

Derecho a la salud *vs.* derecho a las patentes: la gran apuesta del diseño de mecanismos

Alejandro Granados Zambrano*

Introducción

Las diferentes formas de evolución de la sociedad han ido de la mano con el avance de las diversas ciencias. Esto ha generado que los distintos métodos de una disciplina se vuelvan una posible solución a los problemas de otras disciplinas, lo que genera que la multidisciplinariedad se constituya en un elemento fundamental en el avance de la ciencia, de la evolución. La economía y la medicina no son reconocidas como campos de estudio afines; sin embargo, pueden tener elementos multidisciplinarios en los que se puede encontrar una solución a la segunda a partir de la primera.

Las patentes, al igual que la salud, son un derecho el cual debe ser concebido por las entidades encargadas de garantizarlos; sin embargo, en países en vía de desarrollo como Colombia en el



Imagen tomada de: [<https://solidaridad.net/medicamentos-contr-el-cancer-un-gran-negocio/>]

que el ingreso per cápita es tan bajo, la desigualdad tan alta y la incapacidad de cumplimiento de los derechos por parte del Estado hacen que exista una disputa entre el derecho a la salud *vs.* el derecho de las patentes.

De esta manera, por medio de disciplinas diferentes al derecho se pueden buscar soluciones alternas en las que mediante el diseño de mecanismos se pueda garantizar el goce efectivo de la salud y el derecho de las patentes, pero esta es la *gran apuesta del diseño de mecanismos*.

* Estudiante de IX semestre de la Facultad de Economía de la Universidad Externado de Colombia. Correo-e: [Jairo.granados@est.uexternado.edu.co]

Retrospectiva del diseño de mecanismos

El diseño de mecanismos es una rama de la microeconomía en la que se pretende solucionar alguna imperfección o falla de mercado. Esto se produce por una serie de agentes que entran en conflicto. En este caso el conjunto de agentes está compuesto por:

1. Los usuarios del sistema de salud, quienes necesitan medicamentos, en especial para enfermedades de alto costo, y cuya disponibilidad a pagar está limitada por el ingreso.
2. Las compañías farmacéuticas, que tienen el derecho de monopolio de los medicamentos y quieren maximizar su ingreso para recuperar la inversión realizada en investigación que tuvo como producto la patente.
3. La entidad estatal encargada de garantizar el derecho a la salud: en el caso colombiano es el Ministerio de Salud y Protección Social (Minsalud) el que tiene la función de velar por la salud y el cumplimiento de este derecho para los habitantes del país.

Ahora bien, esclarecidos los actores y los intereses de cada uno, al existir un mercado imperfecto como es el de la salud (si es que se puede considerar la salud como un mercado,

que no es en cierta medida lo adecuado) el encargado de establecer el mecanismo es aquel que por medio de una institución quiere lograr un resultado u objetivo social deseado (Maskin, 2007).

La complejidad del diseño de mecanismos rige en establecer qué es óptimo para quien lo diseña, debido a que debe ser incentivo-compatible de modo que este responda tres cuestiones básicas: (i) ¿Cuándo es posible diseñar mecanismos incentivo-compatibles para alcanzar objetivos sociales?, (ii) ¿Qué forma podrían tomar estos mecanismos cuando existan? y (iii) ¿Cuándo encontrar tales mecanismos es descartado teóricamente? (ibíd., 3)

De igual manera, el éxito en el mecanismo también radica en la información que se genera a lo largo del proceso y cómo esto no cae en conflicto la compatibilidad de los incentivos de cada agente. Este breve bosquejo refleja la dificultad existente por sí misma que significa diseñar un mecanismo, y aunque el costo de establecerlo pueda ser alto, el beneficio social puede ser mucho más grande.

Soluciones alternas para la garantía de estos derechos

El Minsalud ha desempeñado un papel fundamental la última década, pues ha estado dentro de los pilares de la salud en Colombia el precio de

los medicamentos y su regulación para el cumplimiento de los derechos de los colombianos. Uno de los antecedentes que fueron determinantes para que este tema se volviera de gran importancia fue el elevado número de tutelas presentadas en garantía de las normas constitucionales.

Según el Ministro de Salud Alejandro Gaviria, el país enfrenta 140 mil fallos judiciales, en los que la mayoría se trata el acceso a los medicamentos. Esta favorabilidad en el cumplimiento del derecho a la salud, por un lado, refleja el cumplimiento de los instrumentos institucionales hacia los ciudadanos, pero por otro, deja latente para las entidades económicas gubernamentales un problema financiero prácticamente imposible de solucionar con los instrumentos que poseen, de modo que esto aumenta el riesgo de colapso del sistema de salud.

