1999, p 520.

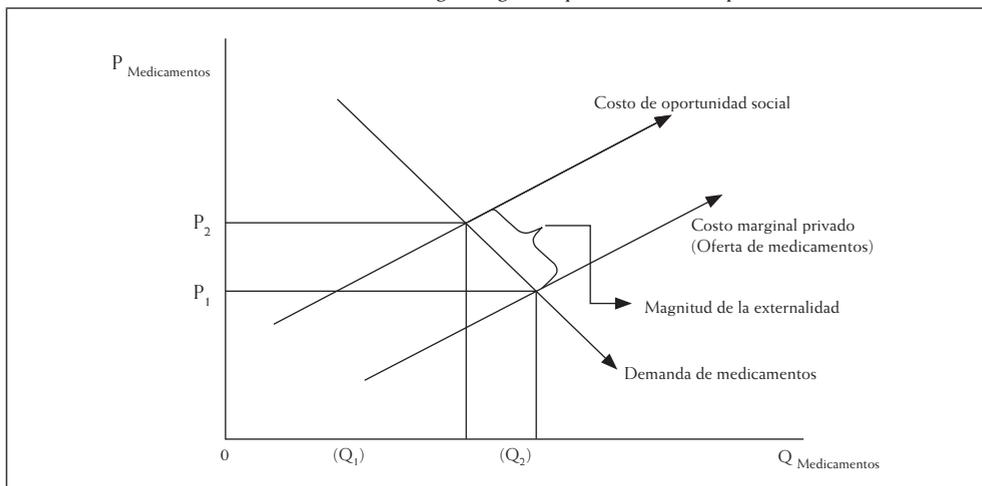
sentar como una externalidad negativa, está generando costos que la sociedad está cada vez menos dispuesta a soportar y que a todas luces resulta ser inaceptable al comprometer de manera directa la supervivencia de los individuos.

Para entender un poco mejor la idea anterior, se hará uso de la siguiente gráfica la cual ilustra la ocurrencia de una externalidad negativa, que para los efectos de este documento resulta ser la situación que se presenta entre el efecto que genera el sistema de patentes, como mecanismo para fomentar I+D y su efecto sobre el acceso a medicamentos.

En la gráfica 3, se observa el tamaño de la externalidad que genera el sistema de patentes en el acceso a medicamentos y que es representada por el segmento de recta ubicado entre los puntos P_1Q_2 y P_2Q_1 , el cual señala la diferencia entre el costo marginal privado y el costo de oportunidad social, que básicamente ilustra una situación en donde la sociedad debe asumir efectos involuntarios generados con ocasión de la actividad del agente privado.

Esta divergencia se explica a su vez por la estructura institucional que configura el sistema de patentes a través del cual se pretende incentivar la producción de nuevo

Gráfico 3. Externalidad negativa genera por el sistema de patentes



Fuente: elaboración propia.

conocimiento. De manera simple se puede representar por una estructura de monopolio, tal y como se presenta en la siguiente gráfica.

En la gráfica se observa el funcionamiento de un monopolio, que en este caso se justifica como una alternativa para dar respuesta a la necesidad de generar incentivos para la producción de I+D, que facilite la obtención de nuevo conocimiento susceptible de ser aplicado a la producción de nuevos medicamentos.

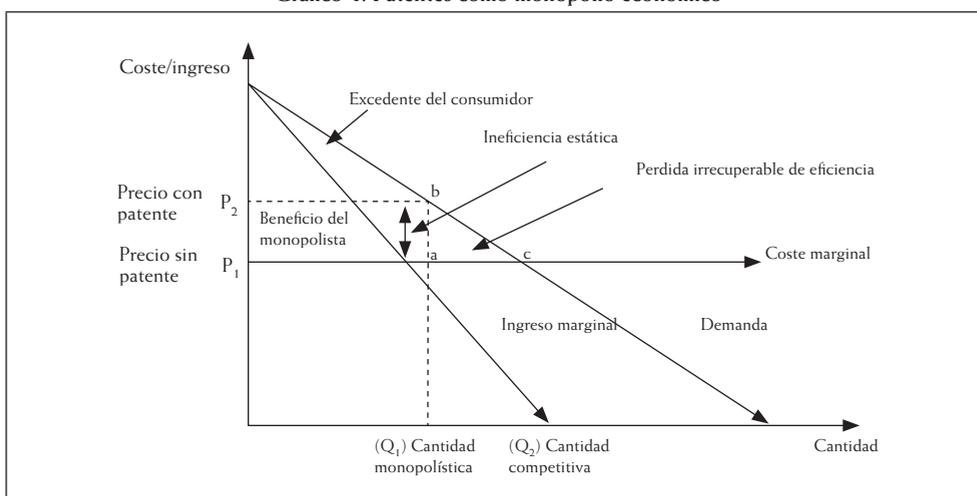
De acuerdo a la gráfica, la patente confiere al empresario innovador la posibilidad de ubicarse en un punto de equilibrio no competitivo representado por el punto "b", en donde podrá vender a una cantidad Q_1 inferior a la de competencia Q_2 , y a su vez, a un precio P_2 superior al de competencia P_1 , en contraprestación o como incentivo para que lleve a cabo su actividad de innovación y desarrollo.

Asociado a ello, se encuentra la aparición de fenómenos como la ineficiencia

estática de la que se ha venido hablando y que es representada por el segmento de recta ab , y que se explica porque "Como un monopolio cobra un precio superior al coste marginal, no todos los consumidores que conceden al bien un valor superior a su coste lo compran. Por lo tanto, la cantidad producida y vendida es inferior al nivel socialmente eficiente"¹³.

Sumado a lo anterior, se observa la pérdida irre recuperable de eficiencia del monopolio, demarcada por la región abc , que representa el excedente total que se pierde con ocasión de la estructura monopolística, es decir, representa las transacciones que no se pueden llevar a cabo en el mercado, lo cual desde la visión de los consumidores representa aquellas situaciones en donde a pesar de existir personas interesadas en adquirir medicamentos a precios incluso superiores al costo marginal, no lo pueden hacer dada su restricción presupuestal, implicando que tengan que desistir de la compra.

