

La pandemia COVID-19 y la propiedad intelectual en el orden mundial

MANUEL BECERRA RAMÍREZ



LA PANDEMIA COVID-19 Y LA PROPIEDAD
INTELECTUAL EN EL ORDEN MUNDIAL

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, núm. 395

DIRECTORIO

Dra. Mónica González Contró

Directora

Dr. Mauricio Padrón Innamorato

Secretario Académico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Jefa del Departamento de Publicaciones

CRÉDITOS EDITORIALES

Wendy Vanesa Rocha Cacho

Coordinación editorial

Adriana Sheridan

Cuidado de la edición

Edna María López García

Apoyo editorial y formación en computadora

Edith Aguilar Gálvez

Elaboración de portada

MANUEL BECERRA RAMÍREZ

LA PANDEMIA COVID-19
Y LA PROPIEDAD
INTELECTUAL
EN EL ORDEN MUNDIAL



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

México, 2023

Catalogación en la publicación UNAM. Dirección General de Bibliotecas y Sistemas Digitales de Información

Nombres: Becerra Ramírez, Manuel, autor.

Título: La pandemia COVID-19 y la propiedad intelectual en el orden mundial / Manuel Becerra Ramírez.

Descripción: Primera edición. | México : Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2023. | Serie: Serie Estudios jurídicos ; núm. 395.

Identificadores: LIBRUNAM 2213347 (impreso) | LIBRUNAM 2213385 (libro electrónico) | ISBN 9786073080026 (impreso) | ISBN 9786073080002 (libro electrónico).

Temas: Propiedad intelectual (Derecho internacional). | Medicamentos -- Leyes y legislación. | COVID-19 -- Vacunación. | Pandemia de COVID-19, 2020- -- Aspectos económicos. | Derechos humanos. | Organización Mundial de la Salud.

Clasificación: LCC K1401.B436 2023 (impreso) | LCC K1401 (libro electrónico) | DDC 346.048—dc23

La pandemia COVID-19 y la propiedad intelectual en el orden mundial se editó por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Dirección General de Asuntos del Personal Académico, a través del Programa de Apoyo a Proyectos de Investigación e Innovación Tecnológica (PAPIIT), Proyecto IN303121 “Tratados sobre propiedad intelectual, su recepción en derecho interno y su impacto económico-social (la salud en tiempo de COVID-19)”, coordinado por Manuel Becerra Ramírez y Ana Georgina Alba Betancourt.

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad Nacional Autónoma de México. Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 29 de septiembre de 2023

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510, Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN (impreso): 978-607-30-8002-6

ISBN (libro electrónico): 978-607-30-8000-2

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.9786073080002e.2023>

*A mi esposa, Cristina Rilo, con quien
compartí la redacción de este libro durante
el duro encierro por la pandemia.*

CONTENIDO

| | |
|---|-------|
| Prólogo | XIII |
| Rafael PÉREZ MIRANDA | |
| Agradecimientos | XXI |
| Introducción | XXIII |
| CAPÍTULO PRIMERO. Orden mundial y pandemia: la reacción de la organización internacional | |
| I. Introducción | 1 |
| II. Las pandemias: fenómenos recurrentes en la historia de la humanidad. | 2 |
| III. El orden global | 4 |
| IV. La descolonización | 9 |
| V. La ONU ante la pandemia COVID-19 | 11 |
| 1. El proyecto Tech Access Partnership | 17 |
| 2. El secretario general de la ONU | 18 |
| 3. La Asamblea General | 20 |
| 4. El Consejo de Seguridad de la ONU y la seguridad internacional en el marco de la pandemia | 22 |
| 5. La Resolución 2565 del Consejo de Seguridad | 27 |
| CAPÍTULO SEGUNDO. La Organización Mundial de la Salud en el centro de la lucha contra la pandemia | |
| | 35 |

| | |
|---|-----|
| I. Introducción. | 35 |
| II. Los comités de emergencia | 39 |
| III. Los aspectos jurídicos de la OMS | 39 |
| IV. El reglamento, documento jurídico vinculante | 41 |
| V. Debate alrededor del artículo 44 del RSI | 44 |
| VI. El mecanismo COVAX | 47 |
| | |
| CAPÍTULO TERCERO. La globalización económica, la tercera revolución tecnológica, el fin del sistema bipolar de la Guerra Fría y el capitalismo cognitivo. | 55 |
| I. Introducción. | 55 |
| II. El capitalismo cognitivo en el centro de la globalización económica | 61 |
| III. El factor jurídico de la globalización | 69 |
| IV. Las empresas transnacionales, un factor real de poder de la globalización | 70 |
| V. La organización internacional <i>de facto</i> o las organizaciones internacionales selectivas y la globalización económica | 74 |
| VI. La recusación de la globalización | 79 |
| | |
| CAPÍTULO CUARTO. La pandemia COVID-19: un fenómeno global devela nacionalismo, diplomacia, y trae a discusión la soberanía | 81 |
| I. El nacionalismo de la vacuna. | 81 |
| II. La diplomacia de las vacunas. | 84 |
| III. Contratos y costos de las vacunas. | 90 |
| IV. La aparente disyuntiva entre soberanía en salud y derechos humanos | 99 |
| V. Soberanía de la salud | 101 |

| | |
|---|-----|
| CAPÍTULO QUINTO. La propiedad intelectual contemporánea parte de la economía mundial | 105 |
| I. La regulación de los productos farmacéuticos: breve historia | 105 |
| II. Constitución del eje París-Berna y los derechos de la PI de segunda generación. | 109 |
| III. La polémica sobre la introducción de los productos farmacéuticos en ADPIC | 114 |
| IV. Crisis de salud y las flexibilidades en la PI (primera crisis del ADP). | 120 |
| V. Interpretación de los tratados de libre comercio en materia de PI | 128 |
| VI. La discusión por la propiedad intelectual en la OMC en momento de pandemia (la segunda crisis de los ADPIC) | 131 |
| VII. ¿Qué de nuevo trae la R-17 de junio? | 137 |
| VIII. La exportación de productos sujetos a licencia obligatoria | 137 |
| IX. La protección de datos de productos farmacéuticos para su comercialización | 138 |
| X. Significado económico | 140 |
| | |
| CAPÍTULO SEXTO. Derechos humanos y propiedad intelectual | 143 |
| I. Derechos humanos y PI. ¿Contradicción entre derechos humanos y derechos de la PI?. | 143 |
| II. La Observación general No. 17 de los PIDESC, en relación con el artículo 15 | 148 |
| III. El concepto de <i>res publica</i> en el derecho internacional | 151 |
| IV. El derecho a la salud como <i>res publica</i> a nivel regional | 153 |
| V. El Consejo de Derechos Humanos de la ONU | 157 |

PRÓLOGO

El 30 de enero de 2020, a menos de un mes de anunciarse oficialmente la existencia de la enfermedad, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró a la enfermedad como “una emergencia de salud pública de preocupación internacional” generada por el coronavirus 19 (COVID-19); el 11 de marzo del mismo año el presidente de la OMS la proclamó oficialmente pandemia, mostrándose profundamente preocupado, según sus palabras, por la celeridad de su expansión y la gravedad de sus efectos, pues como indicaban los datos de su informe, se habían presentado 118,000 casos en 114 países y la muerte de 4,291 personas.¹

La celeridad de la expansión fue atribuida, con cierta razón, a uno de los aspectos de la globalización: el incremento de los traslados físicos en viajes nacionales e internacionales. Como contrapartida, las primeras reacciones regulatorias fueron adoptadas, aunque de manera no coordinada, por cada país: confinamientos rigurosos, estrictas restricciones a la movilidad ambulatoria establecidas de inmediato en algunos países, recomendaciones sanitarias pero sin aislamiento y sin suspender actividades sociales; en el otro extremo, medidas intermedias pero diversas entre sí en otros muchos países. En gran medida, las decisiones fueron adoptadas evaluando los efectos de las medidas en la economía y en las finanzas nacionales.

En el ámbito internacional destacó el resurgimiento de los nacionalismos (egoísmo que llevó a prohibir la exportación —hasta que no se cubrieran con exceso las necesidades nacionales— no sólo de vacunas, sino también, en un primer momento, de cubre-

¹ Disponible en: <https://www.paho.org/es/noticias/11-3-2020-oms-caracteriza-covid-19-como-pandemia> (fecha de consulta: 11 de abril de 2023).



bocas, respiradores artificiales y pruebas para detectar la enfermedad), así como de la parálisis de las organizaciones internacionales. Como contrapartida, destacó la actividad de la OMS y la colaboración nacional e internacional de la comunidad científica que permitió un rápido aislamiento del virus.

Se superó la pandemia; no sus efectos sociales, económicos y financieros. Subsisten las causas que llevaron a la acelerada expansión de una enfermedad en extremo contagiosa, y por tanto es muy probable que en un futuro mediano, o no tan lejano, este tipo de pandemias se repita.

En razón de ello se requieren investigaciones rigurosas, sistémicas, que expliquen los motivos del desconcierto, de las erráticas regulaciones nacionales, de la parálisis de los organismos internacionales, de las carencias de instituciones que impulsen la solidaridad internacional e impidan que los países pobres y los sectores sociales de menores ingresos de los países en desarrollo sufran con mayor intensidad los impactos de las pandemias.

Este texto, que tengo el honor de presentar, es el resultado de una sólida investigación que analiza detalladamente el problema en su contexto global, la reacción de la comunidad internacional y de las organizaciones internacionales, los aportes de la comunidad científica y los efectos del sistema de propiedad intelectual. Es imposible medir cuántos cientos de miles de vidas hubiera podido salvar una comunidad internacional solidaria y generosa. Son necesarias estas investigaciones para que en el futuro este problema no se presente, al menos con esta intensidad.

La segunda posguerra culmina con la verificación de los posibles efectos destructivos de uno de los avances tecnológicos más relevantes en la historia de la humanidad: las bombas atómicas (aquellas que mataron a cientos de miles de civiles en Hiroshima y Nagasaki, y que lograron —por medio de un crimen de guerra— la rendición incondicional de Japón). El ser humano había logrado verificar las teorías sobre la estructura del átomo y los efectos posibles de la fusión y la fisión.



Pocos lustros después, Watson y Crick elucidaron la estructura del ADN, específicamente, la doble hélice; los científicos vaticinaron un acelerado progreso de la ciencia médica que permitiría erradicar poco a poco las principales enfermedades que aquejaban a los humanos —inclusive el cáncer—, vaticinio que sólo se cumplió a medias. La humanidad vivió durante décadas atemorizada por un posible conflicto nuclear que eliminara a un alto porcentaje de humanos o, inclusive, a toda la humanidad; pero era imposible pensar que esa posibilidad podía surgir de una pandemia —la histórica peste—. En tres años la COVID-19 enfermó a 683 millones de personas y provocó la muerte de casi siete millones.² Hasta el logro de las primeras vacunas las únicas prevenciones relativamente efectivas fueron el uso de cubrebocas y el aislamiento, que incluyó, en mayor o menor medida en cada país, el ausentismo laboral y el consiguiente cierre de unidades de producción y comercio.

Las redes internacionales de científicos mostraron una rápida reacción en materia de diagnóstico: la misma mundialización que originó la expansión de la enfermedad en Asia permitió difundirla al resto del mundo; el anuncio por China, en diciembre de 2019, de la nueva “peste” y de sus características permitió que los científicos mexicanos precisaran con éxito que a finales de febrero, principios de marzo, la COVID-19 ya estaría en México, y que su expansión sería inmediata y sus efectos catastróficos. Diferente —más lenta— fue la reacción de la ciencia en materia de diagnóstico, prevención eficiente de contagios y muertes, y de terapias efectivas; la celeridad de los contagios y sus efectos en vidas perdidas no guardaban congruencia con los requerimientos de investigación, hipótesis, dudas y verificación de eficiencia e inocuidad que demandan la ciencia y la tecnología. Sin embargo, en un plazo más breve de lo previsto se logró arribar a vacunas efectivas que se comenzaron a aplicar luego de pruebas rápidas y autorizaciones *express* de los organismos oficiales de control de

² Disponible en: <https://www.trt.net.tr/espanol/covid19> (fecha de consulta: 23 de marzo de 2023).



eficiencia e inocuidad de los fármacos, conociendo sus efectos preventivos inmediatos, pero sin saber con precisión cuáles serían sus efectos futuros.

La humanidad se vio sometida, sorpresiva y simultáneamente, a esta crisis grave y aguda de letalidad significativa y rápida. La pandemia se sumaba a la severa crisis, pero de progresión lenta,³ de efectos letales iguales o superiores: la contaminación atmosférica y el cambio climático. Ambos tipos de crisis amenazan, y amenazan, a la toda la humanidad, por lo cual se requirió, y se requiere, una reacción global que sólo es posible concertar desde los organismos internacionales existentes, en ejercicio de las normas internacionales vigentes o las que la urgencia indique que es necesario convenir.

La subsistencia de nacionalismos políticos y la mezquindad crematística bajo las que las grandes potencias y las corporaciones trasnacionales participaban en las negociaciones para limitar la emisión de gases con efecto invernadero no auguraban resultados prontos y efectivos sustentados en la solidaridad internacional. Los países sedes de las matrices de los laboratorios que producían y comercializaban las vacunas consideraron que, pese a su uso abusivo para obtener ganancias extraordinarias, el sistema de propiedad intelectual requería más protección que la salud y la vida de aquellos que no podían comprar vacunas.

Estos precedentes, descritos sucintamente, demandan una investigación seria y profunda sobre la reacción internacional frente a crisis de esta magnitud. Si bien se superó la pandemia COVID-19, nuevas pandemias son probables en un corto o mediano plazo, y así lo indica la breve historia que detalla el autor en el primer capítulo del libro.⁴ Es precisamente el aporte de esta

³ Sousa Santos, Boaventura de, *La cruel pedagogía del virus*, Buenos Aires, CLACSO, p. 65.

⁴ Es interesante en esta historia de las pandemias la coincidencia de denominar “gripe española” a la influenza que inicia en 1918, y que no se originó en España, con el interés del ex presidente Trump de adjudicarle a China la COVID-19 con sugerencias conspirativas.



investigación sistémica denominada “La pandemia COVID-19 y la propiedad intelectual en el orden mundial”, presentada por el profesor Manuel Becerra Ramírez, cuyo contenido supera ampliamente el título de la obra. Con las mismas palabras podríamos decir que investiga el orden mundial, las organizaciones internacionales y la propiedad intelectual frente al desafío de la pandemia COVID-19.

El hilo conductor de la investigación es el orden mundial surgido en la segunda posguerra, el rol de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y los múltiples organismos a ella vinculados —la OMS, el hoy Consejo de Derechos Humanos, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco), la continuidad de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización para la Alimentación y la Agricultura (FAO), entre otras—, que son el núcleo del sistema de relaciones internacionales que orientan las diversas fases geopolíticas y sociales hasta nuestros días. En paralelo, se establece en el área capitalista un sistema de cooperación monetaria y de financiación del desarrollo económico con peso no sólo económico y financiero, sino también político: el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo (BIRD) —conocido también como Banco Mundial—, y con menor fuerza el Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT), todos ellos controlados, formal o informalmente, por los Estados Unidos. Ese núcleo organizacional se va adaptando a diversas etapas hasta diseñar la estructura económica, financiera y política de la llamada “mundialización” a partir del Tratado de Marrakech que crea la Organización Mundial de Comercio (OMC) con sus acuerdos generales, en los que destaca el Acuerdo sobre Aspectos de la Propiedad Intelectual vinculados al Comercio (ADPIC), reforzado con tratados de libre comercio y de protección de las inversiones.

Sin embargo, Estados Unidos, el principal país capitalista —destaca el autor—, elige meticulosamente las organizaciones y los tratados internacionales a los que se integra: no se adhiere



XVIII

PRÓLOGO

al tratado de tratados, el Pacto de Viena sobre tratados internacionales; se adhiere al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero no al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y, en el mismo ámbito, tampoco al Protocolo de San Salvador, sobre derechos humanos, y no acepta la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni del Tribunal Penal Internacional. Se adhiere a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, pero no a sus protocolos o acuerdos vinculantes que le dan contenido; no se adhiere al Convenio sobre Diversidad Biológica ni a sus protocolos sobre bioseguridad y acceso a los recursos genéticos y conocimientos tradicionales (conocidos como Protocolo de Cartagena y Protocolo de Nagoya, respectivamente). A su vez, ingresa o se retira de instituciones como la Unesco y la OMS, según se acepten o no sus condiciones, generando, además, variaciones presupuestales sustantivas.

Intento evidenciar que el volumen prologado no se limita a un simple análisis de la relación entre la COVID-19 y la propiedad intelectual en el sistema jurídico internacional; por el contrario, analiza las fortalezas y debilidades del sistema, el origen de las instituciones y su capacidad para afrontar esta grave crisis, debilidades que generaron la muerte de millones de vidas humanas que podrían haberse evitado y que, si no se reorganizan con base en criterios solidarios y genuinos, seguirán provocando crisis letales, favoreciendo intereses financieros y económicos. Ello surge con claridad de la sede de la principal negociación para atender la solicitud de flexibilidad en el sistema internacional de propiedad intelectual para que los países en desarrollo pudieran producir o abastecerse de vacunas a precios razonables; no fue la OMS ni la ONU; fue la OMC, con un mezquino resultado, como era de esperarse.

Destacan, por último, los estudios sobre el sistema de propiedad intelectual, el abuso de las corporaciones farmacéuticas que privaron a millones de personas de vacunas, las tensiones entre los derechos humanos de todos los habitantes a la vida, condicio-



PRÓLOGO

XIX

nes de salud satisfactorias y los derechos de propiedad intelectual entre la globalización económica, financiera y el proteccionismo del nacionalismo sanitario. Son temas que por la profundidad del análisis y la claridad de la exposición no considero que deban ser resumidos en este prólogo.

Las vacunas logradas rápidamente, con base en conocimientos científicos y tecnológicos acumulados en las últimas décadas y en la investigación de organismos públicos financiados, en gran medida, por fondos públicos, pero patentadas y comercializadas por corporaciones privadas, lograron que la OMS anunciara el fin de la pandemia, incluso si no se ha erradicado definitivamente la enfermedad. El fenómeno dejó de ser tema de los medios de difusión e, inclusive, de las políticas estatales de comunicación preventiva. Por eso es tan importante este aporte sistemático, riguroso y crítico, orientado a la atención de los intereses humanos de los países en desarrollo y de los más pobres, pero no por ello menos objetivo.

Puede que su lectura deje una cierta preocupación respecto a las falencias del orden mundial y su (in)capacidad para atender crisis futuras, pero simultáneamente ofrece la veta optimista de que científicos sociales y de las llamadas “ciencias duras” están realizando investigaciones y propuestas que ayudarán a mejorar el sistema en el corto y mediano plazo.

Rafael PÉREZ MIRANDA



AGRADECIMIENTOS

Estoy convencido de que el conocimiento no tiene una generación espontánea; es el producto o es sólo el eslabón de un conocimiento anterior que puede dar vida a un nuevo conocimiento, siempre sujeto a una discusión en un proceso dialéctico sin fin. Bajo esas premisas las personas en la lista de reconocimiento de gratitud pueden ser muchas, pero los más cercanos son los integrantes de nuestro seminario de propiedad intelectual y a los colegas, que generosamente aceptaron leer este trabajo y comentarlo, aportando ideas valiosas: Dra. Ana Alba Betancourt, Dr. Víctor Martínez Bulle G., Dr. Rafael Pérez Miranda, Dra. Virginia Petrova y Dra. Iliana Rodríguez. Por supuesto, todos los errores que pudieran aparecer en este trabajo deben de atribuirse al autor de estas líneas.

Merecen también un agradecimiento de mi parte los jóvenes Emiliano Márquez, mi ayudante de investigación, y Cecilia Guadalupe Barrera Rojas, que se encargó de llevar a cabo el proceso de dictamen colectivo de este trabajo.

La investigación que se presenta en esta obra es el trabajo colectivo de la Línea de Investigación en Propiedad Intelectual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM durante 2021 y 2022. Asimismo, fue realizada gracias al programa UNAM, PAPIIT, número IN303121.



INTRODUCCIÓN

Como suele suceder con los sismos, que son imposibles de prever, así apareció la pandemia de coronavirus (COVID-19), que a partir de su letalidad y su increíble expansión por todo el mundo puso en jaque a las instituciones de todo tipo, tanto internas de los Estados como internacionales.

Todo empezó en 2019, cuando China dio a conocer al mundo la existencia de casos de neumonía en la ciudad de Wuhan (que es la capital de la provincia de Hubei). Wuhan es una importante ciudad de la República Popular China desde el punto de vista político, económico, histórico y político; basta mencionar que brevemente, en 1927, fue la capital de China. Hasta el momento no se conoce con exactitud cuándo y cómo surgió la enfermedad, lo cual es importante para determinar las medidas preventivas y, en su caso, de responsabilidad. Lo que ahora se sabe es que China tardó dos meses en reconocer la existencia de la enfermedad,¹ al parecer para darle prioridad a la economía respecto de la enfermedad, lo que es muy significativo para nuestro estudio, pues una de las hipótesis que manejamos es que malamente se da preferencia a la economía por sobre los aspectos sociales, como es el caso de la salud de la población.

Desde el 1o. de enero de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) se puso en alerta para analizar el caso;² ya para el

¹ Aguirre, Patricia, “Hablar de COVID-19: aportes a la construcción de una memoria colectiva de la sindemia desde la alimentación”, *Salud Colectiva*, Buenos Aires, vol. 18, 2022, p. 3, disponible en: <http://revistas.unla.edu.ar/saludcolectiva/article/view/4054>.

² La OMS ordenó la creación del Equipo de Apoyo a la Gestión de Incidentes, que funciona en tres niveles de la Organización: la Sede, las sedes regionales y los países; pone así a la Organización en estado de emergencia



12 de enero el gobierno chino hizo pública la secuencia del virus de la COVID-19; al día siguiente, el 13 de enero, se confirmó oficialmente un caso de COVID-19 fuera de China, en Tailandia. El 23 de enero la OMS, por medio de su director general, convocó a un Comité de Emergencia previsto por el Reglamento Sanitario Internacional (RSI 2005) para evaluar si el brote constituía una emergencia de salud pública de importancia internacional. No se llegó a un consenso y se pospuso la decisión por 10 días; sin embargo, antes de que se cumpliera el plazo, el 30 de enero, el director general de la OMS convocó de nuevo al Comité de Emergencia. En esta ocasión sí se llegó a un consenso en el que se advirtió al director general sobre la emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII) que el brote constituía.

Durante dos días, 11 y 12 de febrero, de 2020 se realizó un foro de investigación e innovación sobre la COVID-19 en donde participaron más de 400 expertos de todo el mundo, incluyendo a los mismos peritos chinos. Del 16 al 24 de febrero una misión conjunta OMS-China, con la participación de expertos de Alemania, Canadá, Estados Unidos (centros para el control y la prevención de enfermedades, institutos nacionales de salud), Japón, Nigeria, República de Corea, Rusia y Singapur, realizó una visita de estudio a varias ciudades China, entre ellas Beijing y Wuhan.

El 3 de marzo la OMS publicó el Plan Estratégico de Preparación y Respuesta de la Comunidad Internacional, y el 11 de marzo declaró que la COVID-19 constituía una pandemia; es decir, una enfermedad epidémica que ataca a gran cantidad de individuos de diferentes países. El virus se desperdigó por todo el mundo y por varios meses no se contó con una vacuna.

Es interesante, en este recuento, ver que el 13 de marzo de 2020 se creó el Fondo de Respuesta Solidaria contra la COVID-19

para abordar el brote. Véase COVID-19: cronología de la actuación de la OMS, disponible en: <https://www.who.int/es/news/item/27-04-2020-who-timeli-ne---covid-19>.



“para recibir donaciones de particulares, empresas e instituciones”; o sea, la acción del Estado no estuvo presente y se le dejó a la filantropía internacional. Desde entonces, la infección ataca a miles de personas a lo largo y ancho del globo; entran en crisis los sistemas de salud de los diferentes países, en muchos casos endebles por las políticas neoliberales que han seguido una tendencia a la privatización y al debilitamiento del Estado en materia de salud.

En términos generales, la COVID-19 puso al descubierto las insuficiencias de los Estados en la prestación de una de sus obligaciones fundamentales: velar por la salud de la población. Las políticas económicas dominantes desde la década de los ochenta tratan de reducir al Estado a ser meramente árbitro, dejando que regulen las actividades económicas las leyes del mercado. La pandemia COVID-19 trajo también un impacto a la salud en general, pues desvió la atención y descuidó otras enfermedades también importantes; por ejemplo, la OMS reportó que 25 millones de niños se dejaron de vacunar en 2021, número más alto desde 2009.³

Podemos decir que la COVID-19 nos regresa a la realidad: el Estado no desaparece para ser convertido en un mero árbitro, dejando que las leyes del mercado predominen; al contrario, es necesario un Estado fuerte que haga frente a la pandemia. Simplemente habría que reflexionar que los Estados fuertes, como los asiáticos (China y Corea), con mayor control de su economía, pueden dar una respuesta más rápida, o que Cuba, que siguió invirtiendo en salud, ahora tiene una mayor capacidad de respuesta exportando médicos y vacunas, lo cual puede ser simbólico, pero tratándose de un Estado pequeño y pobre, es significativo. Es una muestra de que el Estado no debe renunciar a su función esencial, insistimos: garantizar la salud de la población.

Por otra parte, la pandemia es de tal magnitud, que pone a prueba el orden internacional y sus instituciones. Como se verá,

³ OMS, “Vaccines and Immunization”, disponible en: https://www.who.int/health-topics/vaccines-and-immunization#tab=tab_1 (fecha de consulta: 2 de agosto de 2022).



las organizaciones internacionales, tanto institucionalizadas (la Organización de las Naciones Unidas —ONU—, la OMS y el Fondo Monetario Internacional —FMI—) como no institucionalizadas (el G-7 y el G-20), han estado lejos de ofrecer una respuesta que resuelva esa contradicción entre el monopolio de explotación que otorga la propiedad intelectual (en adelante PI) a los medicamentos. Asimismo, también pone a prueba el derecho a la salud que los derechos humanos consagran en el derecho internacional. En ese sentido, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) no ha hecho pronunciamiento alguno sobre la PI y los fármacos que desde la década de los noventa se hallan en los tratados de libre comercio.

En efecto, en momentos de una pandemia mundial, que ha cobrado miles de vidas en diferentes países y que encuentra a todos los Estados y a la población en situación de angustia y suma vulnerabilidad, es necesario hacer una reflexión sobre las patentes farmacéuticas que, como veremos, tienen un gran impacto en la salud pública. Para eso, consideramos que es necesario hacer un recuento de la evolución de la PI a partir de la década de los noventa, señalando la importancia y consecuencias de este hecho para la salud, después analizamos, precisamente, el significado de la salud como parte de los derechos humanos.

A varios años de la pandemia, y aún con la imposibilidad de poderla frenar totalmente, lo que nos enseña es la fragilidad del ser humano y lo poco preparado que está para hacer frente a una patología global. Pese a que después de la Segunda Guerra Mundial se creó una importante estructura de organismos internacionales, la pandemia prueba que ésta es ineficaz. En momentos en que era esencial la cooperación internacional, el egoísmo estatal y el dominio por parte de las empresas transnacionales rebasó todo intento de acción coordinada. Al ser rebasada la cooperación internacional y ante las necesidades urgentes de salud, lo que sobresale es que las políticas económicas predominantes han limitado las funciones del Estado, subrayando la privatización en el sistema de salud.



Al momento de escribir estas líneas, finales de 2022, la pandemia COVID-19 sigue causando estragos en el mundo —a menor nivel, pero sigue siendo mortal—, y aunque la prensa internacional ha cambiado su foco de atención a otras calamidades, como la guerra Rusia-Ucrania, es necesario seguir hablando del impacto en las instituciones internacionales para constatar su funcionamiento y, en dado caso, promover una reestructuración. Precisamente, uno de los objetivos de este trabajo es “aprovechar” el impacto tan tremendo de la pandemia, la cual deja al desnudo el orden mundial con todos sus errores, para revisar objetivamente qué no ha funcionado y no dejar de quitar el dedo del renglón en busca de cambios, pues con el actual sistema las pandemias serán recurrentes.

Este trabajo, iniciado dentro de nuestra línea de investigación sobre los aspectos internacionales de la PI, se vio potenciado con la aparición de la pandemia COVID-19; aprovechamos la coyuntura y el confinamiento para observar y analizar el fenómeno de la patología mundial; reflexionar sobre la respuesta de la comunidad internacional y el papel del derecho de la PI en todo este caos que causaba la pandemia.