Una de las entidades que ha colapsado con los elevados precios de los medicamentos que no hacen parte del Plan Obligatorio de Salud (POS) es el Presupuesto de Ingresos y Gastos del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), que hasta hace unos años tenía un ahorro de 10 billones de pesos; sin embargo, dicho ahorro ha desaparecido (Gaviria, 2017).

Dicha imposibilidad del Fosyga ha respondido a la baja regulación del Estado a las empresas farmacéuticas,

que tienen los derechos de monopolio de los medicamentos, y de este modo las empresas cuentan con la capacidad de recuperar la inversión para la creación del medicamento, pero han aprovechado más allá de la idea del derecho de la patente que es recuperar los costos de inversión y han registrado en Colombia precios a los consumidores más altos de los que se registran a nivel internacional entre países vecinos e incluso esta brecha aumenta aún más respecto a los países ricos (Bardey, 2013).

La respuesta del Minsalud ante esta problemática fue la regulación de los precios, en especial a los medicamentos que financia el Estado, es decir, los reconocidos como no POS fueron reglamentados con la disminución en cuarenta puntos porcentuales en promedio los precios de 334 medicamentos (Santos, 2013). Entre los principales medicamentos afectados con esta disminución del precio han sido: el Esomeprazol inyectable, la insulina, el Meropenem y la Quetiapina, entre otros (Guzmán, 2014).

El objetivo de esta regulación ha ido en dos caminos:

1. Garantizar el derecho a la salud por medio del acceso a los medicamentos.
2. Disminuir los costos del Estado para los medicamentos no POS.

Dicho objetivo se ha logrado parcialmente; sin embargo, este deja fuera de juego y con mucho descontento a uno de los agentes, las empresas farmacéuticas cuyo principal argumento es que el alto costo de los medicamentos se debe a los elevados costos de invención y de producción.

Un mecanismo reconocido a nivel global son las licencias obligatorias de patentes que son concebidas cuando el interés social se ve ampliamente socavado por el uso de la patente. Su origen hace parte del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) firmado en la década de los noventa como uno de los elementos que finalmente dieron inicio a la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Dichas licencias se deben conceder principalmente para remediar prácticas anticompetitivas, por abusos de los derechos exclusivos del titular/titulares de la patente, razones de interés público, falta de explotación, para exportación de productos farmacéuticos, entre otros (OMPI; SIC, 2012).

Dicho sistema, debido a su implementación a nivel internacional, genera mayores discusiones en el agregado de los propietarios de las patentes en la que se evidencian críticas, como la baja posibilidad de recuperar la inversión ejecutada para la investigación,

lo que desincentiva claramente la investigación de las empresas farmacéuticas en la búsqueda de curas o nuevos tratamientos a las diversas patologías. Y una segunda crítica es que dicho sistema no genera las suficientes regalías para las compañías a la hora de liberar la patente, lo que nuevamente incurre en la consecuencia de la primera crítica.

De acuerdo con el anterior mecanismo, vale la pena mencionar, menos usual, pero de igual importancia que los anteriores son las licencias voluntarias de patentes. Estas son un precedente a las licencias obligatorias, debido a que en algunos casos en los que las farmacéuticas deciden no conceder voluntariamente la patente, las entidades regulatorias pueden disponer a liberar la patente de manera obligatoria.

Estas licencias son fruto de un acuerdo negociado entre los diversos actores interesados en la liberación de la patente, donde establecen una serie de condiciones como el poder de negociación de las empresas y la complejidad de la invención del medicamento, ya que la patente puede ser liberada; sin embargo, el proceso de elaboración del medicamento puede exigir una transmisión especial de asistencia técnica al licenciataria (ibíd., 4).

Pinzón (2011, pp. 185-192) evalúa otros mecanismos sugeridos por

diferentes académicos y entidades para conciliar el conflicto de derechos que prevalecen en este tema:

1. La compra de patentes en subastas públicas para que su adquisición sea por oferentes no gubernamentales o Estados de modo que el dominio de dicha patente sea de carácter público y con ello reducir su precio. Las críticas a este sistema son los problemas de coordinación entre los agentes y la sobrevaloración de las patentes que puede terminar en desperdicios de recursos.
2. Donaciones y fondos: generar una bolsa de recursos para que se puedan invertir en enfermedades que tengan poca importancia para las empresas farmacéuticas y así los resultados puedan ser ofrecidos a bajos precios a la población. El problema que tiene este mecanismo es la inestabilidad en la existencia de los recursos lo que no puede garantizar la obligatoriedad en los aportes y la insostenibilidad en el largo plazo.
3. Discriminación de precios: se establece de acuerdo con el ingreso de los posibles compradores sin necesidad de deshacerse del incentivo a las patentes e incorporando una corrección a la pérdida irrecuperable de eficiencia. Los altos costes de transacción que este mecanismo puede generar, al igual que la distorsión de incentivos, búsqueda de rentas corrupción y menor cuota de genéricos lo limita como mecanismo.
4. Discriminación por enfermedades globales y no globales, para la protección de patentes: en el primer caso se garantiza para los medicamentos pertenecientes a esta lista la protección total de la patente; y en el segundo, la protección de la patente en los países desarrollados se hace total, mientras que en los países con bajos ingresos se acepta la competencia de medicamentos genéricos. En este modelo se puede hacer persistente el conflicto entre una lista y la otra por parte de las empresas farmacéuticas.
5. Reformas a las leyes de medicamentos huérfanos en países desarrollados: mayores incentivos en inversión y desarrollo para las enfermedades que por su bajo nivel de ocurrencia no representan un mercado rentable para las compañías. La crítica a este sistema radica en que esto no necesariamente garantiza precios bajos para los consumidores.
6. Colaboración internacional y compensaciones entre países: estas negociaciones bilaterales neutralizan el comportamiento oportunista de los agentes (Estados

y compañías). El inconveniente en este caso es que la asimetría que se puede generar entre uno y otro agente eleva los costes de transacción.

La gran apuesta

De igual manera, con base en Pinzón (2011), este conflicto de derechos puede tener una solución viable desde la perspectiva de la Nueva Economía Institucional (NEI) en la que se redefinen las funciones de las instituciones intervinientes en el conflicto de derechos para la creación de una Bolsa Global de Recompensas en I+D (BGRID) en la que hagan parte el acceso a los medicamentos (salud) y el sistema de incentivos (propiedad intelectual).

El pago por recompensas a las creaciones de medicamentos puede ser de dominio público por parte de los gobiernos que sean aportantes a dicha bolsa mediante una discriminación de aportes; de esta manera, se es equitativo en materia de aportantes y beneficios para la mayor cantidad de países.

Adicionalmente, dicho sistema debe tener dos elementos fundamentales:

1. La definición de las prioridades de investigación que la bolsa puede premiar. La prioridad se debe enfocar en las enfermedades que

tengan un mayor impacto en la población mundial, como cáncer, VIH SIDA y diabetes, entre otros.

2. Cálculo de las recompensas que debe estar sustentado bajo el valor social que los medicamentos reporten a la población.

Finalmente, bajo los anteriores criterios el autor resalta los grandes desafíos que tiene este modelo. Estos se identifican en la construcción de las listas de prioridades de investigación, el cálculo de las recompensas, el cambio organizacional y la cooperación a escala mundial. Seguramente, las dos primeras prioridades mencionadas tengan una solución meramente técnica; sin embargo, para las restantes, existen problemas como los *free riders* que se puedan presentar por lo que se hace necesario un nuevo mecanismo para solucionarlo. Adicionalmente, se presentan cuestiones de economía política por parte de los países más poderosos y seguramente los mayoritariamente aportantes debido a los conflictos de intereses entre los gobiernos y los países ricos.

Esta perspectiva, bajo ciertas condiciones, podría ser una interesante propuesta como mecanismo para solucionar el conflicto de derechos presentado, en especial para las enfermedades de alto costo; sin embargo, en los mecanismos en los que se pueda avanzar en el estudio de este tema se

debe incorporar el enfoque de la salud pública, pues el reconocimiento de las políticas de prevención en salud puede arrojar mejores resultados para la población como el tamizaje temprano para la prevención de enfermedades genéticas, lo que hace esta una *gran apuesta en el diseño de mecanismos*.

Bibliografía

BARDEY, D. (11 de Julio de 2013). ¿Cómo regular los precios de los medicamentos en Colombia? ¿Cómo regular los precios de los medicamentos en Colombia? (*Portafolio*, Entrevistador)

GAVIRIA, A. (17 de mayo de 2017). *Un sistema de salud en crisis: el caso colombiano*. (www. eltiempo.com, Entrevistador)

GUZMÁN, O. (2014). *Impacto que han tenido en los últimos cinco años las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional para frenar el alto costo de los medicamentos*. Bogotá.

MASKIN, E. (2007). *Mechanism Design: How to Implement Social Goals*. Estocolmo.

OMPI; SIC (2012). *Seminario Regional de la OMPI para algunos países de América Latina y el Caribe sobre la implementación y el uso de ciertas flexibilidades en materia de patentes*. Bogotá.

PÍNZÓN CAMARGO, M. A. (2011). *Medicamentos y patentes: un conflicto de derechos y una nueva propuesta para su conciliación desde la nueva economía institucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

SANTOS, J. M. (2013). *Disminución de precios de los medicamentos en Colombia*. Bogotá.