Gráfico 4. Patentes como monopolio económico



Fuente: elaboración propia.

b. Aspectos fácticos del conflicto de derechos

Al explorar la manifestación del conflicto propuesto dentro de la realidad actual, se puede decir que éste surge cuando se reconoce que de nada sirve contar con un derecho a la salud, entendido como "(...) un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades"¹⁴, "(...) si no se tienen los medios para alcanzarlo o si, por alguna circunstancia, se limita el derecho (...). Y esto se refiere específicamente al derecho de cada persona al acceso a los medicamentos"¹⁵.

Esta posición es ratificada por la OMS al considerar "(...) que el acceso equitativo a unos medicamentos seguros y asequibles es de importancia vital para que todo el mundo goce del grado máximo de salud que pueda lograr"¹⁶. Desde el punto de vista presupuestal esta situación puede ser bien ilustrada si se tiene en cuenta que según "Diversos estudios publicados y las cuentas sanitarias nacionales confirman que el gasto farmacéutico en los países en desarrollo representa entre el 25% y el 65% del gasto sanitario total público y privado, y entre el 60% y el 90% del gasto directo de los hogares en salud"¹⁷.

Sumado a lo anterior, se encuentran evidentes disparidades en cuanto a la igualdad de oportunidades para poder acceder tanto a medicamentos como a tratamientos en salud, lo cual se puede apreciar en la siguiente cita:

"Las desigualdades son muy llamativas. En los países desarrollados puede haber un farmacéutico por cada 2000 ó 3000 personas. Un ciclo de antibióticos para curar una neu-

monía se puede adquirir por el equivalente del salario de dos o tres horas. Un año de tratamiento de la infección por el VIH cuesta el equivalente de cuatro a seis meses de salario. Y la mayor parte del gasto en medicamentos es reembolsado.

En los países en desarrollo puede haber sólo un farmacéutico por cada millón de personas. Un ciclo completo de antibióticos para curar una neumonía común puede costar el salario de un mes. En muchos países, un año de tratamiento para el VIH, si se comprara, consumiría el equivalente de treinta años de ingresos. Y la mayoría de las familias tienen que comprar las medicinas con dinero de su bolsillo"¹⁸.

Estas disparidades y en general, el conflicto que debe afrontar el derecho a la salud para lograr su cumplimiento, en el caso concreto del acceso a medicamentos, surgen a partir de la adopción de un mecanismo institucional generalizado tendiente a salvar la eficiencia dinámica que padece la producción de conocimiento a expensas de la generación de ineficiencia estática.

Si bien, las colisiones entre los derechos señalados ya venían presentándose como consecuencia de los múltiples regímenes de propiedad intelectual que existían hasta finales de los años 80's, fue con la adopción del Anexo 1C de la OMS que se hicieron evidentes las deficiencias del sistema. Éste impuso una estandarización mínima del período de protección para una patente, así según el artículo 33 del documento referido se tiene:

"Artículo 33 Duración de la protección
La protección conferida por una patente no expirará antes de que haya transcurrido un

período de 20 años contados desde la fecha de presentación de la solicitud¹⁹.

La introducción de esta regla de juego implicó un cambio institucional fuerte en cuanto que unificó a la luz de un solo criterio el funcionamiento parcial de los regímenes de propiedad intelectual que tendrían que aplicarse al 80% de los países que hacen parte de Naciones Unidas, es decir, a 153 estados.

Los efectos que esta institución desencadena sobre el acceso a medicamentos se manifiestan en tres fenómenos. El primero, de ellos corresponde a la distorsión en los precios de los medicamentos como consecuencia de la protección de la patente, como fundamento para estimular la innovación y desarrollo; el segundo, se desprende del comportamiento oportunista de los agentes, que apoyándose en una regla de juego que establece mínimos, buscan aumentar los períodos de protección para favorecerse de la explotación de rentas monopolísticas; y finalmente, una clara orientación de la investigación a aquellas enfermedades que garantizan tasas de retorno positivas para los laboratorios que adelantan la I+D.

La primera de las situaciones planteadas se puede evidenciar al analizar los costos en los que se incurren para desarrollar un nuevo medicamento. Entorno a ello existen diferentes versiones, así, mientras que las compañías sostienen que se requiere una inversión entre \$800 y \$900 millones de dólares²⁰, algunos estudios como los de la ONG Public Citizen o de la fundación sin ánimo de lucro TB Drug Development, sugieren que la inversión puede estar por el orden de los \$110 millones²¹, o entre los \$115 y \$240 millones de dólares²², respectivamente.

Esta disparidad en las cifras denota un problema de opacidad en éste mercado. En esta línea, si consideran como acertadas las cifras presentadas por actores diferentes a los grandes laboratorios, se estaría frente a una situación en donde el monto en el que se debe incurrir para desarrollar una nueva medicina representa aproximadamente el 30% del valor que declara la industria farmacéutica.

Esta amplia diferencia en los costos estimados para desarrollar un nuevo medicamento es explicado, según MERILL GOZNER, porque "Los académicos financiados por la industria nunca excluyeron la investigación de imitaciones. No tomaron en consideración el costo de desarrollar la versión enantiomérica de recematos²³ cuyo único propósito es extender la patente de un medicamento. Nunca consideraron el desperdicio de recursos cuando un presupuesto de investigación de la industria cubre estudios clínicos cuyo único propósito es lograr que los médicos formulen su medicamento en lugar de otro"²⁴.

De otra parte, al analizar el comportamiento oportunista de los agentes frente a la regla que establecida en la OMC, en lo concerniente al intento de ampliar los plazos de protección más allá de los 20 años, este se ve claramente reflejado, por ejemplo, en el caso de los Estados Unidos, quien "(...) cuando terminó la Ronda de Uruguay, (...) no considera que las normas de protección de la propiedad intelectual previstas en el acuerdo sobre los ADCIP eran necesariamente adecuadas y decidió seguir buscando un nivel más alto de protección por otros medios, incluidos sus propios procedimientos con arreglo al artículo 301 de su Ley de Comercio Internacional"²⁵.