Nuestro trabajo no iba más allá de esto y los desafíos y preguntas iban apareciendo conforme analizábamos el fenómeno. Nos dimos cuenta de que, a partir del deber ser del orden mundial, la organización no funcionaba de acuerdo con los preceptos originales. El buscar la respuesta al porqué no funcionaba el orden mundial creado a partir de 1945 en un momento tan crucial como el impacto de la pandemia COVID-19 nos llevó a vislumbrar la existencia de un orden mundial paralelo dominado por las poderosas empresas transnacionales, las cuales funcionan en un medio idóneo, como es la globalización económica y un desarrollo tecnológico que marcan una nueva etapa del capitalismo mundial denominado *capitalismo cognitivo*. Eso nos da una explicación del origen de los nuevos parámetros de la PI.

Al respecto, insertar las normas del añejo derecho de la PI al comercio mundial no es para nada una ocurrencia o un proceso



natural; es una medida maestra bien pensada para mantener el dominio de las nuevas tecnologías en una competencia internacional brutal. El problema es cuando esas normas impiden —o se cruzan entre— valores tan preciados como los derechos humanos, y en forma concreta, el derecho a la salud. De estos temas se trata este libro; en suma, es un intento de racionalizar la función de la PI en momentos de la tan mencionada pandemia COVID-19.



CAPÍTULO PRIMERO

ORDEN MUNDIAL Y PANDEMIA: LA REACCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL

I. INTRODUCCIÓN

La pandemia COVID-19 no podemos considerarla como un fenómeno de salud global aislado; en la historia de la humanidad ha sido una anomalía recurrente y, por supuesto, no se necesita ser catastrofista para pronosticar que tendremos otras pandemias como la que azota al mundo desde 2019.

Ahora bien, con la pandemia y su carácter global y omnicomprendivo el orden mundial creado después de la Segunda Guerra Mundial (1945) se encuentra en una situación de replanteamiento ante una profunda crisis que se manifiesta en los millones de contagios y muertes en todo el mundo —no vale la pena colocar una cifra aquí, ya que en el momento en que se escriben estas líneas sigue incrementando—; junto con el impacto económico, las bolsas de valores de todo el mundo caen, las cadenas de producción y de suministro creadas con la globalización de los últimos 30 años se rompen y el precio del petróleo, en 2019, a inicios de la pandemia, se movió dramáticamente por el bajo consumo por parte de China y la disputa entre Rusia y Arabia Saudita por ver quién bajaba la producción petrolera; lo mismo en el caso de las materias primas.¹

¹ “La batalla contra el COVID-19 cambió todo”, *Punto de Partida*, 17 de marzo de 2020, disponible en: <http://puntodepartida1917.blogspot.com/2020/03/la-batalla-contra-el-covid-19-cambio.html> (fecha de consulta: 15 de julio de 2021).



Después, la lucha feroz por conseguir una vacuna en contra del virus invisible de la COVID-19, y una vez que se obtuvo —en tiempo récord—: ¿cómo se distribuye algo que, de conformidad con el orden mundial, es un bien privado que pertenece a los inventores, a los inversionistas? Lo anterior independientemente de la huella de la pandemia en el interior de los Estados donde, aparte de la salud, ha impactado en el trabajo, la educación, las relaciones familiares, la movilidad de las personas e, inclusive, ha producido un cuestionamiento de la población a los gobiernos de cada país por su reacción a la epidemia global.

Pero aquí la pregunta es: ¿cuál es la respuesta de la Organización Mundial ante un fenómeno de salud global de tal magnitud? El orden global se puso, y está a prueba, es una cuestión simple: a un fenómeno global de tal magnitud le debería seguir una respuesta también global; entonces ¿cuál y cómo ha sido la respuesta del orden mundial?

II. LAS PANDEMIAS: FENÓMENOS RECURRENTES EN LA HISTORIA DE LA HUMANIDAD

A lo largo de la historia de la humanidad ha habido una serie de epidemias memorables:² la plaga de Cipriano (250-271); la plaga de Justiniano (541-542); en la Edad Media, la muerte negra (1346-1353). Posiblemente esta plaga primero apareció en China: en 1331 los mongoles la transmitieron al puerto genovés de Caffa, en el mar Negro, y de ahí pasó en barcos a lo que ahora es Italia, y con eso se extendió a todo el continente, aproximadamente en el año 1337. Esta muerte negra, a la que también se le llama “peste”, ha sido una de las más letales en la historia, pues sólo en la región del Mediterráneo se dice que mató a 50 millones de personas.³

² Seara Vázquez, Modesto (coord.), *Pandemia. La crisis catastrófica*, México, Universidad del Mar, 2021, pp. 23 y 24.

³ Catañeda Garza, Diego, *Pandenomics*, México, UNAM, Malpaís, 2020, p. 51.



Desde un punto de vista cronológico, también tenemos en el continente americano la epidemia (1545-1548) que atacó a la población nativa debido a la invasión y conquista española, que se extendió por el territorio que actualmente es México y Centroamérica, causando, aproximadamente, 15 millones de muertes.

Más tarde, en los siglos XVII (1629-1630, 1656-1657) y XVIII (1720), la peste regresaría a Europa por medio de las guerras y el comercio. Lo positivo de las pandemias en Europa es que el Estado puso atención a la salud de la población; por ejemplo, en Francia, en el siglo XVIII, se creó una estructura gubernamental con fondos públicos de salud para hacerle frente a este tipo de problemas. Todavía la peste ha venido apareciendo en forma esporádica durante los siglos XIX, XX y XXI en diferentes regiones del mundo.

En el siglo XX se tienen registradas una serie de epidemias, como la poliomielitis (1916 y 1952) y la influenza en 1918, también llamada “gripe española”, que azotó primero a Europa y Estados Unidos para después extenderse por todo el mundo. Precisamente en este momento de la pandemia COVID-19 se recuerda mucho la gripe española; se toma como punto de referencia por la gran cantidad de daños que ocasionó, que se calculan entre “15 y hasta cien millones de muertes y de 500 millones de infectados”.⁴

Después están la influenza asiática (1957-1958) tipo H2N2; el Síndrome de Inmune Deficiencia Adquirida (sida), que empezó a ser global a partir de 1970; la gripe porcina (2008-2009) (A-H1N1), la epidemia del ébola, que apareció en África entre 2014 y 2016, y el zica, que brotó por primera vez en 1947, en Uganda.

Por otra parte, estas patologías, al parecer, tienen causas múltiples: condiciones de higiene, ausencia de medicamentos, o bien, el rompimiento del equilibrio ecológico existente en un momento dado. Patricia Aguirre, antropóloga y experta en salud, considera que las epidemias aparecen cuando se dan ciertas condiciones:

⁴ Seara Vázquez, Modesto (coord.), *op. cit.*, p. 24.



contacto estrecho con animales; población numerosa y concentrada; una mala alimentación de la población, y fuentes de agua que se usan indiscriminadamente para cocinar, beber, criar animales y fabricar.⁵ Adicionemos un impresionante desarrollo de los medios de transportación que permiten una dinámica movilidad de las personas, que, a su vez, causa el contagio, casi inmediato, de las poblaciones en todos los rincones del mundo.

Lo interesante es que todas estas causas tienen ahora una dimensión global. En este momento, con un sistema económico global donde se establecen modelos de consumo y de producción global, la humanidad no puede estar totalmente a salvo de esas deficiencias, y es imposible dominar a los patógenos con esas condiciones. Entonces, las patologías recurrentes exigen, en beneficio de la humanidad, la creación de una estructura interna e internacional para hacer frente a estos fenómenos globales, lo que exige una profunda reflexión y análisis de la vida del hombre en el planeta, algo que rebasa los límites de este trabajo de investigación. Así que sólo lo dejamos apuntado y nos limitamos a atisbar el orden mundial y la PI.

III. EL ORDEN GLOBAL

La idea de un orden mundial o global ha sido manejada por la disciplina de las relaciones internacionales;⁶ nosotros consideramos que para entender cómo funciona el orden mundial hay que partir de un concepto más amplio, que es el de *sistema de relaciones*

⁵ Aguirre, Patricia, *op. cit.*, p. 8.

⁶ Por ejemplo, John Mearsheimer considera que un orden mundial es “un grupo organizado de instituciones internacionales que ayudan a gobernar las interacciones entre sus miembros”. Si consideramos que el derecho internacional es una institución, convendríamos en que este concepto es adecuado. Sin embargo, también consideramos que es amplio y vago y no nos ayuda a entender la esencia y el funcionamiento del orden mundial. Mearsheimer, John, “Bound to Fall: The Rise and Fall of the Liberal International Order”, *International Security*, vol. 43, núm. 4, 2019, pp. 7-50.



internacionales, el cual comprende todos los fenómenos que actúan a nivel internacional: los sujetos, donde se incluyen desde los sujetos del derecho internacional (el Estado, los organismos internacionales y otros más) hasta los que no lo son, y las asociaciones privadas, las empresas trasnacionales, los individuos que no se comprenden entre los sujetos de derecho internacional y otros más.

Ahora bien, todos esos sujetos están interrelacionados por sus actividades culturales, comerciales, políticas, científicas, deportivas, sociales y demás, y estas innumerables actividades están reguladas por tres tipos de normas: morales, políticas y jurídicas. Precisamente aquí nos interesan las normas jurídicas, que son una especie de sombrilla que se aplica a todos los sujetos del derecho internacional, en forma natural y directa, y en forma indirecta (por la vía de los sujetos) a los no sujetos de derecho internacional. Por otra parte, el derecho internacional es un sistema jurídico específico por la singularidad de sus sujetos, y además, por el carácter horizontal de su manera de creación y aplicación y solución de controversias. Es decir, el derecho internacional no es un sistema centralizado, como lo es el derecho interno en sus funciones legislativas y judiciales; el derecho internacional se aplica, crea y juzga por sus mismos sujetos.

El orden mundial es el que rige en determinado tiempo y espacio; sus normas son dinámicas, en muchos casos autoaplicativas y en otras ocasiones requieren apoyarse en sus sujetos. Además, el orden internacional de posguerra está plasmado primordialmente en un documento normativo, que es la Carta de San Francisco, y toma como base y modelo el orden europeo nacido después de los tratados de Westfalia de 1648. La Carta de San Francisco coloca a la soberanía estatal como base de la organización mundial, con una columna vertebral jurídica que son los principios de derecho internacional, entre los que se cuentan la igualdad soberana de los Estados, la autodeterminación, la no intervención en asuntos internos, la solución de controversias y la acción colectiva.



Con la creación de la ONU como una columna vertebral del orden mundial se pretende reconocer que “sólo un poder establecido ultra determinado y relativamente autónomo respecto de los Estados nación soberanos puede funcionar como el centro del nuevo orden mundial como ejerciendo sobre él una regulación efectiva y cuando es necesario la coerción”.⁷ Aunque teóricamente la ONU no se considera un gobierno global *de facto*, su estatuto y su estructura son como una especie de sol, ya que es el centro de organismos especializados que conforman el sistema de Naciones Unidas. Así, lo que dispone la Carta de San Francisco en su artículo 102⁸ da la idea de un orden mundial con la ONU en el centro.

Ahora bien, el concepto de igualdad soberana es meramente formal, pues nadie afirmaría que hay una igualdad soberana entre una potencia mundial y un Estado pobre que lucha por mantener su sobrevivencia en el sistema de relaciones internacionales. La diferencia entre Estados Unidos y Haití, por ejemplo, es abismal, pero desde la perspectiva del derecho internacional, los dos son Estados soberanos, iguales e independientes.⁹ Esta ficción, en consecuencia, puede mantener el *statu quo* de desigualdad fáctica.

Entonces, el derecho internacional, que es uno de los órdenes normativos que tiene el sistema de las relaciones internacionales, se determina por su carácter horizontal y descentralizado (un

⁷ Hardt, Michael y Negri, Antonio, *Imperio*, Buenos Aires, Paidós, 2002, p. 30.

⁸ “Artículo 102 1. Todo tratado y todo acuerdo internacional concertados por cualesquiera Miembros de las Naciones Unidas después de entrar en vigor esta Carta, serán registrados en la Secretaría y publicados por ésta a la mayor brevedad posible”.

⁹ Ya en otro momento, el jurista y ex juez de la Corte Internacional de Justicia, Mohammed Bedjaoui, hacía un análisis detallado del principio básico del derecho internacional de igualdad soberana de los Estados, llegando a planear un nuevo contenido del principio, ya no meramente político sino económico, como el de “igualdad igualadora”. Bedjaoui, Mohammed, *Towards a New International Economic Order*, París, Unesco, Holmes & Meier, 1979, disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/17?ln=es>.



orden supranacional creado por todos los Estados), situación que tiene sus aspectos positivos y negativos; positivos porque, formalmente, nadie puede estar sobre otro Estado, hay independencia e igualdad entre todos ellos —aunque sea sólo formal—; negativos porque no hay una autoridad que proteja a los Estados pequeños contra la fuerza del Estado poderoso —cualquiera que sea—. El recurso de la jurisdicción internacional es meramente voluntario, o bien el recurso del Consejo de Seguridad de la ONU, que es el órgano que monopoliza la acción colectiva coercitiva, generalmente está bloqueado por la acción de veto de algunos de sus miembros permanentes.

Entonces, el orden mundial se caracteriza por una proliferación de organismos internacionales en diferentes áreas de la cooperación internacional y que tiene en el centro una organización internacional de vocación universal: la ONU. Por su parte, el sistema de Naciones Unidas, como se le denomina, está formado por decenas de organismos internacionales que se unen a la ONU por acuerdos de vinculación (OMS, Unesco, FAO, Unicef, etcétera) y está regulado por el derecho internacional. Precisamente, la existencia de la red de organismos internacionales es una de las características más sobresalientes del orden mundial de la posguerra, pues aparte de novedoso, en el siglo XX fue una apuesta decidida al multilateralismo y a la cooperación internacional. También significó “un nuevo circuito de comunicación que ofrece a los Estados un marco permanente para el tratamiento colectivo de los problemas que les afectan”.¹⁰

En lo que se refiere al orden económico mundial, diseñado después de la Segunda Guerra Mundial, se creó con una estructura que respondiera a un orden mundial de los países capitalistas, ya que los países que conformaron el bloque socialista se organizaron de acuerdo con principios económicos y con sus estructuras propias (Consejo de Ayuda Mutua Económica-CAME,

¹⁰ Merle, Marcel, *Sociología de las relaciones internacionales*, Madrid, Alianza, 1986, p. 313.



o COMECON, por sus siglas en ruso, con claro dominio de la Unión Soviética).

Por la parte capitalista, en 1944, en la localidad de Bretton Woods, en el Estado de Nuevo Hampshire de la Unión Americana, se dieron cita los principales países capitalistas, con el anfitrión a la cabeza, para firmar una serie de acuerdos que, entre otros, establecieron tres instituciones claves del orden mundial capitalista, que se basaba en el libre mercado como premisa y en la vinculación de todas las principales divisas convertibles con el dólar a una paridad fija con base en el mantenimiento del oro como garantía del poder del dólar, con lo que se sostenía que el dólar era tan bueno como el oro, y esas instituciones son: el FMI, que tiene como objetivo acabar con los desequilibrios en la balanza de pagos a los Estados, motivo por el cual ofrece créditos; el Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo (después Banco Mundial, BM)¹¹ y, finalmente, la creación por 23 Estados capitalistas de un Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés: General Agreement on Tariffs and Trade), en 1947, que no creó ningún ente orgánico, sino que consistió en reuniones periódicas de los Estados miembros en las que se negociaban los aranceles con base en el principio de reciprocidad, creando un “código de buena conducta”.

Este modelo económico, con sus tres instituciones internacionales, al final de cuentas no era más que un sistema de hegemonía monetaria estadounidense en el mundo capitalista, ya que

...el desarrollo económico dentro de los Estados Unidos y la estabilización y la reforma en Europa y el Japón quedaban de ese modo garantizados por los Estados Unidos, por cuanto este país acumulaba las ganancias excedentes imperialistas a través de su relación con los países subordinados.¹²

¹¹ Westad, Odd Arne, *La Guerra Fría. Una historia mundial*, trad. de Alejandro Pradera e Irene Cifuentes, Barcelona, Galaxia Gutember, 2018, p. 80.

¹² Hardt, Michael y Negri, Antonio, *op. cit.*, p. 247.



Este orden que siguió a la Segunda Guerra Mundial ha estado sometido a una intensa necesidad de reformas en el marco de las transformaciones que se han dado en las relaciones internacionales.

IV. LA DESCOLONIZACIÓN

El sistema colonial europeo practicado por las potencias a partir del siglo XVI es un importante factor para la conformación de un sistema de auge para Europa. Podemos decir que fue un factor fundamental en la creación del capitalismo, como lo señalan Hardt y Negri:

...el capitalismo había nacido en Europa gracias a la sangre, el sudor y las lágrimas de pueblos no europeos conquistados y colonizados: «la velada esclavitud de los asalariados de Europa necesitaba contar con el pedestal de la ilimitada esclavitud del Nuevo Mundo.¹³

Después de la Segunda Guerra Mundial se inició un movimiento descolonizador que tomó como punto de partida la Resolución 1514 XV, adoptada por la AG-ONU el 14 de diciembre de 1960: la Declaración de Garantías de Independencia para las Colonias y los Pueblos. Esta Resolución fue adoptada por la AG-ONU por una mayoría de Estados (89), ninguno en contra y nueve abstenciones, Australia, Bélgica, Francia, Portugal, España, Sudáfrica, Reino Unido, Estados Unidos y la República Dominicana; a excepción de este último Estado, todos los demás tenían intereses coloniales.

Aunque el proceso de descolonización continuó en la década de los noventa —y el cual aún continúa—, el fenómeno de los años sesenta es muy significativo porque los antiguos imperios europeos se retiraron de sus colonias en África y Asia, lo que, a nivel internacional, indudablemente, da una sensación de

¹³ *Ibidem*, p. 118.



universalización total de las relaciones internacionales, como lo podemos constatar con ese activismo de los países subdesarrollados en la Asamblea General de la ONU (AG-ONU) durante las décadas de los sesenta y setenta del siglo pasado. Esto es muy perceptible en la formación de grupos que incluían a los países no subdesarrollados, por ejemplo, el grupo de los no alineados o el Grupo de los 77 en el seno de la AG-ONU.

Sin embargo, el proceso de descolonización no garantizó una justicia internacional, sino que produjo nuevas formas de dominio que funcionan a nivel global —y a las que nos referiremos más adelante—; además, podemos marcar una insuficiencia del orden mundial. En principio, ante la necesidad de cambios estructurales y una necesidad de reformas de la legalidad internacional, el sistema muestra sus carencias y límites, que son difíciles o imposibles de rebasar; basta un ejemplo: el proyecto de la Carta de Derechos Económicos de los Estados, que se discutió a principios de la década de los setenta en el seno de la AG-ONU, que a pesar de que se aceptó por una mayoría de 120 Estados, no se consideró jurídicamente vinculante por provenir de una resolución de la AG-ONU, lo cual evidencia una incapacidad del sistema de 1945 de creación normativa y, lo más importante, la negativa de los países desarrollados de aceptar un nuevo orden económico internacional, más distributivo.¹⁴

Además, la votación mayoritaria, que fue a favor del proyecto del tercer mundo, marcó el inicio de la crisis del multilateralismo; precisamente, al terminar la votación sobre la Carta, la historia registra que el jefe de la Delegación estadounidense pronunció un discurso público en el que se refirió a la “tiranía de las mayorías” en la ONU y “amenazó, de manera velada, con

¹⁴ La Carta fue aprobada por la AG-ONU con una mayoría de 120 Estados, mediante la Resolución 3281 (XXIX) en 1974. Fue aprobada con 120 votos a favor, seis en contra (Estados Unidos, Gran Bretaña, la República Federal de Alemania, Bélgica, Luxemburgo y Dinamarca) y 10 abstenciones (Austria, los Países Bajos, Canadá, España, Francia, Japón, Noruega, Irlanda, Israel e Italia).



el retiro eventual de su país, si estas mayorías siguen actuando contra los intereses de los países ricos en vista de una supuesta falta de apoyo para el organismo mundial en la opinión pública norteamericana”.¹⁵

Si vemos con una mirada retrospectiva el desarrollo de la ONU, podemos decir que, si bien los Estados Unidos no se han retirado del todo de los organismos como éste —aunque su apoyo ha tenido altibajos, ya que en varios momentos se ha negado a cubrir sus cuotas—, en realidad las grandes potencias han optado por crear organizaciones sin una estructura institucional, en donde se reúnen a discutir la agenda internacional que les interesa y a tomar decisiones —es el caso del Grupo de los 7 o el Grupo de los 20—. Por eso, al mantener la misma estructura jurídica de antes de la descolonización, lo que vemos es que las potencias ejercen otro tipo de colonización en sus ex colonias, un neocolonialismo económico en el que ya no se envía soldados, sino grandes empresas transnacionales. Que en un “espíritu civilizatorio” llevan maneras de comercialización y de consumo del primer mundo.

V. LA ONU ANTE LA PANDEMIA COVID-19

La ONU tiene una estructura que se puede ocupar de atender el desequilibrio internacional producido por desastres o catástrofes, en donde son importantes el papel del Consejo Económico y Social o de la AG-ONU; sin embargo, tienen la debilidad de que sus resoluciones no son vinculantes, pues forman parte del cúmulo de disposiciones que se denomina *soft law* (normas que, indudablemente, no son vinculantes pero que pueden servir de parámetro o modelo de actuación de los Estados). Tal es el caso

¹⁵ Bancomext, “Editorial: Aprobación de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados”, *Comercio Exterior*, México, diciembre de 1974, p. 1223, disponible en: http://revistas.bancomext.gob.mx/rce/magazines/415/7/CE_DICIEMBRE_1974.pdf (fecha de consulta: 19 de enero de 2022).



de la llamada Agenda 2030, adoptada por la AG-ONU en 2015 y que establece un catálogo de 17 objetivos y 19 metas a alcanzar por la comunidad internacional en un plazo de 15 años.¹⁶ Si la comunidad internacional se abocara decididamente a cumplir con los 17 objetivos que la Agenda contiene, sin duda se produciría una revolución mundial; el caso es que, al no ser un documento vinculante, se deja a la discrecionalidad de los Estados cumplirla. Lo mismo sucede con los desastres: la AG-ONU, en 1987, declaró la década de los noventa la década internacional para la reducción de los desastres naturales.¹⁷

En forma concreta, durante la historia de su funcionamiento la ONU y su sistema ya se han ocupado del problema de la salud global; por ejemplo, la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI), la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y el órgano especializado en salud, la OMS, se han preocupado por la fabricación de vacunas en los países en desarrollo, o bien, por la transferencia de tecnología para la producción de fármacos. La OMS, a principios de la década de los ochenta, creó el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales.¹⁸

Con motivo de las crisis de salud en África Occidental durante 2014 y 2015, el secretario general de la ONU creó el Equipo de Tareas sobre las Crisis Sanitarias Mundiales, que, a su vez, fundó, en 2017, la denominada Junta de Vigilancia Mundial de la Preparación (GPMB, por sus siglas en inglés), que fue cofundada por el BM y la OMS. Así, sus objetivos son evaluar la capacidad del mundo para protegerse de las emergencias sanitarias; identificar las deficiencias críticas en la preparación desde múltiples perspec-

¹⁶ Agenda 2030, A/RES/70/1.

¹⁷ Las resoluciones de la AG-ONU 44/236, 49/22 A, 50/117 A y 53/185 nos hablan de la importancia que la comunidad internacional concede a este tema y se convoca a la cooperación internacional.

¹⁸ Velázquez, Germán, "Repensando la fabricación mundial y local de productos médicos tras el COVID-19", Ginebra, South Centre, junio de 2021, p. 11, disponible en: <https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2021/06/RP-11-8-ES.pdf>.



tivas, y abogar por actividades de preparación con líderes y tomadores de decisiones nacionales e internacionales.¹⁹

Los 15 miembros de la GPMB son líderes políticos, jefes de agencias y expertos, y está encabezada conjuntamente por la Dra. Gro Harlem Brundtland, ex primera ministra de Noruega y directora general de la OMS, y el Sr. Elhadj As Sy, secretario general de la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Con esta estructura la GPMB, en su informe de 2019, “A World at Risk” (Un mundo en peligro), y cuando la crisis de la pandemia COVID-19 aún no se vislumbraba en el panorama de la salud,

...alentaba sobre el peligro de que se produjeran epidemias generalizadas y el mundo no estaba preparado y que el manejo de las enfermedades que suelen provocar epidemias, como el ébola, la gripe y el síndrome respiratorio agudo grave (SRAG), era cada vez más difícil en vista de los conflictos prolongados, los Estados frágiles y la migración forzada.²⁰

Ya con la pandemia COVID-19 en el panorama mundial, en su reporte de 2020 la GPMB, en una especie de *think tank* internacional en materia de salud, puso al descubierto varias cosas: la crisis del multilateralismo, la necesidad de la reforma de las instituciones internacionales y el excesivo nacionalismo. Y en un realismo sorprendente, equiparó a la ONU con el G-7, cuando sabemos que el último no es un organismo internacional y, más bien, ha suplantado a la organización internacional creando un órgano de potencias económicas.²¹

¹⁹ GPMB, Un mundo en peligro. Informe anual sobre preparación mundial para las emergencias sanitarias, Ginebra, OMS, 2019, disponible en: <https://www.gpmb.org/annual-reports/annual-report-2019>.

²⁰ Banco Mundial, “Fortalecimiento de los sistemas de salud y preparación para casos de pandemia”, disponible en: <https://www.bancomundial.org> (fecha de consulta: 15 de agosto de 2022).

²¹ “Uno de los mayores desafíos de la pandemia de COVID-19 es la falta de cooperación multilateral. Aunque han surgido muchas iniciativas novedosas



Por otra parte, el Reporte puso al descubierto el débil sistema mundial antes de la COVID-19, que es sumamente complejo y difícil de entender. Por eso el GPMB realizó una serie de recomendaciones que, independientemente de la ausencia de vinculatoriedad, es interesante conocer porque, al mismo tiempo, nos da una visión de lo que no funciona bien en el sistema internacional frente a una emergencia global:

- Los jefes de gobierno deben comprometerse e invertir. Los jefes de gobierno de todos los países deben comprometerse a mejorar la preparación aplicando las obligaciones vinculantes que les corresponden en virtud de Reglamento Sanitario Internacional (RSI, 2005)...

que permiten ser relativamente optimistas, las tensiones políticas transnacionales relativas a las medidas para hacer frente a la COVID-19 y el nacionalismo excesivo han obstaculizado las actividades de respuesta a la pandemia en el plano mundial. Es necesario reformar las organizaciones multilaterales, pero si se reduce la financiación de la OMS se pondrá en peligro la labor de la organización sanitaria fundamental de las Naciones Unidas, aun cuando los países cuentan con ella para que les ayude a diseñar sus actividades de respuesta para hacer frente a la pandemia. La falta de colaboración ha obstado para la adopción de medidas multilaterales en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y el G7. Muchas de esas tensiones ya existían antes de que la pandemia se suscitara, pero la COVID-19 ha dejado al descubierto los costos de disponer de un sistema multilateral debilitado. Aunque el desarrollo de vacunas ha avanzado a una velocidad asombrosa y en esas iniciativas han participado numerosos investigadores, empresas y colaboradores, es posible que la producción y la distribución en el plano mundial de una vacuna eficaz lleve meses, o incluso años, al igual que la recuperación económica. La COVID-19 podría convertirse en una crisis compleja y prolongada que podría agravarse debido a otros desafíos, por ejemplo, el cambio climático. El estado en el que el mundo se encontrará al salir de esta crisis dependerá de si los países, los actores y las comunidades superan su reticencia a trabajar *de consuno* y de la manera en la que lo hagan. Frente a nosotros yacen dos futuros: uno en el que los países se refugian en el nacionalismo, aumentan las tensiones y los conflictos transnacionales y las organizaciones multilaterales se debilitan; y otro en el que los dirigentes trabajan de consuno para adoptar medidas audaces a fin de reformar, fortalecer y respaldar el sistema multilateral". GPMB, Un mundo en desorden. Informe anual sobre preparación mundial para las emergencias sanitarias, Ginebra, OMS, 2020, disponible en: <https://www.gpmb.org/annual-reports/annual-report-2020>.



- Los países y las organizaciones regionales deben dar ejemplo. Los Estados Miembros del G7, G20 y G77, y las organizaciones intergubernamentales regionales deben cumplir los compromisos políticos y financieros adquiridos con respecto a la preparación...
- Todos los países deben construir sistemas sólidos. Los jefes de gobierno deben designar a un coordinador nacional de alto nivel con autoridad... para poner en marcha una preparación eficaz y mantenerla.
- Los países, los donantes y las instituciones multilaterales deben prepararse para lo peor. La propagación rápida de una pandemia debida a un patógeno respiratorio letal (de origen natural o liberado accidental o intencionadamente) conlleva requisitos adicionales de preparación. Los donantes y las instituciones multilaterales deben garantizar inversiones suficientes para el desarrollo de vacunas y tratamientos innovadores, la capacidad de fabricación en caso de aumento de la demanda, los antivíricos de amplio espectro e intervenciones no farmacéuticas adecuadas. Todos los países deben poner en marcha un sistema para compartir de inmediato las secuencias genómicas de todo patógeno nuevo con fines de salud pública, junto con los medios para compartir contramedidas médicas limitadas entre países.
- Las instituciones de financiación deben vincular la preparación con la planificación de los riesgos económicos. Para mitigar las graves consecuencias económicas de una epidemia nacional o regional y/o una pandemia mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial deben redoblar con urgencia sus esfuerzos por integrar la preparación en las evaluaciones de los riesgos económicos y de los aspectos institucionales...
- Las entidades que financian la asistencia para el desarrollo deben generar incentivos e incrementar la financiación para la preparación. Los donantes, las instituciones



internacionales de financiación, los fondos mundiales y las asociaciones filantrópicas deben incrementar la financiación para los países más pobres y más vulnerables a través de la asistencia para el desarrollo destinada a la salud, y ofrecer acceso mejor y más temprano al Fondo Central para la Acción en Casos de Emergencia con objeto de colmar los déficits de financiación asignada a sus planes de acción nacionales sobre seguridad sanitaria...

- Las Naciones Unidas deben fortalecer los mecanismos de coordinación. La OMS debería introducir un enfoque con objeto de movilizar a la comunidad nacional, regional [cuyo objetivo sería ayudar a los países en desarrollo a aumentar la producción local de tecnologías de salud críticas necesarias para combatir la COVID-19, incluidos equipos de protección personal y dispositivos médicos y diagnósticos como ventiladores].
- Emergencia de salud pública de importancia internacional [ESPII] con arreglo al RSI (2005).²²

El cumplimiento de cada una de estas recomendaciones lleva una gran complicación y cambios fundamentales en el sistema de relaciones internacionales, ya que exige poner atención a la salud como una obligación de los Estados; no dejarlo a la iniciativa privada, y a nivel internacional, volver al multilateralismo que ha estado penosamente ausente. En realidad, si en todo momento estas recomendaciones se hubieran cumplido, quizá hubiera cambiado la historia de la pandemia COVID-19. Aunque hay que observar que las recomendaciones del GPMB no tocan algo fundamental, que es el terminar con el monopolio de las grandes empresas transnacionales en la producción de medicamentos, aun con dinero público, como se ve en la crisis de la pandemia COVID-19. Por supuesto, eso tendría que ver

²² GPMB, “Un mundo en peligro”, *cit.*



también con revisar las normas de la PI, algo que no se plantea en las propuestas que antes vimos.

1. *El proyecto Tech Access Partnership*

Cuando la COVID-19 ya se había declarado, el sistema de Naciones Unidas realizó, de manera mancomunada, un esfuerzo interesante para el acceso a la tecnología; nos referimos al proyecto Tech Access Partnership (TAP) diseñado por el Banco de Tecnología de las Naciones Unidas junto con el Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas (PNUD), la UNCTAD y la OMS, que fue lanzado en mayo de 2020.²³ Fundamentalmente, el TAP trata de crear puentes y acuerdos para fortalecer la respuesta a la pandemia COVID-19 por parte de los países en desarrollo, concretamente, darles más acceso a las tecnologías de la salud.

Llama la atención que si la iniciativa TAP trata de allanar el acceso a los países en desarrollo a las tecnologías de la salud, sea omisa en mencionar a la PI, que es uno de los principales elementos a discutir. Quizá ese silencio se deba a considerar que no es el órgano adecuado para contender ese tema; más bien, la OMPI, o bien la Organización Mundial del Comercio (OMC), son los foros donde dicho tema se debe tratar, lo que nos llevaría a considerar una peligrosa fragmentación internacional. Por otra parte, la participación de la OMS significa que este organismo internacional de salud cambia su orientación, de una postura de no impulsar la producción local —si ya está en las grandes empresas— a impulsar el desarrollo de vacunas y demás insumos contra las pandemias a nivel local.

²³ “UN agencies launch Tech Access Partnership in Joint Effort to Scale up Local Production of Life-Saving Health Technologies for COVID-19”, Technology Bank for the Least Developed Countries, 12 de mayo de 2020, disponible en: https://www.un.org/technologybank/content/launch_tech_access_partnership (fecha de consulta: 3 de agosto de 2022).



2. *El secretario general de la ONU*

Cuando se discutía en Dumbarton Oaks el diseño de la ONU, los Estados Unidos propusieron un órgano bicéfalo: el presidente y el secretario general.²⁴ El primero estaría encargado de las funciones políticas y ejecutivas de la nueva organización; en cambio, el secretario general se encargaría de las funciones administrativas internas. Esta idea se abandonó para dar lugar a un órgano único, denominado secretario general, que comprende las dos funciones. Entonces, resultó un órgano unipersonal que parece un órgano ejecutivo de un Estado, con facultades muy limitadas. Precisamente, un aspecto que los fundadores de la ONU tuvieron que decidir fue sobre si las funciones del secretario general estarían expresamente limitadas o serían discrecionales, y aquí la decisión fue darle facultades discrecionales, como se puede ver en el artículo 99,²⁵ en donde se le deja a la “opinión” del secretario general la decisión de qué asuntos ameritan ser llevados al Consejo de Seguridad (CS-ONU) por considerar que ponen en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

Durante los momentos más críticos de la pandemia el secretario general de la ONU, António Guterres, fue un actor activo con frases memorables que sacudían pero no hacían reaccionar a los poderes fácticos internacionales. Por ejemplo, fue muy incisivo en el impacto de la pandemia en los conflictos armados, tratando de proteger a los civiles de los países en conflicto ante la pandemia por coronavirus, por eso hizo un llamado “a un alto el fuego inmediato y global”, y para sostener su convocatoria afirmó: “la furia del virus revela claramente que la guerra es una locura”. Tal frase es contundente y está llena de sabiduría, pero no tuvo eco entre los actores de los conflictos armados.

²⁴ Simma, Bruno *et al.* (eds.), *The Charter of the United Nations. A commentary*, 3a. ed., Oxford University Press, 2012, vol. II, p. 2011.

²⁵ Artículo 99. El Secretario General podrá llamar la atención del Consejo de Seguridad hacia cualquier asunto que en su opinión pueda poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.



En principio, el 25 de marzo de 2020, el secretario general de las Naciones Unidas, António Guterres, hizo público el denominado “Plan global de respuesta humanitaria para luchar contra la pandemia de la COVID-19” (Plan Global contra la COVID-19)²⁶ en el marco de los propósitos fundamentales de la ONU, siendo uno de ellos la cooperación internacional. El Plan Global contra la COVID-19 tiene un valor de “USD 2000 millones, que servirá para luchar contra la enfermedad por coronavirus (COVID-19) en algunos de los países más vulnerables del mundo”.

Dicho plan contra la COVID-19 lo aplicarían los organismos de las Naciones Unidas junto con las organizaciones no gubernamentales (ONG) para realizar lo siguiente:

- Entregar equipos de laboratorio necesarios para hacer pruebas de detección del virus, y suministros médicos para tratar a los pacientes;
- Instalar puestos de lavado de manos en campamentos y asentamientos;
- Lanzar campañas de información pública sobre cómo protegerse y proteger a los demás del virus, y el
- Establecimiento de puentes aéreos y centros de distribución en África, Asia y América Latina para trasladar suministros y a los trabajadores humanitarios hasta los lugares donde más se los necesite.

Como se ve, estas disposiciones son meramente paliativas; tienden a resolver un asunto del momento y no van al núcleo del asunto (hacer accesibles los fármacos a la población) ni mucho menos abordan el problema de la tecnología necesaria para poder producir a menor costo los fármacos de patente. Por supuesto, son útiles y necesarias, pero no suficientes para resolver

²⁶ Global Humanitarian Response Plan, abril-diciembre de 2022, UN Coordinated Appeal, disponible en: <https://www.unocha.org/sites/unocha/files/Global-Humanitarian-Response-Plan-COVID-19.pdf>.



un problema de carácter estructural. Entonces, el problema de la pandemia COVID-19 se va a los órganos de decisión de la ONU.

3. *La Asamblea General*

La AG-ONU es el único órgano de las Naciones Unidas en donde tenemos la representación de todos sus miembros; está considerada como una conferencia, no un parlamento; es el fórum mundial más importante de discusión; su competencia está definida por su artículo 10,²⁷ que faculta a la AG-ONU para “discutir cualesquier asuntos o cuestiones dentro de los límites de esta Carta...”. No obstante, al ser la AG-ONU el órgano de máxima representación de los miembros de la organización, deberían tener mayor peso sus deliberaciones y decisiones, no estar limitadas a meras recomendaciones.

Durante la pandemia la AG-ONU se ocupó del asunto; una de sus sentencias más significativas es la Resolución 74/274, adoptada por consenso de los 193 miembros el 20 de abril de 2020, promovida por México y titulada “Cooperación internacional para garantizar el acceso mundial a los medicamentos, las vacunas y el equipo médico con los que hacer frente a la COVID-19”.²⁸

La resolución de la AG-ONU tiene virtudes y limitaciones: por un lado, visualiza ya el alcance de una futura vacuna, reclamando un acceso equitativo a la misma, además, subraya la

²⁷ Artículo 10. La Asamblea General podrá discutir cualesquier asuntos o cuestiones dentro de los límites de esta Carta o que se refieran a los poderes y funciones de cualquiera de los órganos creados por esta Carta, y salvo lo dispuesto en el Artículo 12 podrá hacer recomendaciones sobre tales asuntos o cuestiones a los Miembros de las Naciones Unidas o al Consejo de Seguridad o a éste y a aquellos.

²⁸ “International Cooperation to Ensure Global Access to Medicines, Vaccines and Medical Equipment to Face COVID-19 (A/74/L.56)”, Draft Resolution, 20 de abril de 2020, disponible en: <https://www.un.org/pga/74/2020/04/20/international-cooperation-to-ensure-global-access-to-medicines-vaccines-and-medical-equipment-to-face-covid-19-2/> (fecha de consulta: 23 de abril de 2020).



importancia del papel que juega la OMS, y esto cobra significado en el momento en que había un embate del gobierno de los Estados Unidos contra dicho organismo. Por otro lado, se pide “reforzar la cooperación científica internacional para combatir al covid-19 e intensificar la coordinación”, incluyendo al sector privado. Lo anterior importa porque contempla la acción conjunta en la investigación, entendida entonces no sólo como una carrera individual para ver “quién llega primero a la mina de oro”, como suele ser en la competencia entre los grandes y hegemónicos consorcios de las farmacéuticas privadas.

Asimismo, la Resolución plantea el objetivo de poner las vacunas “a disposición de todos aquellos que las necesitan, especialmente en los países en desarrollo”, y solicita al secretario general de la ONU asegurar que los recursos comprometidos permitan “garantizar un acceso y distribución justo, transparente, equitativo y efectivo” de una futura vacuna o medicamento para combatir la terrible enfermedad. Este es, desde luego, un asunto clave.

Ahora bien, las limitaciones de la Resolución, en principio, tienen que ver con la naturaleza jurídica de ésta, pues es meramente recomendatoria. Una resolución de la AG-ONU está en el ámbito del *soft law*, en tanto no es obligatoria ni implica un compromiso para los Estados; sin embargo, puede convertirse en derecho “duro” si la comunidad de Estados en general actúa en concordancia con ella, o bien, si después conforma el contenido del derecho convencional.

Con esto se entenderá que hubiera sido importante que la resolución se hubiera tomado en el seno del CS-ONU,²⁹ que es el único órgano de la ONU que puede dictar sentencias de carác-

²⁹ De hecho, el CS-ONU, a partir de la pandemia COVID-19, discute dos textos (hasta el 20 de abril del 2020), uno de origen tunecino y otro francés, para apoyar el llamado al cese al fuego general lanzado el 23 de marzo por el jefe de la ONU para facilitar la lucha contra la enfermedad. Véase “Países de la ONU piden «acceso equitativo» a futuras vacunas contra COVID-19”, *Listín Diario*, 21 de abril de 2020, disponible en: <https://listindiario.com/las-mundiales/2020/04/21/614103/paises-de-la-onu-piden-acceso-equitativo-a-futuras-vacunas-contra-covid-19> (fecha de consulta: 22 de abril de 2020).



ter vinculante en casos que pongan en peligro la paz y la seguridad internacional, así se hubiera creado un gran precedente que rompería el concepto de *seguridad internacional* como un evento que está asociado a los conflictos armados. ¿Qué más, una pandemia como la COVID-19 que tiene un impacto de tal magnitud y que afecta globalmente a la salud y a la economía? Por otra parte, la Resolución, al no mencionar a la PI, deja cabos sueltos que el actual sistema —como lo vemos en este trabajo— no tiene posibilidad de resolver, nos referimos a los monopolios de explotación que crea la PI.

4. *El Consejo de Seguridad de la ONU y la seguridad internacional en el marco de la pandemia*

Desde el siglo XVII el concepto de *soberanía* es, y ha sido, fundamental en la construcción del Estado, del derecho internacional y, por supuesto, también de la organización internacional. Evidentemente, este concepto ha evolucionado de manera esencial a través de los siglos; de ser un concepto que permite al Estado encerrarse y mantener una independencia total y una igualdad jurídica entre sus pares, ha pasado a ser un concepto que si bien permite la existencia del derecho internacional, está limitado por una preocupación universal o, como se dice ahora, de “preocupación global”. Tal es el caso de los derechos humanos o el medio ambiente.

Por otro lado, el concepto de soberanía está ligado íntimamente con el de *seguridad internacional*, que, a su vez, está relacionado con la capacidad militar, la defensa de la integridad territorial, la independencia de los Estados y el estallamiento de un conflicto bélico que ponga en peligro la paz. Sin embargo, precisamente la pandemia COVID-19 nos está enseñando que la seguridad internacional va más allá de esta noción cerrada de mantenerse indemne o protegido en momentos de conflagraciones bélicas. Justo ese brutal rompimiento de la salud a nivel global que afecta no sólo a la integridad de millones de personas,



sino a la economía y a las instituciones sociales, es un atentado a la seguridad de la comunidad internacional.

Ahora bien, hay que tomar en cuenta que si hablamos de seguridad dentro del concepto de soberanía, podemos comprender en la seguridad en salud un doble componente. El primero sería el componente interno, en donde el Estado es el garante esencial de la salud de su población; entendiendo *salud* conforme a la definición elaborada por la OMS en 1948: “es un estado de completo bienestar, físico, mental y social y no sólo la ausencia de enfermedad”, definición que fue modificada por la misma OMS en 1986, al agregar a la idea original: “Un recurso para la vida diaria, no el objetivo de la vida en sí. Salud es un concepto positivo que pone el énfasis en recursos sociales y personales, lo mismo que en capacidades físicas”.³⁰

Pues bien, si partimos de este concepto de salud veremos que para el cumplimiento de la seguridad en salud el Estado tendría dos alternativas —que son las más comunes—: la primera se refiere a una perspectiva de carácter neoliberal mediante la cual se entendería que el Estado solamente está garantizando la libertad del individuo en el cuidado de su salud, y para eso permite la existencia de una medicina administrada por las empresas privadas; otra perspectiva sería de carácter social, en donde el Estado es el que garantiza plenamente la salud de la población mediante infraestructura, medicinas y médicos. Por supuesto, la primera perspectiva, con la pandemia COVID-19, ha mostrado un verdadero fracaso, puesto que los Estados que se han mantenido con cierto nivel de seguridad social pública han tenido mayor posibilidad de cuidar a su población. Los casos más relevantes podrían ser China y Cuba, pero independientemente del cuestionamiento al sistema político, son países que no sólo han mantenido un sistema de salud cercano a la población, sino que

³⁰ Sarquís Ramírez, David Jamile, “La salud y la seguridad nacional ante el COVID-19: reflexiones en torno a la gobernanza mundial para la salud global y la seguridad humana”, *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, núm. 140, mayo-agosto de 2021, p. 149.



también han invertido en el desarrollo de vacunas. Si se comparan las experiencias de Estados Unidos frente al COVID-19 con las de China, evidentemente sale perdiendo Estados Unidos, una potencia económica y militar que, de todas maneras, ha insistido en mantener la privatización de su sistema de salud.

El segundo componente de la seguridad en salud es el internacional. Si bien el tema de la salud como preocupación mundial no es nuevo —ahí está la creación de la OMS, como ejemplo—, en realidad no ha estado siempre en el centro de la atención mundial; es a partir de las pandemias más recientes, como el sida, el virus de inmunodeficiencia humana (VIH), el síndrome agudo respiratorio severo (SARS), el ébola, el virus del Zika, y de manera reciente la COVID-19, que tomó un lugar en la atención mundial.

La COVID-19 también pone de manifiesto ciertas características del orden mundial. En principio, recordemos que el acento en la Carta de San Francisco se dio en la seguridad internacional; durante todo el siglo pasado el concepto de seguridad internacional giró alrededor de detener las guerras o conflictos internos causantes de severas violaciones de derechos humanos, y el órgano de la ONU apropiado para enfrentar los conflictos fue el CS, para lo cual se le proveyó, de acuerdo con el capítulo VII de la mencionada Carta, de capacidad de dictar resoluciones coercitivas.

Después del fin de la Guerra Fría el CS-ONU se ha venido convirtiendo en un órgano más activo; incluso se le ha calificado de órgano legislativo, sobre todo después del ataque a las torres gemelas en 2001, cuando se crearon comités contra el terrorismo. Estos comités dictan resoluciones que se introducen en los Estados hasta afectar a los individuos.

En efecto, el CS-ONU, con base en el artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas, ha establecido una serie de comités de sanciones, y otros,³¹ precisamente, en materia de lucha contra el terrorismo. Así, mediante su Resolución 1373 (2001), creó el

³¹ Consejo de Seguridad, Comité de Sanciones y otros comités, Naciones Unidas, disponible en: <https://www.un.org/securitycouncil/es/content/repertoire/sanctions-and-other-committees> (fecha de consulta: 10 de julio de 2020).



Comité contra el Terrorismo y la Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo, compuesta por una estructura jurídica donde se dictan resoluciones obligatorias para los Estados.

Ahora bien, si partimos de la premisa de que la pandemia COVID-19 ha causado a nivel global un impacto impresionante no sólo a la salud, sino a la economía, indudablemente podemos colegir que la paz y la seguridad internacionales —competencia del CS-ONU— están en peligro, por lo cual el órgano de las Naciones Unidas diseñado para dictar resoluciones de carácter vinculatorio se debería activar, como ha sucedido en otra ocasión.

Justamente, en otro momento el CS-ONU ya ha discutido el impacto de las pandemias en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales: en el 2000 por primera vez se discutieron las implicancias de la pandemia del VIH/sida en el contexto de la paz y la seguridad en África. En ese entonces se adoptó una resolución que es trascendente, ya que en su parte preambular considera que si el VIH/sida “no se controla, puede plantear un riesgo a la estabilidad y la seguridad”; por lo demás, la Resolución del CS-ONU es bastante ambigua, pues sólo “alienta a los Estados a la cooperación internacional”, en desdén de las enormes facultades que tiene de conformidad del capítulo VII de la Carta de la ONU. Lo que hay que subrayar es el reconocimiento que hace el CS-ONU, de que una emergencia de salud puede plantear un riesgo a la estabilidad y la seguridad o, por qué no decirlo en sus palabras técnicas, puede poner en peligro la paz y la seguridad internacionales.

En esa línea, posteriormente en el caso del ébola en África, en 2014, de nuevo el CS-ONU se ocupó del asunto; en esa ocasión, mediante la Resolución 2177 (2014), determinó que el alcance sin precedentes del brote de ébola en África constituía una amenaza a la paz y la seguridad internacionales. Dicha Resolución, a diferencia de su precedente, convocó a la cooperación internacional y a la participación de los demás órganos de las Naciones Unidas.



Por otra parte, en el marco de la pandemia COVID-19 el CS-ONU ha dictado varias resoluciones; es también importante mencionar la propuesta franco-tunesina, que se venía discutiendo en Nueva York durante varias semanas y que proponía el llamado al cese al fuego con motivo de la pandemia COVID-19 hecho por el secretario general.

Como una respuesta al llamamiento del secretario general de la ONU, Antonio Guterres (23 de marzo de 2022), ya en el marco de la pandemia COVID-19, el CS-ONU aprobó, el 1o. de julio de 2020, por unanimidad de sus 15 miembros, la Resolución 2532 (2020) (R-CS-ONU 2532),³² que en principio reconoce la importancia del multilateralismo, al afirmar que

...la lucha contra esta pandemia requiere mayor cooperación y solidaridad a nivel nacional, regional e internacional, así como una respuesta internacional coordinada, inclusiva, amplia y global en que las Naciones Unidas desempeñen una función clave de coordinación.

Además, la Resolución exige “un cese general e inmediato de las hostilidades en todas las situaciones de su agenda” y aun de aquellas que no están en ella, además de que “se comprometan inmediatamente en una pausa humanitaria duradera durante al menos 90 días consecutivos”. Solicita que el secretario general de la ONU acelere la respuesta internacional a la pandemia de coronavirus, que actualice periódicamente al CSNU y que “dé instrucciones a las operaciones de mantenimiento de la paz para brindar apoyo y mantener la continuidad de las operaciones”; también “reconoce la importancia crítica [del] papel de la mujer en los esfuerzos de respuesta al COVID-19 y el severo efecto sobre los vulnerables, y decide mantener la supervisión”.

Además de su contenido, esta Resolución es importante porque involucra al CS-ONU en cuestiones de una pandemia —aun-

³² Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, Resolución 2532 (2020), 1o. de julio de 2020.



que no decide ocuparse él mismo del asunto y le pasa la tarea al secretario general—. Por su parte, la Resolución 2525 (2020) del CS-ONU, del 3 de junio de 2020,³³ respecto a la situación de Sudán, también hace referencia al peligro de la COVID-19: “...apoyo al Sudán en sus esfuerzos por contener la propagación de la COVID-19, en particular para facilitar y respaldar el acceso humanitario sin trabas, incluso a los campamentos de desplazados internos...”.

5. La Resolución 2565 del Consejo de Seguridad

Más adelante tenemos la Resolución 2565, del 26 de febrero de 2021 (CSR-2565), con motivo de la pandemia COVID-19, la cual es bastante vaga al no crear compromisos para los miembros de la ONU; sin embargo, hace definiciones que pueden ser importantes en la conformación de un nuevo concepto de seguridad internacional, en el que se incluyen también las emergencias sanitarias. De esta CSR-2565 se puede desprender lo siguiente:

- La R-2565 es parte de una secuela de resoluciones tanto del mismo CS [recordando sus resoluciones 2286 (2016) y 2532 (2020) y las resoluciones de la AG-ONU 74/270 y 74/274].
- Tomando como centro a la ONU, convoca a la cooperación internacional en la lucha contra de la COVID-19.
- El CS-ONU hace eco del llamado de la OMS para la cooperación científica y del *Acelerador Act* de la OMS.
- Convoca a que la comunidad internacional mantenga el acceso equitativo a vacunas en tres situaciones: conflicto armado, situaciones de posconflicto y emergencia humanitaria compleja.³⁴

³³ *Ibidem*, Resolución 2525 (2020), 3 de junio de 2020.

³⁴ Según la FAO, “Una emergencia compleja es una crisis humanitaria grave que suele ser el resultado de una combinación de inestabilidad política, con-



- Postula también la inmunización generalizada contra la COVID-19 como “bien público mundial”. Este es un concepto diferente al de la “vacuna como *res publica*”. ¿En qué estriba la diferencia? Mientras que la primera toma como *res publica* a la inmunización generalizada, es decir, al acto de inmunización de la población total, en la segunda acepción se toma al mecanismo para lograr la inmunización, o sea, a la vacuna. Esta segunda acepción significaría que la vacuna no está sujeta a las reglas del mercado que le da la PI y se puede compartir libremente por ser *res publica*, es decir, cosa pública mundial. Por supuesto, la lucha contra la pandemia exige una inmunización mundial contra la COVID-19, que se puede lograr con la cooperación internacional; sin embargo, no se debe soslayar que la pandemia puso en cuestionamiento la PI.
- Reconoce la importancia del mecanismo COVAX de la OMS. También invita a que se realicen donaciones, en dinero y después en especie, mediante vacunas.
- Con un lenguaje dubitativo, porque utiliza las palabras “es probable”, es decir, no asegura, considera que la pandemia COVID-19 pone en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.³⁵ Este es un paso importante para incluir dentro de las facultades del CS-ONU.

flictos y violencia, desigualdades sociales y una pobreza subyacente. Las emergencias complejas son fundamentalmente de carácter político y pueden hacer mella en la estabilidad cultural, civil, política y económica de las sociedades, sobre todo cuando se ven agravadas por peligros naturales y enfermedades como el virus de la inmunodeficiencia humana y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (VIH/SIDA), los cuales menoscaban los medios de vida y acentúan la pobreza”. Naciones Unidas, FAO, Tipos de Peligros y Emergencias Complejas, disponible en: <http://www.fao.org/emergencias/tipos-de-peligros-y-de-emergencias/emergencias-complejas/es/> (fecha de consulta: 5 de abril de 2021).

³⁵ “Considerando que es probable que el alcance sin precedentes de la pandemia de COVID-19 ponga en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”.



- Va a favor de un acceso equitativo y asequible a las vacunas contra la COVID-19.
- Exige para todas las partes en los conflictos armados una pausa humanitaria duradera, amplia y sostenida para facilitar el acceso a las vacunas.

Así igual, cito:

- ...Invita a las economías desarrolladas y a todos aquellos que estén en condiciones de hacerlo a que donen dosis de vacunas a los países de ingreso bajo y mediano y a otros países necesitados, en particular a través del Mecanismo COVAX y conforme al marco de asignación de la OMS, además de los marcos nacionales, de manera que el acceso a los productos sanitarios contra la COVID-19 sea justo y su asignación sea equitativa...

Como se aprecia, es un lenguaje suave que no es obligatorio y que no quiere tocar las partes urgentes de la pandemia, como es la cooperación internacional, pero no de buena voluntad, sino de urgencia.

- Exhorta a los Estados Miembros y a todas las instancias pertinentes a que promuevan iniciativas de investigación y creación de capacidad, y a que aumenten la cooperación y el acceso en materia de ciencia, innovación, tecnologías, asistencia técnica e intercambio de conocimientos, incluso mejorando la coordinación entre los mecanismos existentes, especialmente con los países en desarrollo, de manera colaborativa, coordinada y transparente para responder a la pandemia COVID-19, y pide además que se tomen medidas para evitar la especulación y la acumulación indebida, que pueden obstaculizar el acceso a vacunas inocuas y eficaces, en especial en situaciones de conflicto armado.



Nuevamente, aquí la Resolución utiliza un lenguaje suave: “exhorta”, sin que signifique una obligación para los Estados. Sobre todo, en el campo esencial de la cooperación internacional en el ámbito de la tecnología contra la pandemia COVID-19.

En suma, la Resolución 2565 refleja los puntos sustanciales de discusión sobre la COVID-19, pero no logra tomar una resolución más enérgica de carácter vinculante, como se podría esperar de un órgano de la ONU, que puede dar una respuesta a la emergencia de salud y al impacto económico y político que, indudablemente, ponen en peligro la paz y la seguridad internacionales.

En la intervención de México, el 11 de abril de 2022, ante el CS-ONU, podemos encontrar un resumen de lo que ha sido el impacto de las resoluciones 2532 y 2565 del mismo órgano:³⁶

- El mundo ha experimentado “las consecuencias devastadoras y multidimensionales que ha tenido la pandemia”, y también “la inadmisibles desigualdad que ha imperado en el acceso a las vacunas, exacerbada en los países en conflicto, postconflicto y que enfrentan crisis humanitarias...”.
- “El surgimiento de nuevas variantes y el inicio de otros conflictos armados se han interpuesto, asimismo, a los esfuerzos globales por hacer frente, de manera unida y sistémica, a esta crisis sanitaria”.
- “El llamado para un cese general e inmediato de las hostilidades, en el contexto de la pandemia, ha sido totalmente ignorado”.

³⁶ En la misma dirección otras instancias, como la Comisión de Mantenimiento de la Paz (Peacebuilding Commission), han pugnado por el cumplimiento de las resoluciones 2532 (2020) y 2565 (2021), mediante Carta del 11 de abril de 2022. Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, “Letter Dated 11 april 2022 from the Chair of the Peacebuilding Commission Addressed to the President of the Security Council”, disponible en: https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/S_2022_307.pdf (fecha de consulta: 15 de agosto de 2022).



- Afortunadamente, el progreso de la ciencia permitió desarrollar en un tiempo récord vacunas eficaces para hacer frente al virus, y ha habido, hay que reconocerlo, cierto avance en cuanto a su disponibilidad. Sin embargo, la situación en muchos de los países cuyas situaciones analizamos periódicamente en este Consejo, es por demás desalentadora.
- Habiendo suministro suficiente para vacunar a toda la población adulta de nuestro planeta, Haití ha recibido únicamente dosis suficientes para cubrir al 3% de su población, y ha aplicado aún menos de este porcentaje; la República Democrática del Congo y Yemen han recibido apenas el 4%, y Malí y Sudán del Sur el 8% de lo requerido. Estas cifras evidencian la inadmisible asimetría que todavía prevalece.