El comportamiento descrito luego se manifestaría en una tendencia denominada *ADPIC Plus*, la cual implica el establecimiento de regímenes de protección a través de negociaciones bilaterales o multilaterales, superiores a los acordados en el Acuerdo de la OMC²⁶.

En relación a la orientación de las investigaciones a aquellos proyectos que implican tasas de retorno positivas para los laboratorios, es posible observar como en un estudio realizado por TIM HUBBARD y JAMES LOVE, en relación a 1035 "nuevas" drogas aprobadas por la Federal Drug Administration (FDA) en el período de 1989 a 2000, tan solo el 23% presentó un avance terapéutico y menos del 1% de estos medicamentos respondía al tratamiento de enfermedades huérfanas, siendo así el 76% restante relacionado con avances terapéuticos marginales o poco considerables²⁷.

Finalmente, dentro de este comportamiento oportunista, el cual no debe ser entendido en un sentido peyorativo sino como una manifestación de la racionalidad de los agentes, se evidencia la proliferación de estrategias de investigación orientadas a la obtención de medicamentos que se han catalogado como *BLOCKBUSTER* y *ME-TOO*, en donde los primeros identifican a aquellos medicamentos que representan ingresos anuales iguales o superiores a 1 billón de dólares²⁸, los cuales usualmente están constituidos por drogas *ME-TOO*, definidas estas "(...)" de manera muy concreta como las drogas con las cuales se tienen más o menos idénticos resultados clínicos que las drogas pre existentes, las drogas yo también son probablemente de poco valor verdadero, en este caso la intención real es intentar socavar la protección de patentes, aún sin proveer muchos beneficios a la competencia de precios²⁹.

Así, la adopción de un mecanismo que abiertamente sacrifica la eficiencia estática para mantener la dinámica, el cual al materializarse a través del sistema de propiedad intelectual y en particular del sistema de patentes, ha provocado una falla en la calibración de incentivos entre los resultados esperados en materia de I+D en medicamentos y las razones para llevar a cabo las investigaciones, lo cual se manifiesta entre otros, en los tres fenómenos antes descritos.

II. EN BUSCA DE LA CONCILIACIÓN DEL CONFLICTO: SOLUCIONES NORMALES Y ALTERNATIVAS INNOVADORAS

a. Soluciones normales al conflicto de derechos

Al hablar del término *normal*, este debe ser tomado en el sentido expuesto por THOMAS KUHN en su libro *La estructura de las revoluciones científicas*. Allí, una ciencia normal "(...)" significa una investigación basada firmemente en una o más realizaciones científicas pasadas, realizaciones que alguna comunidad científica particular, reconoce, durante cierto tiempo, como fundamento para su práctica posterior³⁰.

En este sentido, una solución normal implicaría una respuesta bastante convencional a un problema que surge en la realidad social, a partir de un grupo de interpretaciones científicas determinadas.

De acuerdo con esto, en relación con el conflicto entre el acceso a medicamentos y el sistema de patentes, es posible interpretar algunas soluciones planteadas al respecto como *normales* en la medida que no presentan un aporte alternativo que propenda por una solución de fondo y que por el contrario buscan mantener el status quo del conflicto.

En este orden de ideas, una de las soluciones más conocidas se condensa en la Declaración Ministerial relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud Pública, generada por la OMC en Doha en 2002. Con esta se pretendió visibilizar las flexibilidades que contenía el acuerdo ADPIC para garantizar el derecho a la salud por parte de los Estados para con sus ciudadanos.

Puntualmente se resaltaban tres mecanismos, el primero de ellos relacionado con la posibilidad de expedir licencias obligatorias, tal y como se establece en el literal *b*, del numeral 5 de la declaración:

"b) Cada Miembro tiene el derecho de conceder licencias obligatorias y la libertad de determinar las bases sobre las cuales se conceden tales licencias"³¹.

El segundo mecanismo resaltado se relaciona con la posibilidad con la que se supone cuentan los países para llevar a cabo importaciones paralelas para hacer frente a emergencias en materia de salud pública. Finalmente, el tercero se relaciona con el aplazamiento de los periodos en los cuales los países menos desarrollados deberían ingresar al sistema ADPIC acogiéndose de manera plena todas las obligaciones que de éste emanan.

De acuerdo a los planteamientos presentados por la Declaración sobre ADPIC y salud pública, esta alternativa para dar solución al conflicto puede ser evaluada como una solución normal, en cuanto que surge a partir de la visión convencional que propone el sistema de propiedad intelectual implícito en el ADPIC y que no resulta ser consecuente con los nuevos problemas y retos que plantea la realidad social de los agentes a quienes se aplica esta visión.

Así, esta alternativa no proporciona una solución de fondo al conflicto, siendo evidente hoy en día que "(...) está aumentando el número de acuerdos bilaterales y de libre comercio que incluyen niveles de protección más elevados que erosiona esas flexibilidades"³², así como siguen aumentando las estrategias tanto para fortalecer el sistema de propiedad intelectual, como hacer burla de éste. De esta manera, se deja en evidencia la fragilidad e incluso la ineficiencia de la estrategia que desde la misma OMC se ideó para conciliar el conflicto de instituciones generado por el mal diseño institucional del sistema ADPIC.

Ahora bien, al considerar la existencia de otras posibilidades para alcanzar una conciliación que proporcione un mecanismo adecuado que calibre los incentivos para I+D en medicamentos, con el acceso a los mismos, es posible dar cuenta de algunos que a continuación serán presentados de manera muy breve y en donde todos coinciden en tratar de formular propuestas que se alejan de un interpretación normal al problema planteado³³.

El primer mecanismo del que se puede hablar es la compra de patentes en subastas públicas. Esta idea desarrollada por MICHEL KREMER, plantea la posibilidad de que las patentes sean puestas en subasta pública por parte de los poseedores de éstas, para que organizaciones no gubernamentales o los Estados oferten por ellas, permitiendo luego que las investigaciones protegidas por las patentes sean puestas en el dominio público y así, disminuir el precio de los medicamentos.