Frente a estas circunstancias, no muy optimistas, sobre la respuesta de la comunidad internacional a las decisiones de la ONU, México propuso ante su CS:

- La suspensión temporal de los derechos de PI en situaciones como la de esta pandemia, tal y como está previsto en los reglamentos de la OMC.
- Y luego, que haya un reconocimiento universal de todas aquellas vacunas que ya han sido aprobadas por la OMS, como hemos venido planteando en el marco del Grupo de los Veinte, entre otros. “La estigmatización de una vacuna por motivos políticos es simplemente aberrante”.

El reconocimiento de que la pandemia COVID-19 —y cualquier tipo de pandemia— perturba la seguridad internacional, dado su aspecto global, ya que, a su vez, afecta a la salud, la economía, el tejido social, las instituciones de gobierno y demás, es un avance significativo que modifica el ortodoxo



concepto de seguridad internacional impuesto después de la Segunda Guerra Mundial, convirtiéndolo en un traje fuera de medida. Sin embargo, no es suficiente solamente el reconocimiento; es necesaria la acción del CS-ONU en un evento de tal magnitud. Recordemos que éste es el único órgano de la ONU que dicta resoluciones obligatorias, las cuales —inclusive— se acompañan de la fuerza colectiva si es necesario. Así, con el sólo hecho de que sus resoluciones sean consideradas obligatorias, sería un paso gigante en la lucha de esos males considerados globales.

La posición de México es encomiable en lo que respecta a la suspensión temporal de los derechos de la PI y el reconocimiento universal de las vacunas después de pasar por la aprobación de la OMS. No obstante, toca los intereses de las empresas farmacéuticas globales, por lo que tal postura no fue aceptada por los miembros permanentes del CS-ONU, incluida Rusia, que consideró que no es materia de este órgano discutir sobre la pandemia; por lo tanto, resulta obvia la necesidad de una reforma sustancial de dicho órgano, algo que se viene discutiendo desde la caída de la Unión Soviética, en 1991.

Por otra parte, también se observa que abrir la puerta del CS-ONU hacia un concepto de seguridad internacional que tome en cuenta la salud, el medio ambiente y los derechos humanos, en general, no evita una discusión que ya se ha manifestado en la doctrina del derecho internacional. En efecto, la discusión se centra en las facultades de dictar sanciones económicas y acciones militares, por decir un ejemplo, pues de acuerdo con el capítulo VII de la Carta antes citada, deben ser proporcionales.³⁷ Podría haber un temor, como lo hay con la figura polémica de intervención humanitaria, por el manejo de las grandes potencias de las sanciones, o bien que éstas sean desproporcionadas. En un sistema descentralizado con ausencia de un sistema de control, o de equilibrios entre sus órganos, como

³⁷ Simma, Bruno *et al.*, *op. cit.*, p. 1243.



el derecho internacional, en efecto, puede ser un problema. Tal parece que la respuesta está en la reforma del CS-ONU, algo que ha tenido una larga discusión, fundamentalmente después del fin de la Guerra Fría.



CAPÍTULO SEGUNDO

LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD EN EL CENTRO DE LA LUCHA CONTRA LA PANDEMIA

I. INTRODUCCIÓN

Durante la pandemia COVID-19 la OMS se convirtió en el centro mundial de lucha contra la enfermedad; su secretario general, Tedros Adhanom Ghebreyesus, se convirtió en un vocero de la organización y estaba permanentemente en los medios de comunicación e, inclusive, tuvo enfrentamientos con los poderes hegemónicos, tal es el caso de un severo desafío con el ex presidente de los Estados Unidos, Donald Trump. Al mismo tiempo, la pandemia puso de manifiesto las virtudes y defectos de la OMS, tanto así, que ahora se espera una reforma sustancial sobre ella.

Ahora bien, la OMS es un organismo especializado que cuenta con un acuerdo de vinculación con la ONU, aunque originalmente las políticas sobre salud estaban a cargo de uno de los órganos de la ONU: el Consejo Económico y Social (ECOSOC), que se encargaba de establecer políticas de cooperación internacional en materia de salud, trabajo ahora delegado a la OMS. Este organismo internacional, creado el 7 de abril de 1948, tiene como función la gestión, a nivel mundial, de “las políticas de prevención, promoción e intervención” en la salud.

Se puede considerar que los orígenes de esta organización son europeos, puesto que arrancaron con las conferencias sanitarias internacionales que se realizaron desde 1851 y hasta

1938,³⁸ surgidas de la preocupación de las potencias europeas por la vulnerabilidad ante las pandemias que temporalmente sufren los pueblos europeos. Así, es un hito importante la creación, en 1907, de la Oficina Internacional de Higiene Pública (OIHP), mediante el Acuerdo de Roma, que posteriormente sirvió de base para la creación de la OMC.

El siguiente eslabón trascendente en la conformación de una estructura internacional sobre salud lo encontramos en la Conferencia de San Francisco de 1945, para crear a la ONU, cuando el tema de la salud fue tomado por Brasil y China para proponer la creación de una organización mundial. El tema se aprobó, pero no fue sino hasta que el ECOSOC —bajo sus auspicios— celebró la conferencia internacional de salud de Nueva York (1946)³⁹ que se aprobó la constitución de la OMS, el 22 de junio de ese mismo año; entonces, la salud fue definida como “un estado de bienestar físico, social y mental completo”⁴⁰ y adquirió una dimensión universal, no solamente europea.

En su historia, la OMS ha tenido un desarrollo dinámico; a partir de 1952 organizó su trabajo en dos vertientes: por un lado, con un programa general de ejecución prolongada en un tiempo de seis y hasta 10 años, y por el otro, con programas anuales que permiten a la organización dar respuestas a problemas coyunturales.

En el 2000 la OMS adoptó el programa Estrategia de Salud para Todos, que comprendió un concepto clave en el momento de la pandemia: “atención primaria de la salud”, que ya contiene la “Declaración de Alma Ata” de 1978. Sin embargo, la Estra-

³⁸ Seuba Hernández, Xavier, “La Organización Mundial de la Salud”, en Negro, Sandra (coord.), *Pasado y presente de las organizaciones internacionales*, Buenos Aires, La Ley, 2011, pp. 105-151.

³⁹ En el seno de la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, fue negociada y adoptada la Constitución de la OMS, firmada el 22 de julio de 1946 por 61 Estados, y entró en vigor el 7 de abril de 1948. En su historia, la Constitución ha sido reformada en varias ocasiones.

⁴⁰ Seuba Hernández, Xavier, *op. cit.*, p. 115.



tegia posteriormente fue actualizada con el documento “Salud para todos en el siglo XXI”.

Sin duda, estas políticas o programas de salud están condicionadas por las políticas neoliberales que plantean el retiro del Estado de las funciones de salud, y como consecuencia, la privatización en esta materia.⁴¹ Y en efecto, la postura de la OMS, en contraste con la UNCTAD y la ONUDI, consiste en que si la capacidad de los países desarrollados para la producción de vacunas es suficiente para abastecer el mercado, no vale la pena promover la producción de medicamentos en los países en desarrollo.⁴²

Ahora bien, de acuerdo con el artículo segundo del documento constitutivo de la OMS, sus facultades pueden resumirse en las siguientes:

- a) Funciones directivas del trabajo de salud internacional;
- b) Investigación y asistencia a los Estados;
- c) Actividad normativa;
- d) Servicios estadísticos y epidemiológicos, y
- e) Asistencia técnica.

En cuanto a la estructura orgánica, la OMS cuenta con una clásica organización internacional compuesta por tres órganos: el que agrupa a todos sus miembros, el ejecutivo y el administrativos.⁴³ La Asamblea Mundial de la Salud (AMS) es el órgano

⁴¹ Germán Velázquez afirma: “Durante sus primeros 20 años, el Programa de Acción de la OMS sobre Medicamentos Esenciales dio prioridad al desarrollo de políticas farmacéuticas nacionales, y su posición sobre la fabricación de medicamentos en los países en desarrollo fue siempre ambigua o abiertamente contraria a ella”. Velázquez, Germán, “Repensando la fabricación...”, *cit.*, p. 11.

⁴² *Ibidem*, p. 16.

⁴³ Artículo 9o. de la Constitución de la OMS: “Los trabajos de la Organización serán llevados a cabo por: a) La Asamblea Mundial de la Salud (llamada en adelante la Asamblea de la Salud); b) El Consejo Ejecutivo (llamado en adelante el Consejo); c) La Secretaría”.



plenario de Estados miembros, con sesiones anuales en el mes de mayo, generalmente con sede en Ginebra. Sus atribuciones están señaladas en el artículo 18 de su Constitución, y, entre otras, son: determinar la política de la OMS; admitir a nuevos miembros; formular recomendaciones a los miembros; la aprobación del programa general de trabajo; revisar y aprobar el presupuesto; dar instrucciones al Consejo Ejecutivo y al director general (procede a la elección de éste y de los Estados que puedan designar a los integrantes de dicho Consejo), y crear las comisiones necesarias para el trabajo de la organización.⁴⁴

El otro órgano, el Consejo Ejecutivo, tiene como funciones principales preparar el trabajo de la AMS y ejecutar sus decisiones o resoluciones, entre otras, de conformidad con el artículo 28 de la Constitución de la OMS. Se compone de 34 miembros que se eligen teniendo en cuenta una distribución geográfica equitativa.⁴⁵ Para esto el Consejo se reúne dos veces al año en los lugares que él mismo determina.

El Secretariado es el otro órgano de la OMS que forma parte de la estructura permanente; es el más visible de la organización y es el que prepara la mayor parte del trabajo sustantivo. Lo integran su director general, que funge como vocero y tiene actividades administrativas y técnicas, y el personal técnico y administrativo que requiera;⁴⁶ cuenta con seis directores regionales y funcionarios, ya sea que estén en Ginebra o en las organizaciones regionales de las representaciones nacionales o en el terreno.

El director general es nombrado por la AMS, previa nominación del Consejo Ejecutivo. Los comités de expertos creados por la Asamblea y el Consejo tienen por objetivo realizar estudios sobre temas de la OMS, y realizan recomendaciones, conclusiones y observaciones en sus informes, los cuales se recopilan en la serie de informes técnicos de la OMS. Junto, y de forma paralela, el director general puede convocar a grupos de estudio

⁴⁴ Seuba Hernández, Xavier, *op. cit.*, p. 123.

⁴⁵ Artículo 24 de la Constitución de la OMS.

⁴⁶ Artículo 30 de la Constitución de la OMS.



y de científicos. Por otra parte, es muy importante mencionar que la OMS tiene también una organización descentralizada, en seis regiones, entre las que sobresale la Organización Panamericana de la Salud.

II. LOS COMITÉS DE EMERGENCIA

Por otro lado, el sistema de gobierno de la OMS cuenta con comités de emergencia formados por expertos que toman decisiones de carácter colegiado, y otros órganos consultores en donde existen representantes de los Estados Unidos. Es decir, ni la OMS ni su órgano ejecutivo o su director ejecutivo toman decisiones que no tengan un sustento científico.

Sin duda, la práctica reiterada del gobierno de los Estados Unidos, de dictar sanciones de carácter unilateral, mina el Estado de derecho internacional y va en contra del espíritu de cooperación internacional que anima el orden mundial.

III. LOS ASPECTOS JURÍDICOS DE LA OMS

El preámbulo de la Constitución de la OMS contiene una serie de principios que son parte indudable del *soft law* y guían la actuación de los sujetos de derecho internacional; o sea, de los organismos internacionales y de los Estados. Asimismo, podemos decir que estos principios se enmarcan en los derechos humanos, y si no son parte del catálogo de normas consuetudinarias están en *status nascendi* y pueden ser el marco de construcción del derecho humano a la salud, no sólo para su función teórica, sino también práctica. En efecto, a partir del concepto amplio de lo que se entiende por salud: “un estado de completo bienestar físico, mental y social”.

Además, como parte de los derechos humanos comparte sus características: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Es universal, pues no distingue raza, religión e



ideología; es interdependiente de otros derechos, como la paz, el derecho a la información, el desarrollo, el derecho de los niños, etcétera; es indivisible, puesto que los resultados para cada Estado en el derecho a la salud son valiosos para todos, y son progresivos, ya que están ligados a los avances de los conocimientos médicos, psicológicos y afines para alcanzar el más alto grado de salud. Enseguida, en el entendido de que hoy la enfermedad puede ser un peligro común para toda la humanidad, estos conceptos fueron previstos y puestos a prueba en la pandemia COVID-19:

- La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.
- El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.
- La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, esto depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados.
- Los resultados alcanzados por cada Estado en el fomento y protección de la salud son valiosos para todos.
- La desigualdad de los diversos países en lo relativo al fomento de la salud y el control de las enfermedades, sobre todo las transmisibles, constituye un peligro común.
- El desarrollo saludable del niño es de importancia fundamental, la capacidad de vivir en armonía en un mundo que cambia constantemente es indispensable para este desarrollo.
- La extensión a todos los pueblos de los beneficios de los conocimientos médicos, psicológicos y afines es esencial para alcanzar el más alto grado de salud.
- Una opinión pública bien informada y una cooperación activa por parte del público son de importancia capital para el mejoramiento de la salud del pueblo.



- Los gobiernos tienen una responsabilidad por la salud de sus gobernados que sólo pueden cumplir con medidas adecuadas de salud y sociales.

Sin embargo, estos principios se pueden resumir: 1) cooperación; 2) responsabilidad compartida; 3) solidaridad entre los Estados; 4) no discriminación, y 5) el derecho al goce del grado máximo de salud que se pueda lograr.

Son una guía en la interpretación y en la aplicación de la normatividad internacional, y a su vez contienen la base para la construcción de un sistema global en materia de salud.

IV. EL REGLAMENTO, DOCUMENTO JURÍDICO VINCULANTE

Con la pandemia COVID-19 la OMS se colocó al centro de la acción, e inclusive del debate mundial, y no era para menos; la pandemia global exigía una acción coordinada también global. Para el caso de comunicación, la OMS adoptó, en 2004, durante su reunión de consulta de expertos, el documento “Normas de comunicación de brotes epidémicos de la OMS”.⁴⁷ Por supuesto, la comunicación en el caso de la pandemia es fundamental, pues estamos hablando de dar a conocer información de carácter técnico que debe darse a conocer con claridad y exactitud; en caso contrario se produce un efecto de deterioro de la credibilidad.

Así, la OMS tiene la facultad de dictar una emergencia sanitaria de preocupación internacional (ESPI),⁴⁸ de conformidad con el Reglamento Sanitario Internacional (RSI de 2005), que entró en vigor en 2007, cuya naturaleza jurídica es convencional

⁴⁷ OMS/CDS/2005.

⁴⁸ En este siglo la OMS declaró como parte de una emergencia las siguientes crisis de salud: en 2009 el virus H1N1; en 2014 la epidemia de poliomielitis y del ébola en África, en 2016 el zika y en 2018-2019 el ébola en la República Democrática del Congo.



y jurídicamente vinculante, y está suscrito por 196 Estados. Por lo tanto, los Estados miembros deben acatar las disposiciones que dicte el director general de la OMS en relación con la pandemia COVID-19.

Ahora bien, la pandemia COVID-19 puso a prueba todo el sistema de la OMS —y concretamente su reglamento—. En efecto, según Mark Eccleston-Turner,⁴⁹ el RSI establece obligaciones para los Estados miembros, las cuales se pueden reducir a cuatro principales: la primera es lograr que cada Estado tenga y mantenga los elementos básicos en su sistema de salud, o sea, que tenga la posibilidad de “prevenir, detectar y responder” a las emergencias sanitarias dentro de su territorio. Precisamente aquí es donde la pandemia desnudó la pobreza de respuesta de los Estados que adoptaron las políticas neoliberales de reducción de su aparato de salud, privilegiando la privatización del sistema de salud por ser “una carga para el Estado”.

De esa forma la emergencia de salud puso nuevamente al Estado en el centro, como el único capaz de dar una respuesta, en lo interno, de esa magnitud. Sin olvidar que es el garante de mantener la salud de la población; no los hospitales privados o las empresas privadas dedicadas a la salud y cuyos objetivos son económicos, de negocios privados. De esta manera los Estados disminuidos por la privatización de sus sistemas de salud tuvieron un gran problema al hacer frente a la pandemia, de ahí que un Estado fuerte como el chino tuviera una respuesta contundente.⁵⁰

⁴⁹ Burci, Gian Luca y Eccleston-Turner, Mark, “Preparing for the Next Pandemic: The International Health Regulations and World Health Organization During COVID-19”, *Yearbook of International Disaster Law*, vol. 2, núm. 1, 2020, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3719102.

⁵⁰ Para muestra basta un ejemplo: China construyó, en Wuhan, ciudad donde se originó la pandemia, el hospital Huoshenshan, de 366,000 pies cuadrados (34,000 metros cuadrados), de dos pisos, y en un plazo de 10 días, para hacer frente a la emergencia de salud. Holland, Oscar y Lin, Alexandra, “China acaba de construir un hospital en 10 días. Así lo logró”, *CNN*, 8 de febrero de 2020, disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2020/02/08/china-acaba-de-construir-un-hospital-en-10-dias-asi-lo-logro/> (fecha de consulta: 15 de julio de 2022).



La segunda obligación tiene que ver con la cooperación internacional, y en forma concreta, las obligaciones que tienen los Estados miembros de la OMS, pues deben evaluar los acontecimientos sanitarios que se producen en su territorio y notificarlos a la misma organización:

...deben de dar información detallada y las medidas adoptadas para hacer frente al acontecimiento. También deben informar de los acontecimientos que ocurran fuera de su territorio y verificar los acontecimientos denunciados por otros Estados parte como ocurridos dentro de su territorio.⁵¹

La tercera obligación trata de la soberanía estatal, pues el Estado debe brindar medidas sanitarias proporcionales y necesarias con base en una evaluación, se entiende científica, del riesgo. Aquí, otra vez, nos remitimos a la capacidad y las facultades del Estado en materia de salud.

La última obligación también se relaciona con la cooperación internacional, pues los Estados parte se comprometen a colaborar entre sí “en la medida de lo posible, en el desarrollo, fortalecimiento y mantenimiento de las capacidades de salud pública requeridas en virtud del RSI, así como a facilitar su aplicación”.⁵²

Desafortunadamente, aquí también se vieron limitaciones en el comportamiento de los Estados. Hay que tener en cuenta que, en caso de conflicto, el derecho internacional posee medios de solución de controversias. El capítulo VI de la Carta de San Francisco establece la obligación de que los Estados deben solucionar sus controversias por la vía pacífica y no de manera unilateral; por eso la determinación del ex presidente de los Estados Unidos, Donald Trump, de dejar de pagar su cuota, de 300 millones de dólares, a esta organización internacional, cuando el presupuesto anual de la OMS es de más de 4,200 millones de dólares, una cantidad sustancial que dejó de pagar para el presupuesto de la organización.

⁵¹ Burci, Gian Luca y Eccleston-Turner, Mark, *op. cit.*, p. 17.

⁵² *Ibidem*, p. 17.



En efecto, el ex presidente Trump acusó al organismo internacional de “no cumplir con sus obligaciones básicas”⁵³ frente a la emergencia sanitaria internacional, además de que, según él, “la OMS falló en obtener, chequear y compartir información rápidamente”. No obstante, esta postura del gobierno de Estados Unidos no es nueva; hay varios antecedentes en la historia de la ONU. Recordemos que en la década de los setenta los Estados Unidos se retiraron de la Unesco cuando, auspiciado por ella, se discutió un código internacional de la información. También, por aquella época los países desarrollados se retiraron del multilateralismo y prefirieron mudarse de la negociación internacional a grupos pequeños que no poseían una estructura institucional, como es el caso del G-7, o bien, el G-20. Asimismo, se debe hacer referencia a la decisión del ex presidente estadounidense de retirar o suspender el financiamiento a la Unesco por su supuesta posición anti Israel en el conflicto con Palestina.

Lo cierto es que la pandemia fue un severo sinodal para medir el cumplimiento del RSI por parte de la comunidad internacional. En cuanto a las reacciones del organismo frente a la pandemia, una de sus propuestas más esperanzadoras fue el COVAX, sobre el que hablaremos a continuación.

V. DEBATE ALREDEDOR DEL ARTÍCULO 44 DEL RSI

Durante la pandemia COVID-19 se ha producido un debate sobre la naturaleza jurídica de las disposiciones de los reglamentos y la aplicación del RSI.⁵⁴ En efecto, durante la parte más álgida

⁵³ “En plena pandemia, Trump suspende el financiamiento que hace EEUU a la OMS”, *M24*, 15 de abril de 2020, disponible en: <http://m24digital.com/en-plena-pandemia-trump-suspende-el-financiamiento-que-hace-eeuu-a-la-oms/>.

⁵⁴ Muñoz Téllez, Viviana, “¿Podrán las negociaciones en la Organización Mundial de la Salud resultar en un marco justo para la prevención, la prepara-



de la pandemia el RSI se ha puesto en el centro del debate, sobre todo en la interpretación de su artículo 44, que se refiere a la colaboración y la asistencia:

1. Los Estados Partes se comprometen a colaborar entre sí en la medida de lo posible para:

- a) La detección y evaluación de eventos, y la respuesta a los mismos, según lo que dispone el presente Reglamento;
- b) La prestación o facilitación de cooperación técnica y apoyo logístico, en particular para el desarrollo y reforzamiento de las capacidades en la esfera de la salud pública que requiere el presente Reglamento;
- c) La movilización de recursos financieros para facilitar la aplicación de sus obligaciones dimanantes del presente Reglamento; y
- d) La formulación de proyectos de ley y otras disposiciones legales y administrativas para la aplicación del presente Reglamento.

2. La OMS colaborará con los Estados Partes en la medida de lo posible para:

- a) La evaluación y estimación de sus capacidades en la esfera de la salud pública para facilitar la aplicación efectiva del presente Reglamento;
- b) La prestación o facilitación de cooperación técnica y apoyo logístico a los Estados Partes; y
- c) La movilización de recursos financieros en apoyo de los países en desarrollo para crear, reforzar y mantener las capacidades a que se refiere el anexo 1.

3. La colaboración a que hace referencia el presente artículo podrá llevarse a la práctica a través de múltiples canales, incluidos los bilaterales, a través de redes regionales y las oficinas regionales de la OMS, y a través de organizaciones intergubernamentales y órganos internacionales.

ción y la respuesta ante pandemias como bienes públicos globales?”, *South Centre*, núm. 147, Ginebra, 28 de febrero de 2022, pp. 21 y 22, disponible: https://www.econstor.eu/bitstream/10419/262121/1/RP147_ES.pdf.



Como se desprende del texto anterior, hay una serie de compromisos que, incluso antes de la pandemia COVID-19, ya eran de suma importancia y que debían cumplir los Estados. Aunque el derecho internacional establece que la interpretación de los tratados internacionales y su cumplimiento tienen que ser de buena fe, durante la pandemia se cuestionó la forma de cumplimiento de las obligaciones y su deber de colaboración. Y aún más, a pesar de las obligaciones de los Estados, la mayoría no colaboró en lo mínimo para hacer efectivas tales obligaciones.⁵⁵

Un ejemplo [del incumplimiento que aplicó una política discriminatoria argumentando que el RSI no lo regula] fue la negativa de algunos Estados de la Unión Europea a aceptar la vacuna AstraZeneca aprobada por la OMS para uso de emergencia, fabricada en la India (Covishield), como prueba de inmunidad para viajes porque la Agencia Europea de Medicamentos (EMA) aún no había aprobado Covishield, mientras que la vacuna AstraZeneca fabricada en sitios en la UE y en el Reino Unido (UK) fue aceptada.⁵⁶

Si bien es claro que hay responsabilidades compartidas de acuerdo con el artículo 44, podría reconocerse que dicho artículo no especifica cómo los Estados deben cumplir con su responsabilidad común; pero corresponde a los Estados llenar esos vacíos en el marco del principio *pacta sunt servanda*; es decir, el tratado —el RSI— debe cumplirse de buena fe. Los Estados, sobre todo los que tienen los recursos económicos y tecnológicos, debieron cumplir su parte en la medida de la urgencia de la pandemia global.

Aun así, esta debilidad institucional del RSI ha producido un movimiento para reformarlo,⁵⁷ con vistas a lograr que se incluya:

⁵⁵ Cinà, Margherita *et al.*, “The Stellenbosch Consensus on the International Legal Obligation to Collaborate and Assist in Addressing Pandemics”, *International Organizations Law Review*, vol. 9, núm. 1, 2020, pp. 158 y 187, disponible en: <https://doi.org/10.1163/15723747-2020024>.

⁵⁶ Muñoz Téllez, Viviana, *op. cit.*, p. 25.

⁵⁷ El 29 de noviembre de 2021, en lo más acentuado de la pandemia COVID-19, se celebró la Sesión Especial de la AMS, donde se decidió lanzar negociaciones para una nueva convención, acuerdo u otro instrumento



- a) El fortalecimiento de la notificación temprana y la divulgación de información detallada;
- b) Una categoría intermedia para clasificar las emergencias sanitarias;
- c) La formulación de recomendaciones basadas en datos probatorios relativas a la función que tienen las recomendaciones del ámbito mercantil y las relativas a los viajes nacionales e internacionales, y
- d) Mecanismos para evaluar el cumplimiento del RSI y la creación de capacidad esencial, incluido un mecanismo de examen universal, periódico, objetivo y externo.

Según esta corriente de reformadores del RSI, las insuficiencias de este instrumento jurídico fueron un factor para que la OMS no tuviera mucho éxito con la coordinación de la producción y distribución equitativa de vacunas, como lo veremos más adelante. La reforma planteada, en el fondo, significaría un fortalecimiento de la OMS, dándole, por ejemplo, mecanismos para evaluar el cumplimiento del RSI. Aunque no sabemos qué “mecanismos”, sin duda significaría “ponerle dientes” al Reglamento, que, sabemos, es jurídicamente obligatorio. Está por verse si los Estados desarrollados aceptan esta reforma, que si bien no sería necesaria, si cumpliera de buena fe y se interpretara adecuadamente el actual RSI, sí sería un paso a tomar en serio, dadas las patologías globales que están por venir.

VI. EL MECANISMO COVAX

A iniciativa del G-20, desde marzo de 2020, la OMS puso en marcha el denominado Acelerador ACT, que no es ningún organismo internacional; más bien, está definido como un marco de colaboración. La OMS, la Comisión Europea, Francia y la Fundación

internacional de la OMS, sobre preparación, prevención y respuesta ante pandemias.



Bill y Melinda Gates lo pusieron en marcha en abril de 2020. El Acelerador ACT está organizado en torno a “cuatro pilares de trabajo: diagnóstico, tratamiento, inmunización y fortalecimiento de los sistemas de salud”.⁵⁸

Ahora bien, lo que nos interesa aquí es analizar el pilar de inmunización, llamado COVAX, y que está encabezado por la Coalición para las Innovaciones en Preparación para Epidemias (CEPI), la Alianza Gavi para las Vacunas (Gavi) y la OMS. Así, consiste en tres funciones: 1) garantizar que las vacunas se desarrollen lo más rápidamente posible; 2) que se fabriquen en los volúmenes adecuados y sin hacer concesiones en materia de seguridad, y 3) que se hagan llegar a quienes más las necesitan.⁵⁹

El mecanismo COVAX creado por la OMS, en principio, nos parecía una buena respuesta del organismo ante la globalidad de la pandemia, pues era una manera de centralizar la cooperación internacional y de distribuir equitativamente las vacunas.

Mediante el mecanismo COVAX se creó un esquema para recolectar recursos y distribuir el riesgo de desarrollo de vacunas entre los países participantes: COVAX opera pidiendo a los países que suscriban el desarrollo de una vacuna para COVID-19 pagando a un fondo central:

Este fondo se utiliza para financiar vacunas candidatas que se están desarrollando en varios países. Cada país participante paga un cierto número de dosis, lo que se traduce en una cantidad en dólares suficiente para cubrir hasta el 20% de su población. La mitad de esto se paga por adelantado y se utiliza como un mecanismo de empuje para promover el desarrollo de vacunas. La otra mitad se paga si se encuentra una vacuna exitosa.

⁵⁸ OMS, “Acelerador del acceso a las herramientas contra la COVID-19”, disponible en: <https://www.who.int/es/initiatives/act-accelerator> (fecha de consulta: 18 de julio de 2022).

⁵⁹ *Idem*.



Concretamente, a los Estados les correspondía, mediante un contrato, aportar una cantidad de dinero con el compromiso de obtener vacunas para su población. Los Estados desarrollados negociaron directamente con las empresas farmacéuticas para tener acceso prioritario a las vacunas, mas el mecanismo COVAX parecía ideal por su carácter multilateral. ¿Qué mejor que en una pandemia dar una respuesta multilateral y, supuestamente, de carácter distributiva?

Por supuesto, mediante este mecanismo las empresas farmacéuticas tienen beneficios múltiples: 1) obtienen un subsidio para la inversión, de tal manera que el riesgo no es muy grande en caso de que no logren la vacuna; 2) aseguran un allanamiento de los trámites necesarios ante las oficinas de salud correspondientes para la circulación de su producto; 3) aseguran un mercado, un mercado cautivo; 4) las empresas mantienen su derecho de realizar contratos independientes con los Estados que puedan pagar más por su producción, y 5) conservan sus derechos de propiedad intelectual en todo lo que se refiere a patentes, secreto industrial, *know how* y, en general, todo lo relativo a la protección de la tecnología utilizada para la producción de la vacuna.

Es interesante ver que semejantes acuerdos son más que ventajosos para unas cuantas empresas, pues se habla de que la capacidad de fabricar la vacuna es limitada a un número reducido de empresas, pues, por ejemplo, “tecnologías como la tecnología de ARNm utilizada por Moderna y Pfizer en sus vacunas contra la COVID-19 no se encuentran fácilmente fuera de un pequeño número de países de altos ingresos”; en consecuencia, se afirma que el problema no es la PI, sino la capacidad en cuanto a conocimientos.⁶⁰ Lo anterior no lo consideramos adecuado, ya que si bien es necesaria cierta infraestructura científica y tecnológica en los países, no es imposible lograrlo, como lo prueba el caso cubano, que ha podido lograr su vacuna pese a las limitaciones económicas del Estado.

⁶⁰ Burci, Gian Luca y Eccleston-Turner, Mark, *op. cit.*, p. 8.



Asimismo, no hay que olvidar que países como México tenían la capacidad de producir vacunas, algo que se perdió por la aplicación de medidas neoliberales. Por eso llama poderosamente la atención por qué en las negociaciones en el marco del mecanismo COVAX no se incluyera el licenciamiento de la PI para que se pudiera producir la vacuna en otros Estados. Como veremos, el debate sobre el acceso a la tecnología de la vacuna se trasladó a la OMC, y no en este espacio en donde se negociaron los subsidios. En cualquier negociación privada donde se comparten recursos económicos importantes, lo mínimo es compartir derechos como los de la PI, y más cuando hablamos de recursos públicos. Quizá puede ser entendible que los gobiernos de los Estados actuaran con poco margen de negociación ante la urgencia de vacunar a su población y abrir la economía, aunque, por eso mismo, la negociación debió hacerse desde la OMS.

Como sea, el mecanismo COVAX, en el marco de sus objetivos y facultades, negoció para adquirir dos mil millones de dosis de vacunas para finales de 2021. Por supuesto, esta cantidad no alcanzaba para la población mundial, de casi ocho mil millones personas, pero haría asequible la vacuna a los Estados con menos posibilidades económicas de acceder a la vacuna para su población. Así, se negoció, con acuerdos variados (“Memorando de entendimiento”, “Declaración de intenciones”, “Acuerdo” y “Acuerdo de compra anticipada”) con AstraZeneca/Oxford; Serum Institute, Johnson & Johnson; Sanofi/GSK, y se hizo una clasificación de acuerdo con la capacidad económica de los Estados. Por un lado, estaban los países de ingresos altos (PIA) y medianos altos (PIMA), ambos considerados “autofinanciados”, que utilizaron sus propios recursos y se les garantizó un número suficiente de dosis para inmunizar al 20% de su población; por el otro, estaban los Estados de bajos ingresos (EBI), sin necesidad de pago por adelantado y financiados por el mecanismo COVAX.⁶¹

⁶¹ Gómez, Carolina y Poy, Laura, “Debe COVAX a México más de la mitad de las dosis pactadas”, *La Jornada*, México, 24 de abril de 2022, disponible



Visto hasta aquí, nos encontramos en el campo de la cooperación internacional, en donde se busca un equilibrio en términos de capacidad de acceso a la vacuna y capacidad financiera. Sin embargo, el equilibrio se rompió cuando a los países autofinanciados se les permitió, de manera paralela al COVAX, negociar, independientemente, con las empresas farmacéuticas el acceso a la vacuna. La negociación aquí era abierta en cuanto a precios, con lo cual los Estados autofinanciados, gracias a su capacidad económica, tuvieron dos opciones: la realizada en el marco de COVAX y la que lograran con las empresas ellos mismos.

De esta manera, los países desarrollados negociaron, de manera individual o colectiva, sus contratos con las empresas farmacéuticas. Y aquí tenemos el caso de la Unión Europea (EU), que utilizó 2.7 billones de euros del Instrumento de Apoyo de Emergencia (IAE) para realizar un acuerdo independiente, y el de la Inclusive Vaccine Alliance (IVA), de la que son miembros Francia, Alemania, Italia y Holanda, que realizó un acuerdo con AstraZeneca.

Ahora, evidentemente las empresas farmacéuticas no son capaces de surtir a ambos “clientes”, por lo que rompe el posible equilibrio en el acceso que se planteaba antes. Se produce el “nacionalismo de la vacuna”, visto más adelante.

Por supuesto, la bonanza de las empresas farmacéuticas que consiguieron la vacuna no se hizo esperar. Cifras indican que, en marzo de 2020, es decir, antes de que se declara la pandemia y que apareciera la vacuna contra la COVID-19, el valor en conjunto de seis de las más importantes farmacéuticas (Moderna, Pfizer, BioNTech, AstraZeneca, Novavax y Johnson & Johnson) “era de aproximadamente 685 mil millones de dólares, mientras ahora es de 912 mil 700 millones de dólares”; o sea, en un tiempo corto —poco más de dos años— las farmacéuticas lograron un incremento de 227 millones de dólares.⁶² Se entiende que el monto de

en: <https://www.jornada.com.mx/notas/2022/04/24/politica/debe-covax-a-mexico-mas-de-la-mitad-de-las-dosis-pactadas/>.

⁶² Carbajal, Braulio, “Creció 22 mil mdd en los últimos 2 años el valor de las farmacéuticas”, *La Jornada*, México, 8 de mayo de 2022, disponible en:



las ganancias disminuya conforme se avanza en la vacunación; sin embargo, las cifras son impresionantes si se ve lo que ganan cada una de las empresas. Tomado en cuenta el valor de mercado:⁶³

- Novavax se ha disparado mil 200%, pues pasó de 285 millones a 3 mil 700 millones de dólares;
- Moderna lo hizo en 630%, al ir de 7 mil 600 a 56 mil millones de dólares;
- BioNTech acumula una ganancia de 270% al ir de 8 mil a 33 mil millones de dólares;
- AstraZeneca, una del 29%, al pasar de 66 mil a 85 mil millones;
- Pfizer, una de 23%, al avanzar de 117 mil a 168 mil millones, y
- Johnson & Johnson, una de 21%, al pasar de 384 mil a 465 mil millones de dólares.

Por supuesto, si la relación jurídica entre COVAX y cada una de las empresas hubiera sido una *joint venture*, la OMS también se habría beneficiado, pero el capital social aportado desapareció y, además, las empresas igual ganaron en mantener su propiedad intelectual.

Por otra parte, el caso de México puede ser muy ejemplificativo en cuanto al funcionamiento y carencia del mecanismo; México participa en el mecanismo con un aporte de 159.876,920 USD a la Alianza Gaby (asociación mundial entre los sectores público y privado para facilitar el acceso a inmunizantes para países en vías de desarrollo), donde participa la OMS, y presentó los documentos de garantía de riesgo por 20.629,280 USD como en cumplimiento de los compromisos adquiridos en el contrato de participación del mecanismo COVAX.⁶⁴

<https://www.jornada.com.mx/notas/2022/05/08/economia/crecio-227-mil-mdd-en-los-ultimos-2-anos-el-valor-de-las-farmaceuticas/>.

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ Gómez, Carolina y Poy, Laura, “Debe COVAX...”, *cit*.



Todo eso se documentó en un acuerdo que se firmó el 25 de septiembre de 2020, y a partir del 21 abril de 2021 empezaron a llegar las dosis desarrolladas por AstraZeneca y la Universidad de Oxford; sin embargo, no llegaron ni el número ni en el tiempo pactado. La razón, según declaraciones de Jacobo Barbosa, vicedirector de la Organización Panamericana de la Salud (OPS), es que las farmacéuticas prefieren dar las vacunas primero a sus clientes: los países desarrollados que pagan más caras las vacunas.⁶⁵ El resultado fue conceder más ganancias a las empresas farmacéuticas, primero a través del dinero obtenido para la investigación y producción de las vacunas, y después por la vía de la comercialización.

En suma, la experiencia del programa COVAX nos dice que se perdió una gran oportunidad de organización internacional para realizar una buena negociación con base en los enormes flujos financieros de los Estados con las empresas transnacionales productoras de las vacunas para buscar mejores beneficios en aras del bien colectivo, como el acceso a la tecnología o compartir los masivos dividendos para destinarlos a programas de investigación y desarrollo, o en mejores condiciones de acceso a las vacunas para los Estados subdesarrollados.

Es más, es un secreto celosamente guardado las condiciones contractuales (precios, cláusulas de rescisión, de solución de controversias y demás) que las empresas transnacionales hicieron firmar en la compraventa de las vacunas. Y es absurda la falta de transparencia cuando se trata de un bien público de beneficio colectivo, y más cuando hay financiamiento público de por medio.

Recordemos que la lucha contra la pandemia COVID-19, y las múltiples mutaciones que se dieron por la falta de vacunas, no sólo consistía en lograr la vacuna, sino en tratamientos y diagnósticos que también gozan de PI.

⁶⁵ *Idem.*



CAPÍTULO TERCERO

LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA, LA TERCERA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA, EL FIN DEL SISTEMA BIPOLAR DE LA GUERRA FRÍA Y EL CAPITALISMO COGNITIVO

I. INTRODUCCIÓN

Para entender el lugar que ocupa la PI, por medio de la cual se protege a los productos farmacéuticos, es necesario hablar de varios fenómenos de las relaciones internacionales que, si bien se pueden analizar de forma individual, en realidad, como todo fenómeno social, están íntimamente relacionados. Nos referimos a la globalización, a la revolución tecnológica, a las políticas económicas denominadas *neoliberalismo* y, por último, al mundo pos Guerra Fría.

Si bien la globalización, entendida como la internacionalización o universalización de las actividades de las diferentes organizaciones humanas, es parte de un proceso histórico de la misma humanidad, en los últimos años está íntimamente relacionada con la entronización y el dominio a nivel mundial de la economía de mercado como un nuevo elemento del capitalismo mundial, el cual ya tiene 525 años, y nunca, en todos esos años, se habían visto niveles tan altos de marginalización social (ahora, según William Johnson, alcanzan entre 31% y 35% de la población mundial).⁶⁶

⁶⁶ Robinson, William I., “Contra el capitalismo global, las luchas transnacionales”, *Proceso*, núm. 2091, 27 de noviembre de 2016, pp. 72-74.



Ahora bien, es a partir de la década de los ochenta cuando se hace perceptible una etapa novedosa del capitalismo: la globalización. Con ella se inicia un movimiento hacia la creación de mercados globales con una nueva división internacional del trabajo, caracterizada por la integración de redes de producción transnacional, con un marco jurídico internacional dominado por las negociaciones de la Ronda Uruguay del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y los tratados de libre comercio, que dejan libres los flujos financieros y comerciales en busca de la maximización de las ventas, las ganancias y la producción.

En la década de los ochenta aparecieron como tendencias económicas, pues la existencia, hasta ese momento, de la división del mundo entre capitalismo y socialismo no permitía una economía totalmente global. Es justo con la caída del bloque socialista que, de forma gradual pero vertiginosa, estos mercados globales fueron alcanzando su apogeo (primero en 1989, con la caída del Muro de Berlín, y después en 1991, con el fin de la URSS).⁶⁷

Algunos de nosotros, que observábamos la nueva configuración del mundo, pensábamos que la caída del bloque socialista era una buena oportunidad para la reestructuración de las instituciones internacionales: volver al multilateralismo con una reforma profunda de los organismos internacionales, sobre todo de la ONU, con miras a resolver problemas que el mundo bipolar no permitía. Sin embargo, como bien menciona Joseph Stiglitz, Premio Nobel de economía,⁶⁸ “los países ricos crearon un régimen comercial global al servicio de sus propios intereses corporativos y financieros, con lo cual perjudicaron a los países más pobres del mundo”,⁶⁹ agrandando las diferencias sociales y económicas.

⁶⁷ Becerra Ramírez, Manuel, *El factor jurídico en la transformación de la Unión Soviética a la Comunidad de Estados Independientes*, México, UNAM, 1992.

⁶⁸ Es interesante la evolución del pensamiento de J. Stiglitz: de ser un promotor de la globalización tal y como se presentaba en sus orígenes, a ser un crítico acervo de ella cuando encontró que no funcionaba.

⁶⁹ Stiglitz, Joseph, *Cómo hacer que funcione la globalización*, México, Debolsillo, 2017, p. 18.



Ahora bien, la globalización es amplia e implica muchas cosas; por ejemplo: integración económica, intercambios de todo tipo, y lo que puede destacarse, es el “flujo internacional de ideas y conocimientos”.⁷⁰ Precisamente, como veremos más adelante, las ideas y los conocimientos se colocan en el centro de la economía mundial y son factor de dominio; sin embargo, ese flujo no es tan libre, pues depende de la protección otorgada por la PI.

Como consecuencia de la globalización económica, el centro de la economía está en los países desarrollados que tienen a las empresas transnacionales como sus operadores económicos internacionales, que, a su vez, sirven como canales financieros de la periferia al centro.⁷¹ Este modelo distorsiona las economías de los Estados periféricos, que se convierten en proveedoras de fuerza de trabajo, de recursos naturales baratos y, en determinado momento, impulsan oleadas migratorias hacia los Estados desarrollados.⁷² Esa migración, si bien pone a prueba la capacidad de respuesta de los países desarrollados para recibir a más población que demanda trabajo, vivienda y servicios públicos, al mismo tiempo significa fuerza de trabajo barata —en los países desarrollados le llaman “trabajo negro”, con una elocuente discriminación y racismo— que realiza labores para las que no se desplaza al trabajador local. O bien, tratándose de migrantes con alto nivel de educación, constituyen un cuadro de profesionistas o científicos en los que no se ha invertido nada, o poco, para su preparación.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 28.

⁷¹ Becerra Ramírez, Manuel y Scheingart, Martha (coords.), *Las perspectivas del Estado en la obra de Marcos Kaplan*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 44-47.

⁷² Según William Robinson, este sistema mundial lleva a la polarización “porque la desigualdad social nunca había llegado a los niveles de esta segunda década del siglo XXI, en la que, según datos de la organización no gubernamental Oxfam, de enero de 2016 menos de 20% de la humanidad controla 94% de la riqueza del mundo, el 6% restante es para 84% de la población mundial”. Robinson, William I., *op. cit.*



La mencionada globalización económica está impulsada por las revoluciones tecnológicas de la telemática y la biotecnología. En efecto, la tercera revolución tecnológica, que impulsó en los últimos 50 años el desarrollo de las tecnológicas de la comunicación, la computación y la biotecnología, logró lo que ya visualizaba, desde la década de los sesenta, el filósofo Herbert Marshall McLuhan, y es la idea de la *aldea global* para dar a entender la interconexión inmediata de las personas, independientemente del lugar geográfico en que se encuentren,⁷³ y que, junto con el procesamiento de la información, ha producido una dinámica de transformación del mundo no sólo de las comunicaciones, sino, en general, de la vida cotidiana; por lo tanto, ha servido para acelerar el fenómeno de la globalización.⁷⁴

Indudablemente, la existencia de una red de comunicación pronta y efectiva que proporciona la telemática coadyuva a la creación de un mercado global, con cadenas de producción mundial, y que además transmite “modelos” de vida y consumo que “deglute” la sociedad globalizada de forma consciente o inconsciente. Entonces, las empresas trasnacionales se suben a la plataforma de la globalización para aprovechar las cadenas de producción y de consumidores porque el objetivo es el consumo que echa a andar la maquinaria económica global.

Otro fenómeno que es necesario mencionar, y que se une a la globalización y a la sociedad pos Guerra Fría, es el neoliberalismo, un ideario o doctrina económica internacional que se aplica a los Estados subdesarrollados vía el poder económico de los Estados desarrollados, fundamentalmente siguiendo a los angloamericanos.

⁷³ Para ilustrar de forma sencilla el impresionante desarrollo de las tecnologías de comunicación sólo hay que mencionar al escritor Julio Verne, autor de obras clásicas de ciencia ficción, algunas de ellas premonitorias, sobre los adelantos técnicos, como es el caso de *La vuelta al mundo en ochenta días*, escrita a finales del siglo XIX (1873). En ese momento, pensar hacer un viaje alrededor del mundo en 80 días significaría que se haría sin prisa y con las pausas de un turista que no tiene prisa por regresar a su lugar de origen.

⁷⁴ Becerra, Ramírez Manuel y Schteingart, Martha, *op. cit.*



El punto de arranque de las políticas neoliberales es el Consenso de Washington, denominado así porque fue diseñado entre tres instituciones económicas claves situadas en la Ciudad de Washington D. C.: el FMI, el BM y el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos. En su ideario, que pretende impulsar el desarrollo de los Estados, plantea una política económica que tienda a la liberalización del comercio y del mercado de capitales, y una reducción del papel del Estado en la economía, para lo que hay que liberalizar la economía y privatizar los activos del Estado. Así, el Estado debe ser sólo un Estado policía, árbitro en donde la “mano invisible del mercado” (idea de Adam Smith) sea quien regule la economía.⁷⁵

Las recetas del Consenso de Washington —que sostiene la doctrina económica del neoliberalismo— fueron concisas; por ejemplo, John Williamson enumera 10 de aquellas que fueron aplicadas por vía del FMI a Latinoamérica, especialmente a México.⁷⁶ Por supuesto, la aplicación forzada por los organismos

⁷⁵ Stiglitz, Joseph, *Cómo hacer...*, *op. cit.*, p. 43.

⁷⁶ “1) Disminuir el déficit presupuestario y jamás recurrir a la inflación para financiarlo; 2) el gasto público se debe apartar de aquellas áreas que reciben recursos desproporcionados en relación con los beneficios económicos que se producen, tales como la administración, la defensa y los subsidios indiscriminados en gasto social y; 3) promover reformas tributarias para ampliar la base de los ciudadanos que deben contribuir y reducir los impuestos directos; 4) lograr que las tasas de interés bancarias y financieras las determina el mercado; 5) establecer criterios de cambio monetario unificado entre el mayor número de países, además de lograr que sean competitivos para estimular el crecimiento acelerado de exportaciones no tradicionales; 6) liberalizar el comercio mundial a través de la celebración de acuerdos comerciales y mediante la reducción de los aranceles nacionales; 7) estimular y proteger a la inversión extranjera directa; 8) privatizar las empresas estatales; 9) desreglamentar para eliminar las normas que impiden la participación de nuevas empresas y que restringen la competencia, y 10) fortalecer la propiedad privada sobre otras formas de propiedad”. Cárdenas Gracia, Jaime, *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 178 y 179; Williamson, John, “What Washington Means by Policy Reform”, *Latin American Adjustment: How Much has Happened?*, Washington D. C., Peterson Institute for International Economics, 1990.



financieros internacionales a los Estados nulifica su soberanía económica al moldear una economía de acuerdo con la visión e intereses de los países desarrollados.

Como dijimos antes, el sistema de relaciones internacionales es un sistema descentralizado; con la globalización —en ella los tratados de libre comercio son negociaciones asimétricas donde los Estados subdesarrollados no tienen estructura ni capacidad de negociación para buscar condiciones mejores— son los Estados fuertes los que deciden qué es bueno o malo para ellos, además, tomemos en cuenta que las organizaciones clave de la economía internacional, como el FMI y el BM, están dominadas por Estados Unidos.

En efecto, ambas instituciones tienen un sistema de gobernanza plutocrática. En el FMI no funciona el principio, como puede ser en la AG-ONU, “un país un voto”; lo que vota son los dólares, ya que los votos dependen del poder económico, de acuerdo con el esquema creado en la década de los cuarenta, de tal manera que quien domina es Estados Unidos. En lo que respecta al BM, su presidente es designado por los Estados Unidos. Tomemos en cuenta que el FMI es el encargado de supervisar el sistema financiero global y el BM está a cargo de promover el desarrollo.

Para nuestro tema, por varias razones llaman la atención las siguientes medidas:

...liberalizar el comercio mundial a través de la celebración de acuerdos comerciales y mediante la reducción de los aranceles nacionales; estimular y proteger a la inversión extranjera directa; privatizar las empresas estatales; desreglamentar para eliminar las normas que impiden la participación de nuevas empresas y que restringen la competencia, y fortalecer la propiedad privada sobre otras formas de propiedad.

En principio, la maniobra de “liberalizar el comercio” desde una postura crítica es bastante tramposa. El economista francés Thomas Piketty, en su investigación sobre la igualdad, revela lo que hay detrás de esa liberalización económica que los países de-



sarrollados promueven mediante la globalización. Primero, si los países desarrollados promueven una liberalización, o apertura de las economías, es porque ya pasaron una etapa de proteccionismo, lo que les permitió desarrollar una especialización en sectores estratégicos donde no entraron los extranjeros, protegiéndose así frente a la competencia exterior. No como lo que han hecho economías asimétricas y débiles, como la mexicana, frente a la mayor potencia capitalista, o mucho más, como lo han hecho los países centroamericanos que firman tratados de libre comercio con Estados Unidos.⁷⁷

II. EL CAPITALISMO COGNITIVO EN EL CENTRO DE LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA

Para entender el concepto actual de PI es necesario tomar en consideración que el sistema está inserto en el capitalismo contemporáneo, globalizado. Thomas Piketty, en su trabajo sobre la desigualdad, menciona:

...el desarrollo del capitalismo industrial occidental está íntimamente ligado [a] los sistemas de división internacional del trabajo, de explotación desenfrenada de los recursos naturales y de dominación militar y colonial desarrollados gradualmente entre

⁷⁷ Piketty afirma: “Conviene señalar que el proteccionismo ha desempeñado un papel central no sólo en el ascenso de Europa, sino en casi todas las experiencias exitosas [de] desarrollo económico de la historia. Japón, desde finales del siglo XIX; Corea o Taiwán, desde mediados del siglo XX, o China desde finales del siglo XX y principios del XXI han practicado de una a otra forma un proteccionismo selectivo que les ha permitido desarrollar una especialización y un saber hacer en sectores considerados estratégicos limitando de forma drástica al mismo tiempo la posibilidad de que inversores extranjeros tomen el control de las unidades de producción en curso de formación en dichos sectores. Sólo tras haber establecido su supremacía en determinados productos, los países que se han convertido en dominantes pasan a adoptar un discurso de libre comercio que en la práctica suele tener como consecuencia la dependencia a largo plazo de otros países menos avanzados”. Piketty, Thomas, *Una breve historia de la igualdad*, trad. de Daniel Fuentes, México, Ariel, 2022, p. 75.



las potencias europeas y el resto del mundo a partir de los siglos XV y XVI, con una fuerte aceleración durante los siglos XVIII y XIX.⁷⁸

Ahora bien, siguiendo las ideas de Piketty, podemos decir que el sistema actual, creado a partir de la globalización, es producto de las formas de organización de un régimen de propiedad (de fronteras, social y político, fiscal, educativo, etcétera). Si bien esas son elecciones políticas, no hay duda de que dependen de los diferentes grupos sociales y de sus equilibrios de poder, donde se expresan en forma dominante las distintas visiones del mundo. Así, “[l]a riqueza creada a lo largo de la historia, toda, es el resultado de un proceso colectivo: depende de la división internacional del trabajo, del uso de los recursos naturales del mundo y de la acumulación de conocimiento desde el inicio de la humanidad”.⁷⁹ El actual capitalismo globalizante refleja, precisamente, esa visión del mundo, y un elemento fundamental en él es la propiedad, pues, sin duda, “todas las relaciones de propiedad conllevan relaciones de poder específicas”,⁸⁰ y aquí incluimos la PI.

En resumen, la propiedad privada es la columna vertebral del sistema capitalista. Actualmente, se habla de un capitalismo criminal alrededor de la sustracción de oro en Perú, por ejemplo.⁸¹ La propiedad es una forma de distribuir la riqueza creada por el trabajo del hombre o que existe en la naturaleza; los economistas tradicionales afirman que

⁷⁸ Piketty, Thomas, *op. cit.*, p. 63.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 18.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 48. Además de los medios de producción, la vivienda y el Estado, el otro ámbito de propiedad es la posesión del resto del mundo; es decir, de los activos en países extranjeros.

⁸¹ Zibechi, Raúl, “Capitalismo en modo criminal”, *La Jornada*, México, 30 de diciembre de 2023, p. 19; Melendres Candia, Martín Yover, “Minería informal en el Perú”, Perú, UNSA, 2019, disponible en: https://www.academia.edu/40221749/MINERIA_INFORMAL_EN_PERU (fecha de consulta: 30 de diciembre de 2019).



...el capitalismo funciona sobre la base de los incentivos que proporciona la apropiación privada de tierras, capital, y conocimiento, pero también depende sustancialmente de la producción de bienes públicos en los cuales la información y el conocimiento desempeñan un rol de fundamental importancia.⁸²

Si el conocimiento juega un rol importante en el capitalismo contemporáneo, la inserción de las normas que protegen la PI en el comercio internacional adquiere una dimensión internacional; es decir, el conocimiento se pone en el centro de la economía mundial.

Así, en las últimas décadas del siglo XX se empezó a hablar de innovación como una especie de motor de las empresas en la competencia comercial, lo que es una novedad, pues si bien

...tradicionalmente las universidades se ocupaban en esencia de preservar y transmitir el conocimiento, crear nuevos saberes ha sido una de sus principales funciones desde el surgimiento de la universidad investigadora, en el siglo XIX. Ahora, también las empresas buscan producir nuevos conocimientos con el fin de mejorar sus productos y superar a sus competidores, y alentar la innovación en una de las principales tareas de los gerentes de conocimiento.⁸³

De ahí la demanda de proteger jurídicamente este conocimiento. Entonces, la propiedad intelectual protege a la información y al conocimiento, de tal manera que, al hacerlo, se pasa de lo público a lo privado mediante la conversión de dichos conocimiento e información en un monopolio temporal, por lo general, de explotación privada, y que tiene un valor transferible en el mercado.

⁸² Díaz Pérez, Álvaro, *América Latina y el Caribe: la propiedad intelectual después de los tratados de libre comercio*, Chile, CEPAL, 2008, p. 65, disponible en: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/2526>.

⁸³ Burke, Peter, *¿Qué es la historia del conocimiento?*, 2a. ed., trad. de María Gabriela Ubaldini, Argentina, Siglo XXI, 2017, p. 48.



Ahora, teóricamente, el conocimiento se ha dividido en varios tipos para entender los diferentes regímenes legales que lo regulan y las consecuencias de hacerlo parte de la economía mundial. Así, vemos que los campos del conocimiento que los científicos sociales han identificado están divididos en tecnológico, científico, cotidiano y tradicional.⁸⁴

El conocimiento tecnológico tiene un valor en el mercado y está protegido por la PI mediante un monopolio de explotación, generalmente, de carácter temporal —quizás la excepción está en el secreto industrial, cuya protección no depende del tiempo, sino de su secrecía— para incentivar al creador y como recompensa por su trabajo y genialidad. En realidad, al no existir un sistema de mecenazgo que sostenga económicamente a los creadores, ya que el mismo Estado se retira de ciertas áreas de la economía, se deja que el sistema antiguo de propiedad industrial y derechos de autor, sin cambios sustanciales, sean los que retribuyan al creador del conocimiento útil para producir tecnología y creaciones protegidas por el derecho de autor. Por eso la creación del monopolio de explotación es una excepción al libre flujo de conocimiento e información.

Pero, ¿qué se gana socialmente con la creación del monopolio? La creación del monopolio temporal permite que dicho conocimiento se haga público —que no se guarde—, como una maniobra para mantener una ventaja competitiva en un ambiente comercial y que, además, sirva de insumo para otras invenciones. Por supuesto, los posibles innovadores pueden utilizar ese conocimiento para reproducirlo y comercializarlo, siempre y cuando recompensen a sus creadores por su inversión y genialidad; asimismo, pueden utilizarlo para la creación de nuevo conocimiento, siempre y cuando no se reproduzca el conocimiento protegido. Cuando se termina el tiempo de protección, el conoci-

⁸⁴ Becerra Ramírez, Manuel, “El capitalismo del conocimiento y la propiedad intelectual”, en Bergel, Salvador D. y Negro, Sandra (coords.), *Propiedad intelectual, presente y futuro. Homenaje al profesor Carlos María Correa*, Buenos Aires, B de F, 2019, pp. 1-18.



miento se convierte en parte del dominio público, libre para que otros puedan reproducirlo. Sin embargo, no todo el conocimiento es objeto de protección por las normas de la PI.