Este mecanismo si bien resulta interesante, posee algunas limitaciones que no lo hacen del todo eficiente para dar respuesta al conflicto en estudio. Estas se relacionan con

problemas de coordinación y cooperación entre Estados en cuanto que si un Estado "a" decide pujar en una subasta hasta ganar la patente de una medicina que resulta de vital importancia para sus nacionales, entonces cuáles serían los incentivos para que luego de una inversión, que podría ser considerable, deje la medicina al dominio público y así, otros países que no aportaron puedan verse beneficiados.

En este sentido, el mecanismo probablemente solo daría respuesta a problemas locales sin ser una solución de fondo que permita a todas aquellas personas afectadas por una enfermedad tener acceso a los medicamentos necesarios para hacer frente a la misma, con independencia de su nacionalidad.

Otra propuesta que ha venido tomando fuerza como una alternativa aparentemente viable es la construcción de fondos y donaciones. En este caso, se busca la consolidación de fondos de capital a partir de donaciones efectuadas por agentes públicos o privados. El objetivo de estas es financiar la investigación de enfermedades puntuales, con el ánimo de dejar los resultados al dominio público de tal suerte que cualquiera pueda hacer uso de ellos.

No obstante, al igual que el caso de las subastas, en esta alternativa la solución no resulta ser de fondo, en cuanto que dependen en gran medida del nivel de altruismo de los individuos que contribuyen al financiamiento de las investigaciones, lo cual produce un alto grado de inestabilidad financiera que puede afectar directamente al proceso de investigación y desarrollo; sumado a lo cual se debe entender que solo se concentran en algunas enfermedades dejando de lado otras que también requieren de atención, como puede ser el caso de las enfermedades huérfanas.

Como tercer mecanismo podemos encontrar las concesiones públicas de explotación de patentes. Este novedoso mecanismo propuesto por AIDAN HOLLIS plantea la posibilidad de permitir que los laboratorios efectúen contratos de concesión con los Estados (por ejemplo, se puede pensar en una inversión de roles en una concesión de infraestructura) para que éstos exploten la patente en un período de tiempo determinado, sujeto a un pago periódico producto del volumen de ventas.

A manera de crítica a esta propuesta, se puede decir que bajo este mecanismo los incentivos se calibrarían de una manera inadecuada en cuanto que si la remuneración por las concesiones está relacionada con el volumen de ventas, entonces los laboratorios se orientarían a investigar aquellas enfermedades que impliquen un mercado importante, dejando nuevamente de lado las enfermedades huérfanas; de otro lado, en el caso que exista más de una alternativa para el Estado, siempre existirá el riesgo de captura; finalmente, no se puede desconocer, como lo plantea el autor, que el mecanismo es susceptible a fallas de financiamiento, como consecuencia de la restricción presupuestal de los estados.

De la mano con estas alternativas, también es posible encontrar algunas otras, que como se ha planteado siguen dentro de la lógica de respuestas normales. Por ejemplo, se encuentran las iniciativas que plantean la necesidad de fortalecer la institucionalidad de los países afectados por el acceso a medicamentos en los términos definidos en el ADPIC, asumiendo que ésta es la causa fundamental del problema, aunado a la necesidad de redefinir aspectos aduaneros, fiscales y de salud pública.

Como resulta apenas evidente, la adopción de reglas tales como el ADPIC, no es garantía de ninguna manera de una solución al problema de acceso a medicamentos, máxime luego de haber explorado los resultados de la Declaración de ADPIC y Salud Pública de la OMC, y teniendo en cuenta las limitaciones presupuestales de muchos de los países que se ven aquejados por esta problemática.

Ahora bien, en cuanto a la organización de los demás aspectos señalados (aduaneros, fiscales, de salud pública, etc.) no se puede desconocer que son importantes para apoyar las estrategias tendientes a garantizar un adecuado acceso a medicamentos, pero no por ello son su solución definitiva, puesto que a través de ellas no se logra morigerar el efecto que tiene la estructura de incentivos adoptada para I+D, es decir, el efecto de la estructura de monopolio que implica las patentes.

En esta misma línea se encuentran alternativas como la discriminación de precios, o la generación de leyes para fomentar la investigación para enfermedades huérfanas, conjuntamente con la colaboración internacional y las compensaciones entre países, todas las cuales presentan limitaciones en materia de discriminación de los usuarios, problemas de financiación en el largo plazo y ausencia de incentivos para la cooperación; así como, la presencia de comportamientos oportunistas. Impidiendo con ello la consolidación de una alternativa real que garantice una solución al conflicto de acceso a medicamentos y el fomento a la I+D en la misma materia.

b. Hacia una Bolsa Global de Recompensas en Investigación y Desarrollo (BGRID)

Con el ánimo de ser propositivo en la búsqueda de una solución no normal para resolver el conflicto de derechos propuesto, a continuación se presenta un modelo que se desarrolla a partir de los trabajos de diferentes autores como JOSEPH STIGLITZ, TIM HUBBARD, JAMES LOVE, STEVEN SHAVELL y TANGUY VAN YPERSELE.

La propuesta se concreta en la construcción de una Bolsa Global de Recompensas en Investigación y Desarrollo (BGRID), la cual es a su vez la consolidación de una política pública global orientada a calibrar los incentivos a la innovación y desarrollo en materia de medicamentos, buscando con esta acceder a precios razonables por parte de aquellas personas que los necesitan y a través de la cual se pretende evitar la situación PARETO ineficiente que refleja el conflicto de derechos en discusión.

Expuesto de otra forma, el conflicto inter derechos actual, se manifiesta en una situación en donde una mejora en favor del acceso a medicamentos o del sistema de propiedad intelectual para fomentar I+D, implica necesariamente una desmejora para su contraparte, es decir, una situación ineficiente en términos de PARETO puesto que se mejora a un individuo (en este caso de un derecho) a expensas de otro; lo cual a su vez devalúa, en los términos de COASE, la naturaleza recíproca de este problema, puesto que no se trata de sacrificar un derecho a expensas del otro, sino de evitar el mayor daño posible.

La construcción de la BGRID parte de la consideración de algunos aspectos de orden axiológico que sustentan la propuesta. En este orden, el mecanismo se orienta a una solución que alcance un superior de PARETO, es decir, que se mejore la situación de una persona o un grupo, sin desmejorar la situación de otro u otros. Para ello, se ha considerado la necesidad salvar la encrucijada planteada por JEREMY WALDRON, respecto de tener que elegir entre una u otra alternativa.

Bajo esta premisa, la alternativa que a continuación se explicará implica una estrategia de implementación orientada a desplazar en el tiempo el sistema de patentes implícito en el ADPIC. Así, se propone presentarla como una opción que de ninguna manera busca socavar la institucionalidad actual y aún menos cambiarla, puesto que como se ha evidenciado en las múltiples rondas de la OMC resulta ser una estrategia poco eficiente y fructífera.

Lo anterior, implica el inicio de un proceso de cambio incremental, que formulará un escenario en donde cada agente innovador podrá elegir entre acudir la BGRID o al sistema de patentes vigente, para compensar su esfuerzo. Así las cosas, la estructura de incentivos que presente la BGRID debe ser lo suficientemente disuasiva como para desestimular el uso de patentes.

Sumado a lo anterior, la BGRID debe a su vez incorporar consideraciones de tipo redistributivo atendiendo un poco a las ideas de JOHN RAWLS, en cuanto que es necesario tener en cuenta que los participantes del mecanismo, en concreto los Estados, deben considerar que están tras el velo de la ignorancia, en cuanto que ninguno de ellos podrá predecir si serán afectados por enfermedades o no.

Lo anterior, implica el intento por el desarrollo de un mecanismo neutral, que facilite que aquellas naciones que cuenten con dotaciones naturales o materiales desfavorables puedan tener alternativas para garantizar la realización de su derecho a la salud (acceso a medicamentos) y por tanto, su derecho a la vida.

Al hablar de manera concreta del mecanismo que se propone, este implica la consolidación de una Bolsa Global de Recursos para Financiar la Investigación de nuevos medicamentos que den solución a las dolencias de la población mundial. En este caso, los pagos por los resultados de investigación se pagarían bajo la modalidad de recompensas o premios, los cuales se asignarían a través de una subasta inversa y condicionados a la eficiencia, eficacia y calidad de los resultados aportados.

Una vez asignadas las recompensas, la información pasaría al dominio público, lo cual también incluiría los datos de prueba, abriendo la posibilidad de una competencia entre productores de medicamentos y evitando con ello caer en la dualidad de premiar eficiencia dinámica a expensas de la estática, o de manera inversa.

El funcionamiento de este fondo estaría en manos de una entidad con amplios conocimientos en el área de la salud, ello con el objetivo de evitar o aminorar asimetrías de información propias del mercado de la salud y en particular, de la I+D de medicamentos. A su vez, en lo relacionado con el financiamiento, se retoma la idea de establecer un aporte base equivalente al 1% del PIB de los países participantes.

Lo anterior se justifica en el estudio de HUBBAR y LOVE, quienes encontraron que "El análisis mundial del gasto en drogas muestra que los gastos varían, pero están

cerca al 1% del producto interno bruto (PIB) en la mayoría de los países desarrollados y en desarrollo³⁴.

No obstante, en consonancia con la idea de construir un mecanismo que sea consistente con supuestos redistributivos se propone que los aportes, si bien estarán en torno al 1% propuesto, estos variarían de acuerdo con la realidad socio-económica de cada país. En este orden, se sugiere la implementación de una especie de subsidio cruzado a través del cual los países que gozan de mayores dotaciones materiales aporten en mayor proporción para compensar aquellos que cuentan con deficientes dotaciones materiales, mientras que aquellos que quienes se encuentran en una situación intermedia pagarían el aporte pleno³⁵.

La idea de este subsidio debe ir en consonancia con el reconocimiento de la movilidad de los agentes, esto quiere decir que las externalidades positivas que se generarían como consecuencia de una población más sana, gracias al acceso a medicamentos deben ser capturadas por el mecanismo. Por ello, en la medida que los países aumenten su crecimiento y desarrollo económico, su posición relativa frente a los demás países cambiará y en este sentido, deberán aportar al fondo de manera acorde con su nueva situación.

En este punto, surge un elemento de gran importancia para la estructuración y puesta en marcha del mecanismo, esto es la forma en la cual se priorizaran las investigaciones y por consiguiente, la asignación de recompensas. Al respecto, se propone determinar como prioridades aquellas enfermedades en consideración a variables como la morbi/mortalidad, siendo el criterio último aquellas enfermedades que tengan o

puedan tener fuertes impactos sobre la población mundial.

Dentro de este proceso de fijación de prioridades se debe advertir que la atención de las enfermedades huérfanas está contemplada a través de la creación de una especie de "lista menor" de recompensas, orientada a estimular la consecución de resultados respecto de éstas.

En general, se puede decir que la creación de este mecanismo plantea una serie de avances en cuanto a la forma de abordar el conflicto de derechos entre acceso a medicamentos y propiedad intelectual. En primera instancia, el mecanismo incorpora elementos que procuran la sostenibilidad del mismo, evitando con ello que deba depender de la buena voluntad de quienes, como en el caso de las donaciones, aportan a fondos de investigación.

Un segundo elemento que se puede advertir, es la mejor calibración de los incentivos a I+D y el logro de objetivos sociales, en cuanto que se evitaría el desperdicio de recursos en I+D que se orienta a drogas *me too*, como también a la captura de rentas vía ampliación de períodos de protección o el fortalecimiento del régimen de propiedad intelectual.

Este nuevo esquema de incentivos implica que los agentes se beneficiarían de las "ventajas que otorga "moverse primero" (conseguir externalidades de red, liderar la curva de aprendizaje, estimular la lealtad a la marca, imponer coste de cambio al consumidor, crear el estándar del producto, etc) *las cuales* resultan mucho más determinantes que los beneficios empresariales que la prohibición legal de imitar que la patente introduce"³⁶.