Después, tenemos el conocimiento científico, que está libre en la sociedad y no tiene un valor directo en el mercado. El conocimiento sobre la capa de ozono, por ejemplo, no se vende; está en el dominio público, sirve a la humanidad. No obstante, a partir de la entrada en vigor de la segunda generación de PI, ese conocimiento está constreñido a protegerse, de alguna manera, pues puede dar pie a crear nuevas tecnologías, sobre todo en lo que se refiere a la ciencia bioquímica —por la cuestión de la biotecnología— o a la física y la matemática —porque tocan las tecnologías de la computación, de la comunicación o de los nuevos conductores—, sólo por citar algunos ejemplos. De esa manera, el investigador contemporáneo debe tener cuidado en no publicar algún conocimiento que pueda dar motivo a una patente, pues, en tal caso, perdería la novedad, y como sabemos, es un requisito fundamental de patentamiento de las nuevas invenciones.

Más adelante tenemos el conocimiento cotidiano, que es el que nos permite relacionarnos con nuestro medio ambiente inmediato, que se deriva del aprendizaje cotidiano y está relacionado con el hacer y usar de los individuos. En principio, este conocimiento, supuestamente, está libre y carece de valor en el mercado; sin embargo, las nuevas tecnologías de la información también llegan a apropiarse de este conocimiento. Por ejemplo, los datos personales y el domicilio de las personas son parte del conocimiento cotidiano libre hasta que no se convierta en una base de datos de domicilios; una vez en la base de datos, se convierte en una información útil para las empresas y el derecho de la PI la protege, por lo menos en el derecho mexicano, por la vía de “base de datos” como una institución del derecho de autor.

Por último, tenemos el conocimiento tradicional (CT), que también está libre en el mercado. Pese a su enorme valor, los tratados de segunda generación o no alcanzaron a protegerlo o no



había interés en hacerlo. En efecto, el CT no se protege de forma clara y suficiente, como sí sucede con las demás instituciones de la PI. Las preguntas son: ¿no se protege por una estrategia comercial?, o ¿no se protege porque se les olvidó? Lo que es obvio es que, a diferencia de los europeos, en concreto Francia y España, que han destinado muchos recursos e imaginación a proteger su conocimiento tradicional, Estados Unidos, un pueblo de corta historia y de interés práctico que, además, ha sido el motor de la protección de la PI en los tratados de comercio, no ha sido afecto a la protección del CT, a excepción de productos específicos, como el tequila y el mezcal, a cambio de la protección del whisky (en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte), y el pisco, la bebida chilena-peruana (en el Tratado de Libre Comercio de Estados Unidos con Chile). Sin embargo, el CT, ante una ausencia de regulación, al estar en el dominio público puede privatizarse,⁸⁵ por lo que ha sido objeto de saqueo permanente. Por ejemplo, la música, la literatura, la medicina tradicional, o los hermosísimos diseños de las artesanías tanto en textiles como en objetos de barro o cualquier otro material.⁸⁶

Lo mismo sucede con el material genético en la riqueza de la biodiversidad que, fundamentalmente, poseen los países subdesarrollados que han sido objeto de colonialismo y que ahora deben cuidar sus riquezas ante un nuevo embate neocolonial auspiciado por la revolución de la biogenética. El profesor Rafael Pérez Miranda, en una interesante investigación, descubrió cómo los recursos genéticos tienen un gran valor económico en

⁸⁵ Díaz Pérez, Álvaro, *op. cit.*, p. 63.

⁸⁶ En efecto, la prensa reporta que representantes legales de los artesanos denunciaron en la Cámara de Diputados de México que empresas “transnacionales como Nestlé promocionan sus productos con imágenes plagiadas de los diseños creados por maestros indígenas”, y también se mencionan las empresas Mango, Hermès y Nike (*La Jornada*, 27 de octubre de 2017, p. 32). También es conocido el posible plagio de la diseñadora francesa Isabel Marant de un diseño Mixe, disponible en: http://www.milenio.com/tendencias/Donna_Karan-Kendall_Jenner-Hermes-PETA-Isabel_Marant_mixes-Balmain_x_H-M_0_656334502.html (fecha de consulta: 30 de octubre de 2017).



...dos elementos inescindibles: el material al que se accede y la información intangible que hace que el fenómeno material tenga las características y aptitudes que lo hacen valioso. El acceso a la información sobre la memoria genética de un recurso requiere disponer del bien material; la generación de un nuevo producto modificando su información genética, requiere a su vez del bien material que se quiere modificar.⁸⁷

La cuestión es que estos bienes se consideran *res nullius*, susceptibles de apropiación privada, al ser protegidos por el derecho de la PI. En efecto, las normas de la PI contenidas en los tratados de libre comercio no mencionan el origen del material genético, sólo protege el resultado de su manipulación, como una invención susceptible de patentarse, con lo que se saca del dominio público y se privatiza.

Con la inserción de la PI al comercio internacional —creándose la segunda generación de derechos de la PI— este esquema de división de los diferentes tipos de conocimiento ha sufrido una modificación sustancial, pues los campos del conocimiento tecnológico se han venido ensanchando a costa de los conocimientos científicos y tradicionales. En este sistema de “capitalismo cognitivo” hay un derrame de conocimientos del sur al norte, teniendo como marco jurídico la PI en su segunda generación —es decir, la inserción de la PI en los tratados de comercio internacional con las consecuencias que esto trae—. ⁸⁸ Precisamente, al dejar fuera todo el conocimiento tradicional se deja en libertad su explotación, que se procesa en forma de medicinas, música, poesía, etcétera, en el concepto “occidental” de conocimiento, cuando en términos generales el conocimiento está íntimamente relacionado con el desarrollo del ser humano.

⁸⁷ Pérez Miranda, Rafael J., *La privatización de la naturaleza viva y el derecho económico internacional. De la soberanía de las naciones sobre sus recursos genéticos a la apropiación de la vida por las corporaciones*, México, UAM, 2020, p. 226.

⁸⁸ Becerra Ramírez, Manuel, *La propiedad intelectual en transformación*, México, Porrúa-UNAM, 2009.



En ese esquema se argumenta que el CT no tiene ningún costo, ya que es el producto del saber humano de muchas generaciones, a diferencia del conocimiento que es producto de inversiones cuantiosas en los laboratorios de universidades o de centros de investigación de los países desarrollados. Lo anterior es una falacia, pues justo ese CT, por ejemplo, en el caso de la medicina tradicional, es el producto de generaciones de trabajo y cuidado; lo mismo que las variedades vegetales, como sucede con el maíz,⁸⁹ que, a través de muchas generaciones, no sólo se ha conservado, sino que se ha mejorado y diversificado.

De esta manera, el ámbito del conocimiento científico, que en otro momento es inapropiable y libre, se ve reducido a su mínima expresión, a diferencia del conocimiento tecnológico, que se amplía a costa de las demás áreas del conocimiento; es decir, del CT, del cotidiano y del mismo científico. Por desgracia, al quedar libre el conocimiento, hay peligro de apropiación, por un lado, y por el otro, el conocimiento científico es una fuente importante de donde abrevan gratuitamente los innovadores para producir el conocimiento tecnológico que después será protegido por la PI.

En realidad, como antes se mencionaba, esta división entre los diferentes tipos de conocimiento es meramente artificial, pues la creación del conocimiento no se da en estancos separados; la creación de conocimiento nuevo siempre es deudora de alguien más atrás. Todavía, por ejemplo, la filosofía griega clásica sigue siendo fuente de nuevas tecnologías, tal es el caso de la lógica matemática, que se aplica a las tecnologías de la computación,

⁸⁹ En forma más precisa se expresa la idea: “la búsqueda de productos nuevos y materias primas donde se pudieran emplear los conocimientos tradicionales ha provocado una gigantesca presión física, ideológica, y psicológica por parte de negociantes, investigadores, empresas con ánimo de lucro, religiosas y no religiosas, en las comunidades indígenas y locales, generando una coacción indebida cuando no una verdadera carrera y lucha por la obtención de beneficios, como es el caso de las empresas de bioprospección”. Cruz, Rodrigo de la, “Protección a los conocimientos tradicionales”, Cuarto Taller Acceso a Recursos Genéticos, Conocimientos y Prácticas Tradicionales y Distribución de Beneficios, Venezuela, Isla Margarita, del 17 al 19 de julio de 2001, p. 3.



o la física, que se aplica a las tecnologías de las comunicaciones actuales. Aún más, todo lo que se refiere al CT que los pueblos han cultivado y desarrollado a través de diferentes generaciones, puede dar vida a nuevas variedades de vegetales.

En ese sentido, todo el conocimiento tiene un contenido y un fin social, y al meter el conocimiento tecnológico como un elemento de la economía del conocimiento se corre el riesgo, que ya es actual, de que choque con el sentido social de una gran parte del conocimiento protegido por la PI, puesto que, al mismo tiempo, su función es meramente social, como son los medicamentos o los conocimientos cultural y científico —cuyo acceso es parte de los derechos humanos—. Aquí nos encontramos en una aparente disyuntiva creada por la economía del capitalismo cognitivo, que se puede expresar entre economía *vs.* derechos humanos. Sobre eso seguiremos abordando.

III. EL FACTOR JURÍDICO DE LA GLOBALIZACIÓN

En la práctica, esta globalización se traduce en entronizar a las empresas transnacionales como un factor dominante de la economía mundial, con un sistema jurídico creado por los tratados de libre comercio que protege la inversión extranjera y la propiedad privada. Es por eso por lo que la PI se ve como propiedad desde la perspectiva occidental, sin que se tome en cuenta el aspecto colectivo o social que tiene, algo que trataremos más adelante.

Por ahora basta con mencionar que los aspectos jurídicos de la globalización de carácter económico están caracterizados por la enorme red, verdaderamente un enjambre, de acuerdos comerciales desde universales (la creación de la OMC) hasta regionales y bilaterales, donde la consigna es crear, a nivel internacional, una economía de libre mercado. Asimismo, uno de sus objetivos es blindar o hacer irreversibles las políticas globalizadoras impulsadas por el Consenso de Washington. Por supuesto, esa red de tra-



tados de libre comercio, así como las reglas de la OMC, no poseen normas que controlen la circulación de capitales, además de que carecen de objetivos sociales o medio ambientales, por lo que hacen pensar en un neocolonialismo en beneficio de los países ricos.⁹⁰

En caso de que algún Estado se quiera rebelar en contra de las condiciones impuestas por esa red de compromisos internacionales, inmediatamente salen a relucir las estructuras de solución de controversias —el sistema de sanciones internacionales—, bastante pulidas y puntiagudas, “pactadas” en dichos tratados y que son obligatorias por el principio *pacta sunt servanda*. De igual modo, el incumplimiento de los pactos internacionales se califica de falta de seguridad jurídica; en consecuencia, el Estado culpable se considera no apto para recibir inversión extranjera, lo que, en definitiva, espanta a las economías ansiosas por recibir inversión extranjera sea como sea. Al parecer, no hay escape posible.

Por otra parte, en lo que toca a la PI, en otros trabajos ya hemos observado cómo los tratados de libre comercio que incluyen normas de PI, en realidad son correas de transmisión del derecho estadounidense que, por esa vía, hace llegar la disposición a los Estados con los cuales negocia.⁹¹ De esa manera, el derecho de la PI contemporáneo, en parte, es un derecho estadounidense, o se mueve al ritmo en que los negociadores estadounidenses de los tratados de libre comercio desean. Por supuesto, las normas reflejan los intereses de las empresas líderes o que tienen capacidad de cabildeo en el gobierno —sin duda, las empresas farmacéuticas y de la comunicación la tienen—.

IV. LAS EMPRESAS TRASNACIONALES, UN FACTOR REAL DE PODER DE LA GLOBALIZACIÓN

Con todo lo anterior se ha dado impulso al monstruoso crecimiento de un nuevo factor económico internacional: las empresas

⁹⁰ Piketty, Thomas, *op. cit.*, p. 105.

⁹¹ Becerra Ramírez, Manuel, *La propiedad intelectual...*, *cit.*



transnacionales (ET), las cuales han aprovechado la plataforma de la globalización para crear cadenas de producción y de consumo mundial de acuerdo con lo que mejor les convenga para aumentar sus impresionantes ganancias. Como bien observa Marcel Merle, acerca de este hecho:

...el fenómeno no es nuevo. Basta con recordar las condiciones en las que se extendió el capitalismo, a través del mundo, en el siglo XIX. A favor de la doctrina de *laisser-faire*, *laisser-passer*, muchas empresas europeas (especialmente británicas, francesas, holandesas, alemanas) y norteamericanas se implantaron en numerosos territorios para asegurar el control del aprovisionamiento de materias primas y el de las salidas necesarias para el excedente de su producción.⁹²

Para ilustrar la importancia económica de las ET vimos que durante la pandemia las grandes empresas digitales de Estados Unidos fueron unas de las grandes ganadoras —las otras fueron las empresas farmacéuticas—. En efecto, el valor en el mercado de las cinco empresas estadounidenses globales digitales (Google, Amazon, Facebook, Apple y Microsoft —conocidas como GAFAM—)

...y cuatro grandes administradores de activos: BlackRock, Vanguard, State Street y Fidelity... asciende a 9.1 billones de dólares, superior al PIB bruto de Alemania, Francia e Italia, que es de 8.6 billones de dólares, mientras los cuatro administradores de activos gestionan 33 billones de dólares, cifra que duplica el PIB de las 28 naciones de la Unión Europea, que asciende a 15.7 billones.⁹³

Ahora bien, lo sugestivo, y podemos decir asunto clave, es que el derecho internacional público no se aplica a las empresas transnacionales de manera directa. Las empresas, no obstante su

⁹² Merle, Marcel, *op. cit.*, p. 353.

⁹³ Fazio, Carlos, “E. Wolff llama a deconstruir el plan tecnofascista de K. Schwab”, *La Jornada*, México, 24 de enero de 2022, p. 17.



poderío económico mundial, están reguladas por el derecho internacional privado que reglamenta los entes privados internacionales por medio de normas o principios generales (igualdad, reciprocidad, territorialidad de las leyes, personalidad de las normas que afectan al Estado y capacidad de las personas, respeto a los derechos adquiridos, orden público, etcétera) y con apoyo del derecho interno.

En la experiencia internacional ha habido varios intentos de regulación de las empresas transnacionales que han sido infructuosos, tal es el caso del proyecto de Código de Conducta de las Naciones Unidas para las Empresas Transnacionales, el cual señala que desde el

...año de 1974, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) creó el Centro de empresas transnacionales y la Comisión sobre las empresas transnacionales, a fin de elaborar una “serie de recomendaciones que, tomadas en conjunto, representarían la base de un código de conducta para las empresas transnacionales”.⁹⁴

Ante este vacío de regulación, o por lo menos ambigüedad regulatoria, es perceptible que las empresas transnacionales gozan de privilegios especiales en las relaciones internacionales. En efecto, es claro y entendible, desde el punto de vista jurídico, que los gobiernos de los Estados apoyen a sus empresas, porque a final de cuentas, son personas morales que tienen la nacionalidad del Estado de origen, y ese apoyo se hace con la finalidad de abrir camino en las negociaciones internacionales. Es común ver que en las visitas de Estado en las comitivas gubernamentales se incluyan representantes de esas ET. Igualmente, los tratados de libre comercio, impulsados por los Estados desarrollados, no son más que mejores condiciones para proteger

⁹⁴ Fauchère, Béatrice, “La responsabilidad social de las empresas y los códigos de conducta. ¿Nuevos retos o viejos debates?”, *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, vol. 14, 2011, disponible en: <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.3444> (fecha de consulta: enero de 2022).



las inversiones y la inserción a las economías locales de las poderosas ET.

Además, el soporte se debe a que se espera que las ET contribuyan, mediante la repatriación de ganancias, a la economía del Estado de origen, aunque esto no siempre sucede, pues el grado de sofisticación de algunas ET hace que rebusquen, antes que todo, sus intereses propios, y de esa manera buscan un beneficio a nivel global. Por eso los sindicatos estadounidenses, por ejemplo, criticaron a las empresas automovilísticas que, en lugar de tener sus plantas en territorio de Estados Unidos, migraron a México, donde las condiciones fiscales, de mano de obra y recursos son más baratas, lo cual les permite mayores ganancias y mantenerse en la ruda competencia internacional.

Aparte de eso, los gobiernos anfitriones de las ET les conceden un trato privilegiado por considerar que realizan inversiones necesarias para la economía del país; precisamente, ese es el señuelo de las ET para entrar a un Estado y exigir un derecho de la PI duro, favorable a sus intereses.

Por otra parte, también está el fin de la Guerra Fría, con la desaparición del bloque socialista y la desintegración de la Unión Soviética en la década de los noventa. Lo que produjo el fin de la competencia y, hasta cierto grado, el equilibrio entre las hegemonías Estados Unidos-Unión Soviética. Esto no significó el fin de la historia, sino el inicio de otra etapa en las relaciones internacionales, donde es indiscutible una competencia por la nueva hegemonía en la que resalta China como una emergente potencia global.

Lo interesante del caso es que todos esos cambios profundos que se han dado en el sistema de relaciones internacionales no están acompañados por una transformación de la organización internacional creada después de la Segunda Guerra Mundial, y más cuando esta necesidad de evolución es notable en varios aspectos del sistema de relaciones internacionales, y la pandemia COVID-19 lo pone en certidumbre, como lo veremos en el análisis de los principales órganos de la ONU y otros organismos que, de forma indiscutible, tienen que ver con dicha pandemia.



V. LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL *DE FACTO* O LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES SELECTIVAS Y LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA

Fundamentalmente, a partir de la década de los setenta, cuando los países desarrollados (en especial Estados Unidos y Japón) empezaron a retirarse de la ONU, se comenzó a manifestar un fenómeno muy marcado que consistió en la creación de organizaciones selectivas que no nacían como producto de una negociación internacional que desembocara en un tratado; quizá como una imitación a la organización *de facto* de los grandes productores de petróleo, con la OPEP, o bien, como un retroceso a las alianzas del siglo XIX, como es el caso de la Santa Alianza en Europa.

Así, nació en esa misma tendencia el G-7, que después se convirtió en G-8, con Rusia, y que más tarde salió por la crisis de Crimea; el G-20, BRICS y otros más, organismos *de facto* que son una manifestación de la crisis del multilateralismo. Es evidente que estos organismos no institucionales toman atribuciones que corresponderían a la ONU, a tal nivel, que incluso algunos expertos proponen reformas que pretenden integrar al G-20 dentro de la ONU⁹⁵ como una manera de cooptación de un factor real del poder.

El fenómeno de los organismos *de facto* está íntimamente vinculado con la globalización económica —impulsada en la década de los ochenta del siglo pasado—, la cual está permeada por políticas impulsadas por Estados Unidos, Europa y aliados, que, con la base de la revolución de la telemática (computación y comunicación), predicen los mercados abiertos, sin restricciones; sólo aquellas que las mismas leyes del mercado dictan.

Además, junto con todo lo anterior se ha creado una red impresionante de tratados de libre comercio que para nada toman en cuenta la asimetría que existe entre los diferentes Estados. Por

⁹⁵ Trent, John E., “El multilateralismo salvará al mundo del coronavirus y del cambio climático”, en Seara Vázquez, Modesto (coord.), *op. cit.*, p. 146.



ejemplo, el CAFTA (Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América del Norte), si bien permite la comercialización libre a los productores de materias primas en el mercado estadounidense, al mismo tiempo Estados Unidos puede expandir los mercados a sus poderosas empresas transnacionales, y con reglas de propiedad intelectual que, de hecho, son un candado para la transferencia de tecnología, lo que, de alguna manera, condena a esos países a participar en la globalización como proveedores de materias primas baratas frente a los productos tecnológicos de los países desarrollados.

Una prueba evidente de que esta política ha sido perjudicial para los países subdesarrollados es que ha producido oleadas de migrantes pobres, que no tienen nada que perder, hacia Estados Unidos o Europa. El mismo Parlamento Europeo reconoce que “la liberalización del comercio internacional es una de las explicaciones más claras del incremento de la desigualdad y de la pobreza”,⁹⁶ en lugar de que dichos tratados de libre comercio hayan sido un factor de desarrollo, como se pregona entre sus impulsores.

En realidad, lo que ha propiciado esta globalización económica es la creación de un sistema de producción mundial en cadena donde los países subdesarrollados son eslabones que proporcionan materias primas y mano de obra barata, puesto que la competencia mundial exige bajos costos, con lo que se permite la explotación de los trabajadores. Por eso las empresas transnacionales se mueven de país a país, creando eslabones de producción que les permitan tener una ventaja competitiva en sus costos transnacionales. El meollo es que, en contra de lo que sostiene, que “primero hay que crear riqueza y después distribuirla”, es un esquema económico que no ha permitido una distribución equitativa de la riqueza. Y la globalización económica impulsada por los Estados desarrollados en los últimos 40

⁹⁶ Guamán, Adoración, *TTIP. El asalto de las multinacionales a la democracia*, Madrid, Akal, 2015, p. 27.



años postula la limitación del Estado westfaliano hasta reducirlo a su más mínima expresión; en cambio, el mercado debe ocupar los espacios que el Estado, con su retirada, deja libres.

Sin embargo, este modelo económico de la globalización, en su práctica, ha probado que no es adecuado, pues el mercado no lo resuelve todo; deja fuera los aspectos sociales, como son la salud, el medio ambiente, la educación y las garantías sociales de los trabajadores (salario justo, pensiones de vejez, etcétera). En suma, hay una

...incapacidad de los mercados para reconocer el valor de los bienes sociales vitales que son externos a la lógica del mercado. Debido a que no hay un precio asignado a estos bienes sociales no hay forma de que los mercados los incorporen en su cálculo y satisfagan la demanda de estos bienes.⁹⁷

Pero lo más grave es que esta carencia de los mercados, en su práctica, trae consecuencias graves, como una polarización de la riqueza: pocos que tienen mucho y muchos que no tienen nada. Esto produce desequilibrios sociales, como migraciones masivas, delincuencia y pobreza, inclusive el rompimiento del equilibrio del medio ambiente —el mercado no es capaz de incorporar en su contabilidad los costos ambientales—. Es por eso que se ha engendrado una corriente opositora alternativa muy amplia.

Precisamente, esos vacíos que deja el retiro del multilateralismo y la aplicación de las políticas económicas de libre mercado dan pie a la existencia del Foro Económico Mundial (FEM), considerado una organización no gubernamental de dimensión internacional, con sede en Cologny, y que tiene reuniones anuales en Davos, por lo que es conocida mundialmente.

En efecto, el FEM es un excelente ejemplo de los vacíos que ha dejado la organización internacional ante el retiro de las grandes potencias del multilateralismo y el anquilosamiento. Además, es

⁹⁷ Friesen, Elizabeth, “Orden mundial y actores transnacionales: el caso del Foro Económico Mundial”, en Seara Vázquez, Modesto (coord.), *op. cit.*, p. 191.



un signo del globalismo económico que entroniza a la economía del mercado como su centro, con una coalición donde no sólo participan los gobiernos, sino también las empresas multinacionales y la sociedad civil. Justamente, las empresas multinacionales juegan un papel muy importante, pues son las principales contribuyentes del FEM.

Ahora bien, el FEM fue creado en 1975 por Claus Schwab, economista alemán y profesor de economía en Suiza, como un club de empresarios que desde sus inicios abrazó el neoliberalismo. El objetivo del FEM consistió en formar una comunidad de hombres de negocios que se reuniera en Davos, Suiza, todos los inviernos para escuchar a un experto invitado. Su atractivo formato hizo crecer rápidamente este club informal, y poco a poco fue incluyendo a personajes prominentes de la política, de la cultura, de los negocios, intelectuales, líderes religiosos, etcétera. Así, el FEM pasó de ser “un club oscuro y muy privado, que se reunía anualmente en los Alpes suizos, a la organización internacional ambiciosa, altamente interconectada y de alto perfil como se ve a sí mismo hoy”.⁹⁸

Evidentemente, el FEM cumple con el objetivo de ser un centro mundial de debate, aunque, como decíamos, en sus orígenes —de orientación neoliberal— es autor de iniciativas como el Great Reset y el Rediseño Global. De alguna manera, al convertirse en un foro de discusión global, imita o suplanta a la ONU, que, como sabemos, es uno de sus propósitos, y que, teóricamente, cumple por medio de la AG-ONU con sus sesiones del mes de septiembre, cuando recibe los discursos, en general acartonados de jefes de Estado. Además, el FEM funciona como un *think tank*, pues produce estudios relativos a la globalización importantes para la economía neoliberal.

El FEM también se ha modificado ideológicamente, ya que poco a poco ha cambiado su ortodoxia neoliberal, expresada por la consigna “el espíritu empresarial” es el interés público glo-

⁹⁸ *Ibidem*, p. 95.



bal, a la consigna actual: “comprometidos con la mejora del estado del mundo”, que se identifica más con las preocupaciones del mundo expresadas por las ONG en Seattle en 1999, donde se celebró la reunión de la OMC. Precisamente, esa reunión de Seattle fue el punto de partida del viraje de la FEM hacia una atenuación de la globalización de corte neoliberal.

El FEM ha llegado a evolucionar hasta parecerse a una organización internacional, y ha tenido interesantes e importantes propuestas en materia de salud mundial; por ejemplo, en 1997, ante la epidemia del sida, hizo propuestas para enfrentar la amenaza mundial de la enfermedad, enfatizando la importancia del gasto en salud pública. Esto significó un giro importante tanto en la orientación económica como política del FEM, puesto que uno de los postulados neoliberales es la reducción de los gastos del Estado en salud pública. En esa misma dirección, Bill Gates, el magnate creador de Microsoft, que dio ganancias inverosímiles en 2001, en Davos, durante la celebración del FEM, planteó la crítica al mercado, considerando que no había resuelto el problema de salud de los países en desarrollo.

En 2002, en la Asamblea Anual de la FEM de ese año, el entonces secretario general de la ONU, Kofi Annan, lanzó la iniciativa Salud Global con el objetivo de abordar los problemas de salud provocados por el sida y la malaria, con la participación del sector público en asociación con las empresas privadas.

Más tarde, durante la pandemia COVID-19, la fundación Bill y Melinda Gates fundó, en 2020, la Alianza Global para Vacunas e Inmunizaciones (Gavi), que tiene por objeto abaratar las medicinas en beneficio de los países pobres. Además, la fundación Gates es miembro del grupo filántropo Fondo Global (Global Fund 2020).

En la línea de la salud, el FEM fue quien lanzó la Coalición para las Innovaciones en Preparación para Epidemias (CEPI) durante 2017, en Davos. El CEPI es una organización privada, pero está inserta en el proyecto COVAX, junto con Gavi y la OMS, por supuesto. Sin embargo, estas señales de un cambio de



orientación hacia preocupaciones sociales, si bien son necesarias, no son suficientes y llegan a destiempo, ya que después de cuatro décadas de la promoción y defensa de la globalización neoliberal por parte del FEM, su dirección se dio cuenta de que “el capitalismo no es un sistema autosuficiente, porque hay una tendencia natural hacia el monopolio”.⁹⁹

En efecto, los 40 años de desregularización y de economía de mercado, con una marginalización de los controles del Estado, produjeron la creación de monopolios que han concentrado escandalosamente la riqueza en beneficio de unos cuantos. Y aunque reconocen la urgencia de hacer algo por la salud, dejan como respuesta la beneficencia pública, sometida a la buena voluntad de los que hicieron su riqueza gracias al sistema económico prevaeciente. Aun así, en su esencia se mantiene el sistema sin modificaciones sustanciales, por ejemplo, el rigor de la PI en materia de farmacéuticos.

En otras palabras, la “economía de derrame”, la cual sostiene que primero hay que crear la riqueza y después distribuirla, falló porque no existen mecanismos de distribución ni canalización a objetivos sociales, como es el caso, mínimamente, de la salud, la alimentación y la educación.

VI. LA RECUSACIÓN DE LA GLOBALIZACIÓN

La globalización, entendida de esta manera, no tardó mucho en mostrar sus aspectos negativos. Ya para 1999, cuando en la ciudad de Seattle, donde supuestamente se iniciaba una nueva ronda de negociaciones comerciales internacionales para apuntalar a la globalización como se entendía en ese momento, apareció un vigoroso movimiento antiglobalizador que expresaba todos los males del sistema, entre ellos el elevado costo de los medicamentos, que

⁹⁹ Stiglitz, Joseph, “Entender bien la desglobalización”, *La Jornada*, México, 2 de junio de 2022, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/2022/06/02/opinion/020a1eco>.



hacia inalcanzable, por ejemplo, la medicina para tratar enfermedades como el sida.

En realidad, es incuestionable que la globalización sólo beneficia plenamente a los países desarrollados y sus empresas, las cuales son la correa de transmisión de los beneficios obtenidos en los Estados que funcionan hacia el Estado de origen. Con la globalización no hay transmisión de conocimientos ni empleos mejor remunerados ni una distribución equitativa de la riqueza.



CAPÍTULO CUARTO

LA PANDEMIA COVID-19: UN FENÓMENO GLOBAL DEVELA NACIONALISMO, DIPLOMACIA, Y TRAE A DISCUSIÓN LA SOBERANÍA

I. EL NACIONALISMO DE LA VACUNA

Si tomamos en cuenta que la pandemia COVID-19 afecta a la población mundial de casi 8 mil millones de personas, veremos que se ha convertido en un problema a resolver para la comunidad internacional en su totalidad. La situación actual en la conexión del mundo, que permite una movilidad de las personas nunca vista en la historia, hizo, por ejemplo, que rápidamente el virus se transmitiera a todos los rincones del mundo. De manera coloquial, se dice que la COVID-19 viaja en avión, a diferencia de otras pandemias en las que la historia registra su expansión por la población moviéndose a caballo, en barco o transmitiéndose por la acción del viento. La rapidez con la que la COVID-19 se expandió por todo el mundo no sólo afectó la salud de las personas, sino la economía de los Estados, ya que muy pocos tenían la posibilidad de aguantar el confinamiento de la gente por el tiempo necesario para aislar el virus y atacarlo. Además, la ruptura de las cadenas de producción que se crearon con la globalización rápidamente se hizo evidente.

Al ser la pandemia un fenómeno global, parecería que requeriría una respuesta también global; sin embargo, la respuesta de la organización internacional constató la crisis del multilateralismo. Asimismo, los Estados que se apresuraron a conseguir la vacuna —en una acción sin precedentes— se cerraron a la migración, poniendo un cerco sanitario, en contradicción con la globalización,

que presume requerir una acción también global. Los países desarrollados (Estados Unidos, la Unión Europea y el Reino Unido) se apresuraron antes, mediante negociaciones de inversión-venta, a comprar 2,600 millones de vacunas y a monopolizar la producción y la compra de insumos o instrumentos contra la enfermedad, como respiradores, mascarillas, desinfectantes, equipos de prueba y demás. Las compras de pánico crearon un *boom* en la industria farmacéutica, y algunos Estados impusieron restricciones a la exportación de dichos productos, como es el caso de la Unión Europea y, en forma particular, Alemania y Francia.¹⁰⁰

Pero no solamente eso, sino que, contrario al principio de cooperación que anima la organización internacional, cuando aparecieron las vacunas se reivindicaron nacionalmente para poder inocular a la población propia, sin importar la de los otros. Surgió el fenómeno “primero nosotros y después los demás”, lo cual es absurdo si tomamos en cuenta que la detención de la pandemia COVID-19 pasa, sin duda, por la inoculación de la población mundial.

La existencia de zonas no inoculadas trae una serie de consecuencias; primero, es un peligro de contagio y de transmisión mundial, y segundo, permite la mutación del virus, aumentando su peligrosidad —en este momento se habla de mutaciones que dieron paso a la aparición de un virus sudafricano, inglés o brasileño—. Además de que no permite el libre juego de la economía, que se ve obstaculizada por el cierre de fronteras y las necesarias medidas sanitarias que se impusieron.

Este egoísmo nacional de la vacuna es tan contrario al principio de cooperación internacional que es parte del orden mundial, que el secretario general de la ONU, António Manuel de Oliveira Guterres, lo denominó *vaccination-nalism*, que se podría traducir como el “nacionalismo de la vacuna”.¹⁰¹ Aunque esto,

¹⁰⁰ Velázquez, Germán, “Repensando la fabricación...”, *cit.*, p. 20.

¹⁰¹ Alista, D. Edgar, “Las Naciones Unidas a los 75 y su «reconstrucción deseable»: ¿cómo llegar allá desde aquí?”, en Seara Vázquez, Modesto (coord.), *op. cit.*, p. 107.



desafortunadamente, ya se había manifestado con anterioridad en la crisis por la pandemia de la influenza A (H1N1) que se produjo en 2009.

Las empresas farmacéuticas entonces proveyeron de vacunas no en términos de lógica de salud mundial, sino de comercio y de control estatal. Recordemos, por ejemplo, que la empresa francesa Sanofi anunció que, en caso de obtener la vacuna contra la COVID-19, Estados Unidos tendría derecho a ser abastecido de forma preferencial en virtud de haber recibido un importante financiamiento por parte de la Autoridad de Investigación y Desarrollo Biomédico Avanzado de los Estados Unidos (BARDA) —algo así como el principio de “quien paga manda”—, a lo que el presidente francés advirtió que sería “incomprensible e indigno”, por lo que Sanofi tuvo que corregir.¹⁰²

No obstante, no sólo los países europeos y el estadounidense tomaron esta postura, inclusive una potencia emergente como la India también la tomó, por lo menos visto desde la postura de Cyrus Poonawalla, director ejecutivo del Serum Institute of India, el mayor productor mundial de dosis de vacunas, quien dijo: “[L]a mayor parte de las vacunas, al menos inicialmente, tendrían que ir a nuestros compatriotas antes de salir al extranjero”.¹⁰³ Entonces, el nacionalismo de las vacunas se podría entender incluso desde la perspectiva de los derechos humanos.

Respecto a India, podría entenderse si tomamos en cuenta que es uno de los países más poblados del mundo y su vacunación es un imperativo, ya que comprende una parte importante de la población del mundo. Por otra parte, recordemos que el Estado tiene la obligación de garantizar la salud de su pobla-

¹⁰² “Francia alerta a Sanofi que “sería indigno” que diese a EEUU un acceso prioritario a la vacuna contra el coronavirus”, *El Economista*, 14 de mayo de 2020, disponible en: <https://www.economista.es/empresas-finanzas/noticias/10542118/05/20/Francia-alerta-a-Sanofi-que-seria-indigno-que-diese-a-EEUU-un-acceso-prioritario-a-la-vacuna-contra-el-coronavirus.html> (fecha de consulta: 4 de agosto de 2022).

¹⁰³ Velázquez, Germán, “Repensando la fabricación...”, *cit.*, p. 23.



ción para proteger su derecho humano a la salud. Por supuesto, es una obligación, pero no debe ser tomada como una forma de abuso; no olvidemos que durante la pandemia algunos países monopolizaron las vacunas más allá de lo que necesitaban para su población.

Tal parece que lo que hizo falta fue un árbitro, que era lógico que fuera la OMS, pero se impuso el egoísmo de algunos Estados y los intereses de sus empresas farmacéuticas.

II. LA DIPLOMACIA DE LAS VACUNAS

En las relaciones internacionales post Guerra Fría, con la aparición de un sistema de poder múltiple, con China y Rusia como potencias emergentes haciendo sombra a la hegemonía estadounidense, la vacuna contra la COVID-19 se convirtió en rehén de los intereses hegemónicos de las potencias, pese a la necesidad de que la vacuna circulara a escala global.

En efecto, el 12 de octubre de 2022 el presidente Joe Biden, de los Estados Unidos, publicó su Estrategia Nacional de Seguridad, que rige por los dos años siguientes. En ella se menciona que la potencia norteamericana se debe mantener como líder mundial, y que sus principales oponentes son China, que es el único poder que podría cambiar el orden mundial, y Rusia, como “un país peligroso que es necesario controlar”.¹⁰⁴ Se menciona esto porque es el mismo espíritu que prevaleció al aparecer la vacuna; donde vimos una reedición de la Guerra Fría, pues como sucedió en otro momento, durante el enfrentamiento de los sistemas capitalista y socialista, el prestigio de los Estados y de las bondades del sistema que cada uno de los poderes hegemónicos defendía, se media por sus logros deportivos, científicos, en la carrera es-

¹⁰⁴ “The Biden-Harris Administration’s National Security Strategy”, Gobierno de EUA, 12 de octubre de 2022, disponible en: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/10/12/fact-sheet-the-biden-harris-administrations-national-security-strategy/> (fecha de consulta: 2 de enero del 2023).



pacial y demás. Eran parte de las bondades que se desprendían de los sistemas contrapuestos y que se utilizaban en las propagandas de cada bloque. En la actualidad, quien tiene la vacuna es un sello de prestigio y proporciona capacidad de negociación internacional.

Además, la consecución de la vacuna contra la COVID-19 se convirtió en un objetivo de política de Estado. Así, por ejemplo, bajo el gobierno del ex presidente de Estados Unidos, Donald Trump, en abril de 2020 se creó lo que se denominó Operation Warp Speed (OWS), una asociación público-privada para hacer frente a la pandemia COVID-19. De esta manera, la OWS, provista de un presupuesto millonario de 10,000 millones de dólares, se propuso desarrollar, fabricar y distribuir vacunas, terapias y diagnósticos contra la COVID-19.¹⁰⁵

En caso de la vacuna Sputnik V, su nombre está tomado del primer satélite soviético enviado al espacio extraterrestre y cuya utilización, ahora con la vacuna, es un ejemplo de la connotación de la carrera por prestigio de la Guerra Fría. La Sputnik V fue desarrollada por el Centro Nacional de Epidemiología y Microbiología de Gamaleya.

En 2020 el presidente ruso anunció la obtención de la vacuna, que al parecer, no fue difícil de lograr; los rusos actuaron rápido. En principio, Gamaleya obtuvo un respaldo financiero clave del Fondo de Inversión Directa de Rusia; después, no partieron de cero, ya que se aprovechó la experiencia que tenían en la producción de vacunas: en otro momento, contra la tuberculosis, y, recientemente, la vacuna contra el ébola que aplicaron en Guinea durante 2017 y 2018; también la producción e inoculación contra MERS (por las siglas en inglés del síndrome respiratorio de Oriente Medio), un coronavirus mortal que apareció, por supuesto, en Medio Oriente. Así, ante la amenaza de

¹⁰⁵ “What is Operation Warp Speed?”, National Institute of Allergy and Infectious Diseases, 1o. de julio de 2020, disponible en: <https://www.niaid.nih.gov/grants-contracts/what-operation-warp-speed> (fecha de consulta: 2 de enero del 2023).



la COVID-19, Gamaleya no tardó en adaptar los vectores de adenovirus MERS al nuevo coronavirus.

Con la Sputnik V el presidente ruso, Vladimir Putin, lanzó una campaña mundial que incluía mencionarla en un discurso ante la ONU, ofreciendo proporcionar la vacuna gratis al personal de la organización. Además, inició acuerdos con India, Brasil y México para transferir la vacuna.

Inmediatamente, hubo una campaña contra la vacuna, acusándola de que no había información científica sobre su eficacia, de ser sospechosa e, inclusive, barata.¹⁰⁶ Varios Estados europeos se cerraron a todo aquel que quisiera ingresar y que hubiera sido inoculados con dicha vacuna.¹⁰⁷

El caso de China es significativo, pues lanzó toda una campaña diplomática propagandista, lo que la literatura ha calificado como diplomacia para la salud global, a fin de “«ganar las mentes y los corazones» de la comunidad internacional y atenuar la percepción de la «amenaza china» tan divulgada”¹⁰⁸ por Estados Unidos. Así, China lanzó una estrategia diplomática que incluyó el campo multilateral. Dos ejemplos: participó en el mecanismo COVAX de la OMS y apoyó la suspensión del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) en la OMC. Y en la política bilateral suministró vacunas y tecnología médica a los países subdesarrollados. Su diplomacia fue tan eficiente, que contrastó con la seguida

¹⁰⁶ Es el caso de México, donde la oposición al presidente López Obrador también tomó la vacuna Sputnik V como un ariete en contra del gobierno. Arellano, Silvia y Damián, Fernando, “Lilly Téllez sobre vacuna Sputnik V: Soy antivacunas patito”, *Milenio*, 27 de enero de 2021, disponible en: <https://www.milenio.com/politica/lilly-tellez-vacuna-sputnik-antivacunas-patito> (fecha de consulta: 2 de enero de 2023).

¹⁰⁷ “La Unión Europea no aprobará la vacuna Sputnik V antes de 2022”, *Infobae*, 21 de octubre de 2021, disponible en: <https://www.infobae.com/america/mundo/2021/10/21/la-union-europea-no-aprobara-la-vacuna-sputnik-v-antes-de-2022/>.

¹⁰⁸ Rosas González, María Cristina *et al.*, “La ruta sanitaria de la seda y el poder suave de la República Popular China ante el SARS-CoV-2”, *Foro Internacional*, México, vol. 63, núm. 1, enero-marzo de 2023, pp. 85-132, disponible en: <https://doi.org/10.24201/ri.v63i1.2937>.



por su mayor contrincante, Estados Unidos, que durante la gestión de Trump llegó incluso a suspender su membresía a la OMS.

La presencia de las vacunas chinas y rusas dio oportunidad a que esos dos Estados se acercaran a negociar con otros de menor capacidad tecnológica, y audazmente colocaron sus vacunas como objeto de negociación, ya fuera productiva o de cooperación internacional. Por ejemplo, se reporta que durante el primer trimestre de 2021 el comercio de México con los tres países que proporcionaron vacunas contra la COVID-19, China, Rusia e India, aumentó en un 21% respecto al año pasado.¹⁰⁹

Además, la reacción de los países desarrollados cuando se obtuvieron las vacunas —concretamente Estados Unidos, en Europa, Japón y Canadá, entre otros— fue controlar el mayor número de vacunas, produciendo de manera abusiva un acaparamiento de ellas en contra de la lógica de la globalidad de la COVID-19. Esto a diferencia de Rusia y China, que desde que obtuvieron sus vacunas estuvieron de acuerdo en compartirlas, ambos Estados, a través de sus dirigentes, negociaban la vacuna.

Por otro lado, las potencias occidentales apoyaban a sus empresas farmacéuticas con carretadas de dinero para producir la vacuna,¹¹⁰ lo que permitió su acaparamiento cuando ésta se logró.¹¹¹ Esta concentración de las vacunas en pocos Estados pro-

¹⁰⁹ Carbajal, Braulio, “México aumenta su comercio con países que le brindaron vacunas”, *La Jornada*, 17 de mayo de 2021, p. 18.

¹¹⁰ En general, los recursos públicos aportados a las empresas transnacionales para lograr la vacuna de la COVID-19 son impresionantes. El South Centre, en una investigación hecha con el CEIDIE de la Universidad de Buenos Aires, menciona el monto en dólares de los fondos públicos aportados a las empresas desarrolladoras de las vacunas para la COVID-19: Johnson & Johnson, 2 mil millones; Sanofi y GSK, 2.35 mil millones; Merck y IAVI 38 millones; Moderna 5.35 mil millones; Novavax, 2.1 mil millones; Pfizer (BioNTech), 95 mil millones; AstraZeneca (Oxford), 1.6 mil millones. Aoun, Alejandra *et al.*, *El debate sobre la extensión de los derechos de propiedad intelectual en tiempos de pandemia*, Ginebra, South Center-CEIDIE-UBA, 2023, p. 31.

¹¹¹ Además, hay otros mecanismos de acaparamiento; por ejemplo, en una investigación sobre el tema se ha descubierto que la producción del conocimiento tecnológico en materia de farmacéuticos es producto del esfuerzo de



dujo una fuerte reacción del secretario general de la ONU, quien, en 2021, en una comparecencia conjunta con el director general de la OMS, Tedros Adhanom Ghebreyesus, declaró que “[n]o tener una distribución igualitaria de vacunas no es solamente una cuestión inmoral, es también estúpida”.¹¹²

En efecto, en 2021 la OMS contaba con que, por lo menos, cada país inmunizara al 10% de su población antes de finalizar septiembre. La idea era que el 40% de la población de cada país estuviera inmunizado antes de que terminara 2021, y llegar al 70% para mediados de 2022. Sin embargo, esos objetivos sólo se podrían lograr si se contaba con 11 mil millones de dosis de vacunas. La OMS lo tenía claro; no se trataba de aprovisionamiento, sino de reparto, cuando en ese momento se estaban produciendo casi mil 500 millones de dosis al mes.¹¹³ Así es como la distribución inequitativa de la vacuna se convirtió en un campo propicio para que las variantes se sigan produciendo.

La parte jurídica es la relativa al entramado legal internacional que hay alrededor de las vacunas. Concretamente, las vacunas, como todo producto farmacéutico nuevo, están protegidas por la PI, la cual crea un monopolio de explotación de carácter temporal que, en este momento de urgencia mundial, obstruye el acceso a la tecnología de la vacuna. La PI y sus reglas de protección en medio de la pandemia están muy cuestionadas, tanto desde el punto de vista jurídico como moral. Desde el punto de vista jurídico porque el monopolio de explotación, ejercido, en

una red de pequeñas y medianas industrias “cuya investigación es licenciada a PhaRMA. En los últimos años del siglo XX los institutos de investigación de salud han recibido la mayor inversión en investigación y desarrollo, solo luego del sector militar en Estados Unidos”. Haro Barón, Talía Rebeca, “El régimen de propiedad intelectual como gobernanza global en la economía del conocimiento: el caso del sector farmacéutico en México. Un debate sobre la producción y la creación del mercado para los medicamentos prescritos para la diabetes I y II (1991-2020)”, tesis de doctorado, México, UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2023, p. 278.

¹¹² *La Jornada*, 9 de octubre de 2021, p. 8.

¹¹³ Carbajal, Braulio, “México aumenta su comercio...”, *cit.*



este tiempo, por pocas empresas con pocas vacunas (Pfiser, Moderna, Johnson & Johnson, AstraZeneca, Sputnik V, Cansino y Sinovac), es incapaz de abastecer la necesidad de la vacuna para una población de más de 7 mil millones de personas.

En el sistema capitalista la PI es una excepción a la prohibición de los monopolios que se hace con motivo de incentivar la investigación, pero tal monopolio de explotación tiene sus límites: los derechos humanos, en concreto, el derecho humano a la salud. Es inmoral porque estamos hablando de una pandemia que ha azotado a toda la humanidad y, por un lado, están los millones de personas que no tienen acceso a la vacuna; por el otro, las empresas farmacéuticas que cotizan en la bolsa de valores y que ven por sus ganancias.

Pero lo que llegó al escándalo fue la prohibición de ingreso a los territorios a las personas que tuvieran vacuna rusa o china, lo que significó una violación de los derechos humanos, una discriminación inexplicable y una expresión de la rivalidad de Estados Unidos y Europa con las nuevas hegemonías. Al mismo tiempo, fue una manifestación del desorden mundial y la ausencia del multilateralismo. No existe, *de iure*, un órgano mundial, independientemente de los que hay en cada uno de los Estados, que pueda determinar qué vacunas son aptas para su uso público. De manera unilateral, en septiembre de 2021, Estados Unidos aceptó las vacunas que fueran autorizadas por la OMS para los viajeros internacionales —en su momento las vacunas de Pfizer/BioNTech, AstraZeneca/Oxford, Janssen, Moderna, Sinopharm y Sinovac—.

El nacionalismo de las vacunas es una descarada competencia económica en la que las empresas farmacéuticas son apoyadas por sus Estados. Por ejemplo, el brutal bloqueo de los Estados Unidos contra Cuba no ha impedido a este país producir sus propias vacunas, pero su distribución y venta a nivel mundial sería imposible,¹¹⁴ en principio, por su carencia de materias pri-

¹¹⁴ Según la revista *Lancet*, la vacuna cubana Abdala es segura y tiene una eficacia de 92.28%. Hernández-Bernal, Francisco *et al.*, “Safety, Tolerability,



mas para su producción masiva, y después, por el bloqueo de Occidente a las vacunas de Rusia y de China, al que se suma, por supuesto, la vacuna cubana.

El caso de Cuba es también bastante interesante, pues con todas sus carencias, el gobierno tuvo el tino de apostar por la salud. El Centro de Ingeniería Genética y Biotecnología y el Instituto Finlay de Vacunas, desde la década de los ochenta se han mantenido produciendo vacunas para uso interno y exportación. Por ejemplo, la vacuna contra la hepatitis que los cubanos desarrollaron fue la primer vacuna recombinante en el mundo autorizada por la OMS.¹¹⁵ Esta experiencia científica, aunada al bloqueo estadounidense que hacía calcular que la población cubana no tuviera acceso a las vacunas, orientó a los científicos a desarrollar sus propias vacunas. Con éxito lograron tres vacunas: Abdala, Soberana 2 y Soberana Plus, que no sólo sirvieron para aplicarlas a su misma población, sino también para enviarlas a los Estados objeto de sanciones por parte de Estados Unidos, como Venezuela, Siria, Nicaragua, Irán —en donde además se produce la Soberana 2— y también a Vietnam.

III. CONTRATOS Y COSTOS DE LAS VACUNAS

En la cuestión de los farmacéuticos, y en especial las vacunas contra la COVID-19, algunos de sus aspectos jurídicos tienen que ver con algo que no conocemos y que sólo atisbamos: los contratos con las farmacéuticas por el suministro de las vacunas. En acuerdos cerrados y ocultos, no sabemos qué firmaron los Estados con las empresas farmacéuticas internacionales productoras de las vacu-

and Immunogenicity of a SARS-CoV-2 Recombinant Spike RBD Protein Vaccine: A Randomised, Double-blind, Placebo-controlled, Phase 1-2 Clinical Trial (ABDALA Study)”, *eClinicalMedicine*, vol. 46, abril de 2022, disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.eclinm.2022.101383>.

¹¹⁵ Padilla, Tanalís, “Las vacunas cubanas y la inequidad mundial”, *La Jornada*, 23 de diciembre de 2022, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/notas/2022/12/23/opinion/las-vacunas-cubanas-y-la-inequidad-mundial-tanalís-padilla/>.



nas. La gran necesidad de, primero, obtener las vacunas y, después, tener acceso a ellas, hizo que los Estados firmaran acuerdos que, en términos generales, fueron secretos, lo que resultó en una gran opacidad.¹¹⁶

La urgencia de los Estados para tener acceso a la vacuna para su población hizo que las farmacéuticas impusieran sus condiciones en los contratos. Solamente la Unión Europea, actuando en bloque, pudo, hasta cierto grado, negociar los contratos; América Latina, al actuar individualmente, no pudo negociar. El caso ejemplificativo es el del Perú, que no aceptó las condiciones de negociación de la empresa Pfizer y se retrasó en el acceso a la vacuna.¹¹⁷

Ahora bien, ¿por qué tanta secrecía? Evidentemente, porque las condiciones que se establecen en dichos contratos, en una situación de normalidad —es decir, de no urgencia—, no serían aceptadas por ningún Estado celoso de su soberanía. Las cuestiones de responsabilidad de la empresa farmacéutica, la solución de controversias (los tribunales que conocen en caso de controversias), las condiciones de aplicación de la vacuna, los precios de la misma y la propiedad intelectual son, entre otros, puntos clave que las empresas farmacéuticas no negocian; imponen.

Por otra parte, se ha filtrado el comportamiento de las farmacéuticas, que distan mucho de ser cuidadosas con la salud de la población, y en cambio, ser de una voracidad desmedida. Por

¹¹⁶ En el caso de México, gracias a la presión de la prensa se pudo revelar parte de los contratos que el Estado celebró con los fabricantes de las vacunas Sputnik V, Cansino y Pfizer, pero tenían testados, ocultos, los datos relativos a la parte económica de los contratos: indemnización, seguros, responsabilidades y precios de las vacunas. Tourliere, Mathieu, “Gobierno publica contratos de compra de vacunas, pero esconde costos y cláusulas clave”, *Proceso*, 24 de mayo de 2021, disponible en: <https://www.proceso.com.mx/nacional/2021/5/24/gobierno-publica-contratos-de-compra-de-vacunas-pero-esconde-costos-clausulas-clave-264513.html> (fecha de consulta: 5 de enero de 2023).

¹¹⁷ Olmo, Guillermo, “Vacunas contra el coronavirus: a qué se debe el secretismo que rodea los contratos entre los gobiernos y las farmacéuticas”, *BBC News*, 28 de enero de 2021, disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-55804567> (fecha de consulta: 5 de enero del 2023).



ejemplo, según información periodística, en 2021 el Ministerio de Salud brasilero publicó en su página el contrato entre Pfizer y el gobierno, en el que se destacaban las condiciones impuestas por la empresa estadounidense: pago anticipado sin compromiso de entrega en fecha pautada; pérdida de inmunidad soberana del Estado, pudiendo embargar el laboratorio hasta al Banco Central; jurisdicción en Nueva York para tratar conflictos; la empresa no se hace responsable de indemnizar a nadie por efectos adversos de la vacuna.¹¹⁸

También tenemos el caso de Moderna, una empresa cuyo principal producto, en este momento, es la comercialización de la vacuna contra la COVID-19. La empresa farmacéutica ha desarrollado una tecnología especial y bastante exitosa para la producción de dicha vacuna a través de mensajero RNA (mRNA).

El pasado 29 de julio de 2022 la empresa farmacéutica Moderna realizó un contrato con el gobierno estadounidense para proporcionar 66 millones de dosis de vacunas contra la COVID-19, para ser entregadas este mismo año, con un valor de 1.74 billones de dólares;¹¹⁹ es decir, un negocio redondo donde el dinero del Estado recibido por Moderna es importante. Precisamente, la crítica que se hace a Moderna es que ha recibido enormes cantidades de dinero del Estado, concretamente de Estados Unidos, para desarrollar su vacuna y, no obstante, su comportamiento es sumamente criticable e ilegal desde las mismas reglas de la PI; por ejemplo, en sus solicitudes de patente Moderna “no incluyó los nombres de los

¹¹⁸ Gómez, Santiago, “¿Qué dice el contrato que Pfizer firmó con Brasil?”, *APU*, 8 de abril de 2021, disponible en: <https://www.agenciapacourondo.com.ar/relampagos/que-dice-el-contrato-que-pfizer-firmo-con-brasil-por-santiago-gomez> (fecha de consulta: 17 de enero de 2023).

¹¹⁹ La nueva vacuna objeto de la transacción es la mRNA-1273.222, es bio-prevalente y previene contra la variante Omicron y sus subvariantes BA.4 y BA.5. “Moderna Announces New Supply Contract With The U.S. Government”, 29 de julio de 2022, disponible en: <https://investors.modernatx.com/news/news-details/2022/Moderna-Announces-New-Supply-Contract-With-The-U.S.-Government-For-An-Initial-66-Million-Doses-Of-A-Moderna-Bivalent-Covid-19-Booster-Vaccine-With-Options-For-U.S.-Government-To-Purchase-Up-To-An-Additional-234-Million-Doses/default.aspx> (fecha de consulta: 4 de agosto de 2022).



científicos del Instituto Nacional de Salud (NIH, por sus siglas en inglés) financiados por el gobierno”.¹²⁰ Pero esto, que es una violación a los derechos morales de los autores, sería *pecatta minuta* frente a lo que se le acusa: obstaculizar, con el monopolio de explotación que le da la PI, la producción y distribución de la vacuna en la cantidad que se requiere.

Al respecto, el caso de Sudáfrica es bastante elocuente. En febrero de 2022 se informó que investigadores de la empresa Afri-gen Biologics and Vaccines, junto con la Universidad Witwatersrand y la colaboración de la OMS, pese a la nula colaboración de Moderna, lograron crear una copia de su vacuna.¹²¹ Sin embargo, una vez que se tenga ya totalmente disponible la vacuna para su comercialización y distribución, tienen que realizar ensayos clínicos, que, como sabemos, son costosos y lentos, y aquí está precisamente un obstáculo que se podría salvar si Moderna liberara dichos ensayos clínicos, cosa que no hace.

Ante la urgencia de una vacunación suficiente de la población mundial, la postura de las empresas trasnacionales que ahora producen las vacunas ha sido totalmente reprobable, pues se escudan en la PI para no compartir su tecnología.

El 12 de octubre de 2021 una docena de miembros del Senado y de la Cámara Baja del Congreso estadounidense enviaron una carta a funcionarios de salud de la Casa Blanca y del Departamento de Servicios Humanos y de Salud.¹²² La carta es muy elocuente sobre la situación de Moderna. En principio, des-

¹²⁰ Muñoz Téllez, Viviana, *op. cit.*, p. 18.

¹²¹ “Científicos sudafricanos crean una copia «casi exacta» de la vacuna de Moderna con la ayuda de la OMS”, *Infosalus*, 4 de febrero de 2022, disponible en: <https://www.infosalus.com/actualidad/noticia-cientificos-sudafricanos-crean-copia-casi-exacta-vacuna-moderna-ayuda-oms-20220204135838.html> (fecha de consulta: 5 de agosto de 2022).