Sumado a lo anterior se encuentra, como es obvio, el incentivo para competir en el

mercado por parte de los agentes innovadores, lo cual se traduce en mejores precios para los consumidores; el cumplimiento –por parte de los Estados– de compromisos internacionales como el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De otra parte, resulta necesario advertir que la propuesta de la BGRID incorpora algunos retos para materializar su desarrollo, entre ellos, se encuentra la construcción de una metodología objetiva que permita consolidar las listas de prioridades en materia de I+D, tomando en cuenta que la configuración de las listas pueden ser objeto de fuertes presiones por parte de los países y sus respectivas poblaciones.

En esta misma línea, aparece el problema de la cooperación a escala mundial, que radica en la necesidad de superar los intereses particulares de cada Estado y entablar un proceso de participación general, tanto de los beneficios como de los aportes al fondo. Este es uno de los principales retos a superar, puesto que la participación de algún Estado(s) provocaría la aparición de fenómenos como el *free rider*, minando los posibles resultados del mecanismo.

Al respecto, trabajos como los desarrollados por la reciente Nobel de Economía, ELINOR OSTROM han demostrado que es posible superar los problemas de cooperación planteados desde ARROW, y en esta línea, lograr la sostenibilidad de bienes a través de los cuales se ve beneficiada una población. En este caso, hablaríamos de la salud como el bien a proveer y de la BGRID como el mecanismo para lograr la sostenibilidad en la producción del bien.

Dos retos adicionales que se pueden avizorar se relacionan con el cálculo de las recompensas, en donde es necesario estructurar procedimientos que eviten que

la captura del regulador a través de posibles colusiones por parte de los agentes innovadores, así como escenarios de opacidad; y en donde se resuelvan situaciones tales como, si resulta pertinente compensar dos usos alternativos no contemplados, originados en un mismo medicamento; y el segundo, relacionado con el cambio organizacional que implica el intento de desplazar paulatinamente el sistema de patentes como pieza fundamental para fomentar la I+D en el caso de medicamentos, por la propuesta que implica la BGRID.

Para finalizar y a manera de conclusión, es posible establecer que es posible idear alternativas plausibles que den solución al conflicto de derechos que el mal diseño institucional del sistema de propiedad intelectual ha provocado en relación con el acceso a medicamentos. La falta de una adecuada calibración de incentivos en relación con la I+D y el beneficio social ha permitido la aparición de comportamientos poco deseables dentro de los actores que hacen parte del conflicto.

En este sentido, y como bien se planteó, no se trata de elegir un derecho a expensas de otro, sino de evitar el mayor daño posible y es esto precisamente, lo que la BGRID entrafía. Una forma alternativa para fomentar la I+D sin ir contra el derecho a la salud, materializado en el acceso a medicamentos.

Si bien esta alternativa contiene, aciertos, debilidades y retos por superar, resulta ser una propuesta que se presenta para lograr una isla de libertad en medio de un océano de propiedad intelectual³⁷.

BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo sobre la OMC. Anexo 1C: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad

- Intelectual relacionados con el Comercio (ADCP), Marrakech, 1994. Disponible en: http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm#TRIPs
- ÁLVAREZ ZARATE, JOSÉ MANUEL. "Una perspectiva desde los derechos humanos y el ius cogens: el acceso a los medicamentos", en: *El otro derecho*, n.º 33, Instituto Latinoamericano de servicios legales alternativos, Bogotá, 2005, pp. 59-87.
- Comisión de Derechos de Propiedad Intelectual, Innovación y Salud Pública. "Salud Pública, innovación y derechos de propiedad intelectual". Organización Mundial de la Salud, Ginebra, Abril de 2006, 264p.
- Cuevas, Homero, et al. *Teorías económicas y jurídicas del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, 345p.
- CHAN, FEI MEI, "Potential Blockbuster Drug", en: *Forbes.com*, 10 de Agosto de 2003. Disponible en: http://www.forbes.com/2003/10/08/cz_fmc_1008sf.html, consultado 24 de mayo de 2009.
- COCO, RITA; NEBBIA, PAOLISA. "compulsory licensing and iterim mesasures in Merck: a case for Italy or for antitrust law?", en: *Journal of Intellectual Property Law & Practices*, Oxford University Press, 2007, pp. 452-462.
- GARCÍA GÓMEZ, MARÍA CLAUDIA. "Protección a la propiedad intelectual: un paso adelante en la dirección correcta", en: *Economía Colombiana*, Edición 303, Contraloría General de la República, Bogotá D.C., julio/agosto de 2004, pp. 67-70.
- Global Alliance for TB Drug Development. "The economics of TB drug Development", New York, october 2001, 168p. Disponible en: http://www.tballiance.org/downloads/publications/TBA_Economics_Report.pdf
- GOOZNER, MERILL. *La píldora de los 800 millones de dólares: la verdad sobre el costo de las nuevas drogas*, Bogotá D.C., Grupo Editorial Norma, 2004, 392p.
- HOLLIS, AIDAN. "ME-TOO DRUGS: is there a problem?", Department of economics, University of Calgary, Canada, 2004, 8p. Disponible en: http://www.who.int/intellectualproperty/topics/ip/Me-tooDrugs_Hollis1.pdf
- HUBBAR, TIM; LOVE, JAMES. "A new trade framework for global healthcare R&D", en: *PlosBiology*, vol. 2, Issue 2, february 2004, pp. 147 – 150. Disponible en: <http://www.plosbiology.org/article/info:doi/10.1371/journal.pbio.0020052>
- KUHN, THOMAS S. "La estructura de las revoluciones científicas". 1ra reimpression 1992. Ed. Fondo de Cultura Económica. Colombia. Trad. AGUSTÍN COTÍN. 319p.
- MANKIW, N. GREGORY. *Principios de economía*. 3ra Edición, Madrid, McGraw Hill, 2004, 535p.
- Organización Mundial del Comercio (OMC). "Declaración relativa al acuerdo sobre los ADPCI y la salud pública", Conferencia ministerial, 4to periodo de sesiones, WT/MIN(01)/DEC/2, 20 de Noviembre de 2001, 2p. Disponible en: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_trips_s.htm
- Organización Mundial del Comercio (OMC), Organización Mundial de la Salud (OMS). "Los acuerdos de la OMC y la salud pública: Un estudio conjunto de la OMS y la secretaria de la OMC", Secretaria general de la OMC, OMC/OMS, 2002, 199p. Disponible en: http://www.wto.org/spanish/news_s/pres02_s/pr310_s.htm
- Organización Mundial de la Salud (OMS). "Acceso a medicamentos", Declaración, 13 de marzo de 2009, Disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/news/statements/2009/access-medicines-20090313/es/index.html>

- Organización Mundial de la Salud (OMS). "Constitución de la Organización Mundial de la Salud". 20p. Disponible en: http://www.who.int/entity/governance/eb/who_constitution_sp.pdf
- Organización Mundial de la Salud (OMS). "Estrategia farmacéutica de la OMS: Ampliación del acceso a los medicamentos esenciales", 55 Asamblea mundial de la salud, punto 13.8 del orden del día provisional, Informe de la Secretaria, WHA55/12, 28 de marzo de 2002, 7p.
- Organización Mundial de la Salud (OMS). "Globalización y acceso a medicamentos: Perspectivas sobre el acuerdo ADPIC/OMC". 2da Edición, WHO/DAP/98.9, 123p. Disponible en: <http://archives.who.int/tbs/global/whozip47s.pdf>
- Public Citizen. "Rx R&D Myths: The case against the drug industry's R&D 'Scare Card'", Congress Watch, Washington D.C. July 2001, 43p. Disponible en: <http://www.citizen.org/documents/ACFD.pdf>
- ROBBINS, LIONEL. *Ensayo sobre la naturaleza y significación de la economía*, Tr. Daniel Cosío Villegas, Fondo de Cultura Económica, México, 1944, 214p.
- SAMUELSON, PAUL A.; NORDHAUS, WILLIAM D. *Economía*, 16ta Edición, España, McGraw Hill, 1999, 771p.
- Secretaría General de la CAN. "Informe sobre las negociaciones en ALCA en materia de propiedad intelectual y la Comunidad Andina", Documentos Informativos, SG/di 551 de Agosto de 2003, 2.23.30. Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/documentos/docSG/SGdi551.htm>
- STIGLITZ, JOSEPH. "La economía del sector público", 3ra Edición, Barcelona, Antoni Bosch, 738p.
- STIGLITZ, JOSEPH. "Economic foundations of intellectual property", en: *Duke Law Journal*, vol. 57, number 6, Durham, april 2008, pp. 1693-1724. Disponible en: <http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?57+Duke+L.+J.+1693+pdf>
- VICENTE ORTÚN RUBIO, "Patentes, regulación de precios e innovación en la industria farmacéutica", en: *Cuadernos Económicos de ICE*, Ministerio de Industria y Comercio, n.º 67, Disponible en: <http://www.revistasice.com/RevistasICE/CICE/pagUltimoNumero?numero=67>
- WALDRON, JEREMY. *Los derechos en conflicto*, Tr. Andrés Ucross Maldonado, Estudios de Filosofía y Derecho (Teoría de los Derechos) n.º 10, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 29.
- * Contexto: *Revista de Derecho y Economía*, n.º 31, 2010, pp. 133 a 152. Este artículo es resultado del proceso de investigación adelantado por el autor, tendiente al desarrollo de la tesis de maestría titulada "Acceso a medicamentos y patentes, un conflicto de derechos y una propuesta alternativa para su conciliación: una visión desde la nueva economía institucional", la cual fue sustentada y aprobada.
- ** Profesional en Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia, Máster en Derecho Económico de la facultad de derecho de la misma Universidad. Actualmente se desempeña como docente investigador en el Departamento de Derecho Económico de la misma Universidad.
- 1 JEREMY WALDRON. *Los derechos en conflicto*, Tr. ANDRÉS UCROSS MALDONADO, Estudios de Filosofía y Derecho (Teoría de los Derechos) n.º 10, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 29.
 - 2 Para JEREMY WALDRON, los conflictos de derechos pueden ser clasificados en conflictos inter derechos, que son aquellos que se producen por la colisión de dos o más acciones que garantizan el cumplimiento de diferentes derechos; y conflictos intra derechos que se producen al interior de un mismo derecho, como consecuencia de su cumplimiento.
 - 3 JEREMY WALDRON, Ob cit., pp. 19-20.

- 4 LIONEL ROBBINS. *Ensayo sobre la naturaleza y significación de la economía*, Tr. DANIEL COSÍO VILLEGAS, Fondo de Cultura Económica, México, 1944, p. 39.
- 5 En el caso del Estado, esta situación implicaría una demora en el avance de los compromisos de tipo progresivo como por ejemplo, aquellas que se encuentran en el protocolo internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en donde se exige a los Estados desarrollen estrategias que los encaminen en el logro, entre otros, del derecho a la salud. Así entonces, el aumento en los costos de medicamentos, implicaría que a pesar poder contar con una mayor cantidad de recursos, estos no se traducirían en un aumento proporcional de las condiciones que garantizarían el goce pleno del derecho a la salud.
- 6 HOMERO CUEVAS. *Teorías económicas y jurídicas del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 90.
- 7 JOSEPH STIGLITZ. "Economic foundations of intellectual property", En: *Duke Law Journal*, vol. 57, Number 6, Durham, abril 2008, pp. 1693-1724.
- 8 N. GREGORY MANKIW. *Principios de economía*, 3ra Edición, Madrid, McGraw Hill, 2004, p. 344.
- 9 PAUL A. SAMUELSON; WILLIAM D. NORDHAUS, *Economía*, 16ta Edición, España, McGraw Hill, 1999, p. 514.
- 10 Para mayor detalle ver: SAMUELSON, PAUL A.; NORDHAUS, WILLIAM D. *Economía*, 16ta Edición, España, McGraw Hill, 1999, p. 513.
- 11 PAUL A. SAMUELSON; WILLIAM D. NORDHAUS, *Ob cit.*, *Economía*, 16ta Edición, España, McGraw Hill, 1999, p. 513.
- 12 *Idem.*, p. 513.
- 13 GREGORY N. MANKIW, *Ob cit.*, p. 201.
- 14 Organización Mundial de la Salud (OMS). "Constitución de la Organización Mundial de la Salud", p. 1. Disponible en: [http://www.who.int/entity/governance/eb/who_constitution_sp.pdf]
- 15 ÁLVAREZ ZARATE, JOSÉ MANUEL. "Una perspectiva desde los derechos humanos y el ius cogens: el acceso a los medicamentos". En: *El otro derecho*, n.º 33, Instituto Latinoamericano de servicios legales alternativos, Bogotá, 2005, p. 82.
- 16 Organización Mundial de la Salud (OMS). "Acceso a medicamentos", Declaración, 13 de marzo de 2009, 1p. Disponible en: [<http://www.who.int/mediacentre/news/statements/2009/access-medicines-20090313/es/index.html>]
- 17 Organización Mundial de la Salud (OMS). "Estrategia farmacéutica de la OMS: Ampliación del acceso a los medicamentos esenciales", 55 Asamblea mundial de la salud, punto 13.8 del orden del día provisional, Informe de la Secretaria, WHA55/12, 28 de marzo de 2002, p. 5.
- 18 Organización Mundial de la Salud (OMS). "Globalización y acceso a medicamentos: Perspectivas sobre el acuerdo ADPIC/OMC". *Op Cit.*, p. 80.
- 19 Acuerdo sobre la OMC. Anexo 1C: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), Marrakech, 1994.
- 20 MARÍA CLAUDIA GARCÍA GÓMEZ. "Protección a la propiedad intelectual: un paso adelante en la dirección correcta", En: *Economía Colombiana*, Edición 303, Contraloría General de la República, Bogotá D.C., julio/agosto de 2004, pp. 67-70.
- 21 PUBLIC CITIZEN. "Rx R&D Myths: The case against the drug industry's R&D 'Scare Card'", *Congress Watch*, Washington D.C. July 2001, 38 p.
- 22 Global Alliance for TB Drug Development. "The economics of TB drug Development", New York, October 2001, 168 p.
- 23 Cita fuera de texto: La versión enantiomérica a la que se hace alusión corresponde a la separación de las parejas de isómeros ("(...) dos o más cuerpos: Que, con igual composición química, tienen distintas propiedades físicas", En: *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, vigésima segunda edición.) en las cuales usualmente se encuentran las moléculas orgánicas.
- 24 MERILL GOOZNER. *La píldora de los 800 millones de dólares: la verdad sobre el costo de las nuevas drogas*, Bogotá D.C., Grupo Editorial Norma, 2004, p. 338.
- 25 Organización Mundial del Comercio, Organización Mundial de la Salud. "Los acuerdos de la OMC y la salud pública: Un estudio conjunto de la AMS y la secretaria de la OMC", Secretaria general de la OMC, OMC/OMS, 2002, p. 117.
- 26 Una definición y explicación de los acuerdos ADPIC Plus puede ser consultada en: Secretaria General de la CAN. "Informe sobre las negociaciones en ALCA en materia de propiedad intelectual y la Comunidad Andina", Documentos Informativos, SC/di 551 de Agosto de 2003, 2.23.30.
- 27 Para mayor detalle ver: TIM HUBBAR Y JAMES LOVE. "A new trade framework for global healthcare R&D", En: *PlosBiology*, vol. 2, Issue 2, February 2004, pp. 147-150.
- 28 Para mayor detalle ver: CHAN, FEI MEI, "Potential Blockbuster Drug", En: *Forbes.com*, 10 de agosto de 2003. Disponible en: [<http://www.forbes.com>]

- com/2003/10/08/cz_fmc_1008sf.html], consultado 24 de mayo de 2009.
- 29 Texto original en inglés: "Defined very narrowly as drugs which have more or less identical clinical outcomes to pre-existing drugs, me-too drugs are likely of little value-indeed in this case they effectively undermine the intent of patent protection, without even providing much benefit from price competition", (Traducción del autor). HOLLIS, AIDAN. "Me-too drugs: is there a problem?", Department of economics, University of Calgary, Canada, 2004, p. 1.
- 30 THOMAS S. KUHN. "La estructura de las revoluciones científicas", 1ra reimpresión 1992., Ed. Fondo de Cultura Económica, Colombia, Traducción: AGUSTÍN COTÍN, p. 33.
- 31 Organización Mundial del Comercio (OMC). "Declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública", Conferencia ministerial, 4to período de sesiones, WT/MIN(01)/DEC/2, 20 de noviembre de 2001, 2 p.
- 32 Comisión de Derechos de Propiedad Intelectual, Innovación y Salud Pública. "Salud Pública, innovación y derechos de propiedad intelectual". Organización Mundial de la Salud, Ginebra, abril de 2006, pp. 28 - 29.
- 33 Es necesario aclarar, que los mecanismos que se presentaran son en gran parte recopilados por VICENTE ORTÚN RUBIO, En: "Patentes, regulación de precios e innovación en la industria farmacéutica", En: Cuadernos Económicos de ICE, Ministerio de Industria y Comercio, n.º 67, Disponible en: [<http://www.revistasice.com/RevistasICE/CICE/pagUltimoNumero?numero=67>]
- 34 Texto original en inglés: "Analysis of worldwide drug expenditure shows that spending varies, but it is close to 1% of the gross domestic product (GPD) in most developed and developing countries". TIM HUBBAR Y JAMES LOVE. "A new trade framework for global healthcare R&D", En: *Plos-Biology*, vol. 2, Issue 2, february 2004, p. 148.
- 35 La clasificación que se hace de los países en los tres niveles presentados es tomada de la discriminación que hace el Banco Mundial de los países en función de su nivel de ingresos.
- 36 VICENTE ORTÚN RUBIO. "Patentes, regulación de precios e innovación en la industria farmacéutica", En: Cuadernos Económicos de ICE, Ministerio de Industria y Comercio, n.º 67, pp. 194-195. *Curso* fuera de texto.
- 37 Texto original en inglés: "islands of freedom in the ocean of IP", (traducción del autor). EN: RITA COCO y PAOLISA NEBBIA. "compulsory licencing and iterim mesasures in Merck: a case for Italy or for antitrust law?", En: *Journal of Intellectual Property Law & Practices*, Oxford University Press, 2007, p. 462.