¹²² Concretamente, a David Kessler, M. D., Chief Scientific Officer for the COVID-19 Response, de la Casa Blanca, y a Gary Disbrow, Ph.D. Director Biomedical Advanced Research and Development Authority del U.S. Department of Health and Human Services, disponible en: *2021.10.12 Letter to WH and BARDA on Moderna Contract.pdf* ([senate.gov](https://www.senate.gov)) (fecha de consulta: 4 de agosto de 2022).



cribe las enormes cantidades que el gobierno de Estados Unidos ha transferido a las empresas farmacéuticas (se entiende Johnson & Johnson, Pfizer y Moderna, principalmente) para “acelerar el desarrollo de vacunas seguras y eficaces contra la COVID-19”. En el caso concreto,

Moderna, que es la más pequeña de las tres empresas que producen vacunas autorizadas o aprobadas por la FDA, se ha beneficiado desproporcionadamente de este apoyo. Además de recibir importantes recursos federales para ayudar en el desarrollo de vacunas, la compañía también recibió casi \$10 mil millones en fondos del gobierno federal entre el 16 de abril de 2020 y el 15 de junio de 2021 para aumentar su capacidad de fabricación, ejecutar ensayos clínicos a gran escala y entregar vacunas. Antes de 2020, la compañía no había lanzado con éxito un producto al mercado ni avanzado una vacuna candidata a la etapa tres de ensayos clínicos. El ex jefe científico de la respuesta a la vacuna contra el COVID-19 afirmó que el gobierno “sostenía a Moderna de la mano todos los días”.¹²³

Asimismo, la carta subraya que, no obstante los enormes recursos que provienen del contribuyente estadounidense, Moderna y Pfizer se han negado a acatar la solicitud del presidente Biden para “negociar *joint ventures*, donde licenciarían su tecnología para contratar fabricantes con el objetivo de proporcionar vacunas a países de bajos y medianos ingresos”. Es notorio que no se les pide que renuncien a la PI, sino sólo que licencien sus invenciones; no se les está pidiendo que declinen su PI, sino que compartan su tecnología en momentos de una patología global, lo cual, desafortunadamente, no se ha hecho. Es evidente que a Moderna le importa más el negocio de la vacuna que la salud global. Se informó que Moderna obtendría en 2022 más de 20 mil millones de euros por su vacuna.¹²⁴ Y uno se pregunta: ¿eso

¹²³ Traducción del autor.

¹²⁴ “Moderna ingresará más de 20.000 millones de euros en 2022 por su vacuna contra la COVID-19”, *El Economista*, 3 de agosto de 2022, disponible



no es suficiente para compensar a Moderna? —que es uno de los objetivos de la PI—.

Ahora bien, a propósito de la tecnología especial de la vacuna de Moderna, se trata del ARN mensajero “que permite ordenar a las células humanas fabricar proteínas presentes en el virus para acostumbrar al sistema inmunitario a reconocerlos y neutralizarlos”,¹²⁵ la cual es un técnica producto de una investigación de, aproximadamente, cuatro décadas de investigación; una técnica que también utiliza Pfizer/BioNTech. Y justo por eso Moderna demandó a la empresa Pfizer/BioNTech, reclamando titularidad de la PI sobre la técnica del ARN mensajero.

Por supuesto, la parte económica es lo más importante, ya que lo que demanda Moderna es “una compensación económica”, que debe ser descomunal, ya que los pronósticos de Pfizer para 2022 eran un ingreso “de 32 mil millones de dólares en ventas”.¹²⁶

Después de todo lo que vimos, el meollo del asunto es que los productos farmacéuticos se ven como una mercancía más. Bajo el pretexto de recuperar la inversión, las empresas farmacéuticas aducen razones de mercado. Por ejemplo, los defensores de la secrecía en los contratos manifiestan que ésta siempre ha existido y que es en beneficio de los Estados pobres, ya que el ocultamiento del costo les permite hacer una diferenciación de los precios: bajos para los países pobres y altos para los opulentos. Por supuesto, también la secrecía alrededor de la PI tiene que ver con la competencia de otros potenciales productores de vacunas, como la India.

A final de cuentas, las farmacéuticas salen ganando en una lógica de mercado donde no importa que la vacuna sea parte de

en: <https://www.economista.es/economia/noticias/11895427/08/22/Moderna-ingresa-mas-de-20000-millones-de-euros-en-2022-por-su-vacuna-contra-la-Covid19.html> (fecha de consulta: 5 de agosto de 2022).

¹²⁵ “Moderna demanda a Pfizer y BioNTech por la patente de vacuna contra el COVID”, *La Jornada*, 27 de agosto de 2022, p. 18.

¹²⁶ *Idem*.



un derecho al acceso a la salud, y que una pandemia como la COVID-19 no hace distinciones, exige respuestas globales.

Por último, vale la pena hablar de algunas ideas sobre el costo de la vacuna. En virtud de la secrecía de los contratos no tenemos una información fidedigna sobre el costo de dichas vacunas; sin embargo, podemos, a partir del costo de la vacuna contra el ébola, hacer una reflexión sobre el costo y significado económico de las vacunas contra la COVID-19.

Pese a ser muy antigua, la enfermedad del ébola no captaría la atención de la comunidad internacional sino hasta 2014-2016, cuando un brote en África Occidental (Guinea, Sierra Leona, Liberia) exhibió la potencialidad de que éste se extendiera a una pandemia. La primera duda que se impuso fue: ¿por qué no se había invertido antes en el desarrollo de una vacuna? Simple y sencillamente, porque la enfermedad se presentaba en países que no la podían financiar, y, además, surgía de manera esporádica, según explicó el doctor Heinz Feldmann a la revista *Scientific American*.¹²⁷

La segunda cuestión fue: ¿cuál es el precio de la vacuna del ébola? Al respecto, hay que decir que la vacuna que se logró se llama Ervebo (rVSV-ZEBOV), y fue creada por un consorcio entre

...la farmacéutica estadounidense Merck Sharp & Dohme (MSD) y el Laboratorio Nacional de Microbiología de Winnipeg (Canadá). La Agencia de Salud Pública de Canadá posee la vacuna y la patente, cuyos derechos están autorizados a otra empresa de ingeniería genética, NewLink que, a su vez, se la “subarrendó” a Merck & Co.

Asimismo, otra vacuna “AD26.ZEBOV + MVA-BN-FILO, ha sido desarrollada por Janssen (Johnson & Johnson) y Bavarian Nordic...”.

¹²⁷ Branswell, Helen, “Ebola Vaccine Approved in Europe in Landmark Moment”, *Scientific American*, 12 de noviembre de 2019, disponible en: <https://www.scientificamerican.com/article/ebola-vaccine-approved-in-europe-in-landmark-moment> (fecha de consulta: 18 de abril de 2020).



Ahora, según el reporte que consultamos, y de acuerdo con estimaciones de la OMS,

...sólo la sustancia con la dosis requerida cuesta 26,39 dólares, incluyendo el coste de manipulación y gestión de residuos. Alrededor de un dólar más si se suma desde la jeringuilla al algodón y el diluyente... Pero, en una zona de brote como la República Democrática del Congo hay que sumar todo el material de protección del personal sanitario, el transporte, los elementos que garanticen la cadena del frío, etc.¹²⁸

En ese sentido, según la OMS, y considerando el costo estimado del suministro de *kits* de vacunación para el personal sanitario (\$429.280 dls), el paquete de la vacuna en sí (\$834.229 dls), la *cadena de frío* necesaria para la refrigeración y el mantenimiento de las vacunas (\$1,090.050 dls), la movilización social/costo IEC (\$389.750) y el suministro de oficinas y rentas (\$637.140), el costo total estimado de vacunación correspondía a \$3,380.464 dólares. Esto significaba que el costo individual de cada vacuna, que en este cálculo de la OMS contemplaba sólo a 24,875 personas para su vacunación, era de, al menos, \$135.90 dólares.¹²⁹ Más tarde, en mayo de 2018, la OMS se reportaría en necesidad de nada más y nada menos que \$26 millones de dólares para combatir al ébola en la República Democrática del Congo.¹³⁰ Claramente, tratamos con cifras astronómicas para la población y aun para el gobierno de este país de África Central.

¹²⁸ Vicioso, Mario, “La vacuna contra el ébola, aprobada en Europa: preguntas y respuestas”, *Newtral*, 20 de noviembre de 2019, disponible en: <https://www.newtral.es/la-vacuna-contra-el-ebola-aprobada-en-europa-preguntas-y-respuestas/20191120/> (fecha de consulta: 18 de abril de 2020).

¹²⁹ Vaccinations Costs Summary Results, Draft May 2016, OMS, disponible en: https://www.who.int/csr/resources/publications/ebola/GEVIT_guidance_Appendix_K.pdf?ua=1.

¹³⁰ OMS, “WHO Supports Ebola Vaccination of High Risk Populations in the Democratic Republic of the Congo”, 21 de mayo de 2018, disponible en: <https://www.who.int/news-room/detail/21-05-2018-who-supports-ebola-vaccination-of-high-risk-populations-in-the-democratic-republic-of-the-congo>.



Por otra parte, hay que tomar en cuenta que el sistema de PI aplicado a los farmacéuticos no está constreñido sólo a las patentes, sino que también tiene que ver con las marcas, modelos de utilidad, bases de datos, circuitos integrados y secretos industriales, por mencionar algunas de las instituciones de la PI relacionadas con los farmacéuticos. De esta manera, por una parte el monopolio que el derecho de la PI asegura recompensará a los innovadores; por otra parte, constituirá un obstáculo para el acceso de los enfermos al recurso de que se trate. Entonces, ya no hablamos exclusivamente de la población de los países más pobres, sino de la humanidad en su totalidad.

Veamos el ejemplo de un país desarrollado como los Países Bajos. En plena pandemia —estamos hablando de abril de 2020— el gobierno de los Países Bajos, pese a tratarse de un país rico y desarrollado, estuvo desprovisto de las pruebas para detectar el coronavirus¹³¹ que con tanta urgencia necesitaba. El problema surgió porque la empresa farmacéutica suiza Hoffmann-La Roche es titular de la receta de un reactivo, el llamado *lysis buff*, que es requerido para las pruebas. La dificultad radicó en que, para proteger su monopolio, la empresa Roche no liberó el reactivo mencionado, y por si fuera poco, la mayoría de los laboratorios en los Países Bajos dependía de ese *kit* de pruebas, así como del equipo que dicha empresa trasnacional proveía.

Esta posición de Roche llamó la atención del gobierno de los Países Bajos, llegando el asunto al Parlamento, donde se discutió la propuesta de forzar al gigante trasnacional a poner a disposición de los productores locales la fórmula para los reactivos de análisis —o como se dice en el argot de los bioquímicos, “reactivos de testeo”— por la vía de una licencia obligatoria, precisamente para determinar la presencia de la COVID-19 en personas con síntomas, lo cual era fundamental en el momento

¹³¹ Roche Releases Recipe Sfter European Commission Considers Intervention Due to Lack of Coronavirus Tests, disponible en: <https://www.ftm.nl/artikelen/roche-releases-recipe-after-public-pressure-while-european-commission-considers-intervention-due-to-coronavirus-test> (fecha de consulta: 22 de abril de 2020).



de la pandemia. Se trata de un asunto del derecho humano a la salud, pero el problema no fue resuelto en tal sentido, pues el llamado *lysis buff* no está patentado; en consecuencia, el gobierno buscó otra vía jurídica, por ejemplo, la aplicación de leyes antimonopólicas.

Con este ejemplo lo que estamos tratando de mostrar es que las normas de PI no se circunscriben a las patentes; pueden ser también secretos industriales que impiden el acceso a la población enferma en general, sea pobre o rica, puesto que se especula como si fuera un bien comercial más.

IV. LA APARENTE DISYUNTIVA ENTRE SOBERANÍA EN SALUD Y DERECHOS HUMANOS

Tanto la práctica internacional como algunos doctrinarios han manejado que es inevitable el nacionalismo de las vacunas. Para sustentar su posición se basan en los derechos humanos, que establecen a los Estados la obligación de proteger y promover la salud de su población, caso contrario, pueden incurrir en responsabilidad internacional. Por ejemplo, Reidar K. Lie y Franklin G. Miller argumentan con verdades a medias:

Desde un punto de vista normativo, los gobiernos nacionales tienen la responsabilidad y el deber de promover la salud de sus poblaciones, una responsabilidad reconocida en los documentos internacionales de derechos humanos. A diferencia de las organizaciones internacionales, los gobiernos nacionales tienen la capacidad de movilizar y redirigir recursos para abordar las emergencias de salud y pueden ser considerados responsables si no lo hacen. Así como los países han tomado legítimamente medidas extraordinarias para proteger a sus poblaciones durante la pandemia actual, como el cierre de fronteras y la provisión de alivio económico, también tienen el derecho y el deber de tratar de asegurar el acceso a una vacuna efectiva para sus ciudadanos y residentes.¹³²

¹³² Lie, Reidar y Miller, Franklin, *op. cit.*, p. 58.



Esta es una argumentación interesante, parcialmente, pues es cierto que los derechos humanos establecen una obligación para los Estados de respetar y garantizar el derecho de su población a la salud, que, como vemos en otra parte de este libro, es parte del orden público internacional. Sin embargo, hay que ver cómo se garantiza ese derecho a la salud. ¿Es posible garantizar el derecho a la salud cuando mi vecino, con el cual me relaciono, está enfermo y me puede contagiar? En una globalización indudable, en la que hay cadenas comerciales y movimientos migratorios a todos niveles, individuales y masivos, ¿es posible decir “nosotros nos salvamos de la pandemia y los demás que resuelvan su problema por sí mismos”?

El secretario general de la OMS, Tedros Adhanom Ghebreyesus, visualiza este aspecto criticando el nacionalismo de las vacunas de los países desarrollados. A principios de 2021 denunció que los países continúan minando el esfuerzo de COVAX, y afirmó: “Hemos avanzado. Pero ese progreso es frágil. Necesitamos acelerar el suministro y distribución de vacunas, y no podemos hacerlo si algunos países continúan acercándose a los fabricantes que están produciendo vacunas con las que cuenta COVAX”. También recordó que esas acciones socavan a COVAX y privan a los trabajadores de la salud y a las personas vulnerables de todo el mundo de vacunas que salvan vidas.

Entiendo muy bien que todos los gobiernos tienen la obligación de proteger a su propia gente. Pero la mejor manera de hacerlo es suprimiendo el virus en todas partes al mismo tiempo. También es importante recordar que, aunque las vacunas son una herramienta muy poderosa, no son la única herramienta. Todavía necesitamos acelerar la distribución de diagnósticos rápidos, oxígeno y dexametasona.¹³³

¹³³ “La OMS pide al Consejo de Seguridad que aborde la exención de propiedad intelectual de las vacunas COVID-19”, *Noticias ONU*, 26 de febrero de 2021, disponible en: <https://news.un.org/es/story/2021/02/1488762> (fecha de consulta: 18 de julio de 2021).



Es clara la perspectiva del secretario general de la OMS: en un mundo interconectado, con una pandemia global, no es posible pensar en sí mismo, eso lo entienden los países desarrollados y medios, si lo vemos desde el discurso.¹³⁴ El gran problema es que no se actuó y actúa en consecuencia.

V. SOBERANÍA DE LA SALUD

Además, la manifestación de antiooperación nos muestra que el fenómeno de la *soberanía*, incluso cuando muchos auguraban su desaparición, está muy arraigado, más cuando los países de cuyas empresas son originarias lo necesitan. Esa soberanía de la salud, con la pandemia COVID-19, pone en evidencia como incluso los países desarrollados dependen de los insumos que se producen en China e India, por lo que las potencias de donde son las grandes empresas transnacionales, Estados Unidos, Alemania, Francia y la Unión Europea, en general, planean recuperar su soberanía en la producción de las vacunas.¹³⁵ Este es

¹³⁴ Por ejemplo, el G-20 dijo: “Apoyamos plenamente y nos comprometemos a continuar fortaleciendo el mandato de la OMS en el sentido de coordinar la lucha internacional contra la pandemia, incluida la protección de los trabajadores sanitarios de primera línea y el suministro de insumos médicos, en especial herramientas de diagnóstico, tratamientos, medicamentos y vacunas. Reconocemos la necesidad de implementar acciones urgentes en el corto plazo para ampliar los esfuerzos globales en la lucha contra la crisis del COVID-19. Trabajaremos rápidamente, juntos y con otros actores pertinentes, para cerrar la brecha de financiamiento del Plan Estratégico de Preparación y Respuesta de la OMS. Asimismo, nos comprometemos a brindar recursos de inmediato, al Fondo de Respuesta Solidaria COVID-19 de la OMS, a la Coalición para la Preparación e Innovación frente a Epidemias (CEPI), y a GAVI, la Alianza Mundial para Vacunas e Inmunización, en forma voluntaria. Instamos a todos los países, organismos internacionales, el sector privado, entidades humanitarias, y a todas las personas a contribuir a estos esfuerzos”. Véase “Declaración del G-20 sobre el COVID-19”, disponible en: <https://www.embajadaabierta.org/post/declaraci%C3%B3n-del-g-20-sobre-el-covid-19> (fecha de consulta: 18 de julio de 2022).

¹³⁵ Velázquez, Germán, “Repensando la fabricación...”, *cit.*, p. 18.



un movimiento antiglobalizador donde, nuevamente, no se toma en cuenta el multilateralismo, y mucho menos la cooperación internacional.

No obstante, también existe la soberanía de la salud, y en ese sentido, la “soberanía de las vacunas”,¹³⁶ que se puede ver desde otra perspectiva. Algunos Estados, como México, antes de que llegaran las medidas neoliberales, tenían la infraestructura necesaria para la producción de vacunas; sin embargo, desapareció con la idea de que no era necesario producir las vacunas, pues era mucho mejor comprarlas o privatizar la producción. Pero la pandemia volvió a mostrar que la población de un Estado es vulnerable si no cuenta con vacunas suficientes, que sólo el Estado puede garantizar.

En este sentido, el director general de la OMS, Tedros Adhanom Ghebreyure, haciendo un balance de los efectos de la pandemia de enero de 2020 a diciembre de 2021, declaró que la COVID-19 provocó entre 13 y casi 17 millones de muertos, y sobre todo, recomendó que todos los países inviertan más en salud para tener “sistemas de salud más fuertes”.¹³⁷ Por supuesto, esto va en contra de la lógica de privatización de la salud y exige la cooperación internacional.

Por eso, antes dijimos que la posición de Reidar K. Lie y Franklin G. Miller era parcialmente cierta; lo cierto es que el Estado tiene la obligación de garantizar la salud de su población. Este es uno de los principales objetivos del Estado como una creación social que cumple funciones específicas, como la seguridad pública, la educación y la seguridad alimentaria. De igual forma, la salud de la población es un bien esencial que el Estado debe proteger; es parte de los derechos humanos, y para tal se construye una estructura social llamada *Estado*; para eso la población aporta, mediante su trabajo, el pago de sus impues-

¹³⁶ Gómez, Carolina y Poy, Laura, “Llaman a recuperar soberanía en la producción de vacunas”, *La Jornada*, 15 de mayo de 2022, p. 8.

¹³⁷ “Estima la OMS 14.9 millones de decesos por COVID en el mundo”, *La Jornada*, México, 6 de mayo de 2022, p. 10.



tos: para sostener al Estado. Por ende, podemos afirmar que las políticas que predicán la reducción del aparato del Estado y la privatización de la salud son violatorias de los derechos humanos. Pero sobre esto abundamos en otro momento.



CAPÍTULO QUINTO

LA PROPIEDAD INTELECTUAL CONTEMPORÁNEA PARTE DE LA ECONOMÍA MUNDIAL

Generalmente, la literatura jurídica contemporánea se ha olvidado que los productos farmacéuticos no siempre han gozado de su protección de la PI de manera global.¹³⁸ El actual sistema de protección, vía PI, está dado por la segunda generación de derechos de la PI, que comenzó con el Acuerdo sobre los ADPIC y que continúa con los tratados de libre comercio, que contienen capítulos bastante detallados sobre la PI desde la perspectiva internacional. Pero, aún más, la industria farmacéutica ha sufrido un desarrollo impresionante a partir del siglo XIX, que llegó a acelerarse con la revolución de la biotecnología y que, de alguna manera, ha generado una readecuación radical de la PI que sigue en curso.

I. LA REGULACIÓN DE LOS PRODUCTOS FARMACÉUTICOS: BREVE HISTORIA

Los descubrimientos del siglo XIX establecen las bases de lo que se llamó “revolución terapéutica”, pues, como menciona Germán Velázquez, se aíslan elementos minerales (bromo, yodo y magnesio) y se utiliza una serie de principios activos de origen vegetal:

¹³⁸ El Convenio de París para la protección de la propiedad industrial de 1883, con amplitud en su normatividad, permitió que muchos países se negaran a proteger los productos farmacéuticos para, a su vez, proteger el acceso a la salud, máspreciado socialmente.



morfina, en 1804; quinina, en 1820, y digitalina, en 1844.¹³⁹ A finales del siglo XIX, concretamente en 1897, en Alemania la farmacéutica Bayer inauguró la preparación de medicamentos industriales vendidos bajo forma de especialidades. Así, el ácido acetilsalicílico fue comercializado bajo el nombre de la marca “Aspirina” a partir de 1899, y si bien su principio activo está bajo dominio público, la marca “Aspirina” es uno de los productos farmacéuticos más vendidos en el mundo y es el medicamento “más prominente en el portafolio”¹⁴⁰ de Bayer. Y aunque está sujeto a investigación y mejoras constantes, es una prueba de que las empresas trasnacionales contemporáneas siguen, a través de los años, recibiendo dividendos de una invención que ya rebasa el siglo de vida, vía la marca. Así es como la invención de Felix Hoffman de finales del siglo XIX sigue proporcionando carretadas de dinero a Bayer, la poderosa empresa alemana.

Este también es un hecho que se omite cuando se discute sobre la necesidad de que las empresas tengan un monopolio de explotación para poder invertir en la investigación de nuevos fármacos. ¿No sería posible tomar dinero de las descomunales ganancias de un producto farmacéutico que ya cumplió con su ciclo de monopolio y se sigue explotando, como es el caso de la Aspirina, para destinarlo a la investigación de nuevos productos?

Por otra parte, la penicilina, descubierta por Alexander Fleming en 1929, inauguró a partir de 1944 la era de los antibióticos. Fleming fue un gran científico que, aparte de su famoso hallazgo, en 1922 también descubrió otras sustancias, como la “lisozima, una enzima bactericida que impide las infecciones y que se halla presente en numerosas sustancias segregadas por los

¹³⁹ Velázquez, Germán, “Algunas reflexiones sobre la industria farmacéutica y la salud pública”, en Bergel, Salvador D. y Negro, Sandra, *Propiedad intelectual, presente y futuro. Homenaje al profesor Carlos María Correa*, Buenos Aires, B de F, 2019, pp. 582 y 583.

¹⁴⁰ “Aspirina cumple 120 años en el mercado”, *Milenio*, 16 de junio de 2017, disponible en: <https://www.milenio.com/negocios/aspirina-cumple-120-anos-en-el-mercado> (fecha de consulta: 11 de enero de 2023).



seres vivos, como las lágrimas, la saliva o las secreciones nasales y que actúa como una barrera contra las infecciones”.¹⁴¹

Pues bien, a pesar de que el científico escocés entendió la importancia de la antibiosis,¹⁴² y en consecuencia de los antibióticos que causaron una revolución en la medicina, no obtuvo una patente de su famoso descubrimiento; ni siquiera la solicitó, pensando en la difusión del antibiótico como algo útil para salvar la vida ante múltiples infecciones que afectan a la población. Así, la penicilina se convirtió en un medicamento de uso universal.

Fleming, si bien no obtuvo los beneficios de una patente, sí ganó grandes honores sociales, como haber sido nombrado *Sir* en el Reino Unido de la Gran Bretaña en 1944, y un año después recibió el Premio Nobel de Medicina, que compartió con Howard Florey y Ernst Boris Chain. Este hecho es importante porque estamos hablando de estímulos a la investigación y a la invención. Generalmente, los científicos no dedican su trabajo y genialidad para lograr un emporio comercial que les permita acumular grandes cantidades de dinero, como sí lo hacen las empresas contemporáneas.

Siguiendo con la historia, la empresa estadounidense Pfizer, gracias a su capacidad y manejo de la tecnología de fermentación, pudo producir en forma masiva la penicilina durante la Segunda Guerra Mundial para tratar a los soldados heridos, lo que constituyó un gran negocio para la empresa. Sin embargo, el gran éxito económico alcanzado por Pfizer se terminó en la década de los cincuenta, cuando la penicilina se fabricó industrialmente por 19 firmas estadounidenses diferentes, con lo que el costo se hizo accesible para toda la población y Pfizer buscó

¹⁴¹ “Alexander Fleming, el padre de la Penicilina”, *National Geographic*, disponible en: https://historia.nationalgeographic.com.es/a/alexander-fleming-padre-penicilina_14562/7 (fecha de consulta: 12 de marzo de 2021).

¹⁴² “Una interacción biológica que consiste en la imposibilidad de que unos organismos vivan en las inmediaciones de otros, debido a que unos segregan una sustancia, llamada antibiótico, que provoca la muerte de los otros”. *Idem*.



nuevos productos, como la terramicina, otro éxito comercial, y se convirtió en una compañía farmacéutica basada en la investigación.¹⁴³

Después de la penicilina, que, como dijimos, inauguró la era de los antibióticos, otros investigadores aportaron otros antibióticos, como la estreptomina, utilizada para el tratamiento de la tuberculosis y que salvó millones de vidas. En este caso, alegando que es una sustancia natural que debe modificarse para poder utilizarse en medicina humana, sí es patentable. En la actualidad el precio varía sustancialmente dependiendo de si es una versión genérica o de marca (en este caso, el precio de sulfato de estreptomina de Single Care es de \$813.25 por cada 10.1 gm de solución reconstituida).

Ya en el siglo XX, concretamente en 1952, el Dr. Marshall Gates Jr., de la Universidad de Rochester, obtuvo la patente de la producción de morfina desde el alquitrán de carbón. Pero a pesar de los nuevos métodos de obtención, la principal fuente de morfina sigue siendo la amapola, o adormidera, como ha sucedido a través de los siglos, pues es una droga conocida por el hombre desde la antigüedad.

A partir de la década de los cincuenta las grandes empresas farmacéuticas se consagraron a las especializaciones protegidas bajo patentes y nombres de marca. Germán Velázquez señala las etapas de la innovación farmacéutica que han marcado el nacimiento y evolución de dicha industria, y son:

- 1935: aparición de las sulfamidas;
- 1944: aparición de los antibióticos;
- 1945: aparición de los antituberculosos, y
- 1980: primeros productos de origen biológico.

En todo este tiempo, la propiedad intelectual ha sido un factor importante en la producción y la comercialización de los pro-

¹⁴³ Historia de Pfizer, disponible en: <https://historia-biografia.com/pfizer/amp/> (fecha de consulta: 10 de enero de 2023).



ductos farmacéuticos, sin que exista un sistema único, ya que las legislaciones nacionales son diferentes de acuerdo con sus perspectivas de desarrollo, tema que tocaremos a continuación.

II. CONSTITUCIÓN DEL EJE PARÍS-BERNA Y LOS DERECHOS DE LA PI DE SEGUNDA GENERACIÓN

La Convención de París sobre propiedad industrial, junto con la Convención de Berna, que se refiere a la protección de los derechos de autor, constituyeron, a partir del siglo XIX, un eje de regulación de la PI, al que podemos denominar “eje París-Berna”, con el que se creó un marco jurídico de protección de la PI a nivel internacional bastante holgado —me refiero a que permite un amplio margen para que los Estados partes puedan legislar de conformidad con sus necesidades internas— mediante el cual los Estados regulaban la PI prácticamente en todo lo que fue el siglo XX.

La crisis de salud producida por la COVID-19 no puede desvincularse de un giro dramático en las políticas gubernamentales de los Estados hegemónicos a partir de la década de los ochenta, cuando el Estado se sometió a la lógica del sector financiero. Ello significó que “la crisis financiera permanente se [utilizara] para explicar los recortes en las políticas sociales (salud, educación, bienestar social) o el deterioro de las condiciones salariales”.¹⁴⁴ Es así como se fueron desmontando los servicios de salud pública en un proceso gradual de privatización.

Con ello, al centro de la producción de fármacos se situaron las empresas farmacéuticas transnacionales, que, provistas de capital y bastos recursos, realizaron investigación para el desarrollo y producción de nuevos medicamentos.¹⁴⁵ Pero al mismo tiempo,

¹⁴⁴ Sousa Santos, Boaventura de, “Virus: todo lo sólido se desvanece en el aire”, *La Jornada*, 20 de marzo de 2020, p. 9.

¹⁴⁵ Indacochea, Juan Manuel, “Los tratamientos para el COVID-19 y los recursos que nos ofrece el derecho de patentes”, *Polemos. Revista Electrónica de la Asociación Derecho & Sociedad de la PUCP*, Lima, abril de 2020.



dichas empresas demandaron que el capital invertido en las invenciones de nuevos principios activos fuera recuperado, siendo para ello necesario valerse del derecho de la PI. De esa manera la inversión que una empresa farmacéutica trasnacional hace en otro país está condicionada a la protección por la PI de sus patentes, marcas, secretos industriales, modelos de utilidad, etcétera. Si no hay una protección adecuada de la PI no hay inversión, esta es la regla, la lógica de los tratados de libre comercio.

Asimismo, se aduce que el sistema de patentamiento implica la publicación de nuevas invenciones, que serían útiles para futuras investigaciones; es decir, las patentes, y, en general, la PI, dan pie también a la transferencia de tecnología del país receptor. Además, las empresas nacionales pueden reproducir principios activos que se encuentran disponibles y en el dominio público, una vez que vence el término de su protección. Entonces, y por todo lo anterior, se asegura que éste sea un sistema donde todos ganan.

Así, bajo esa lógica, a principios de la década de los ochenta y luego de los noventa del siglo pasado, y gracias al intenso cabildero de las empresas farmacéuticas trasnacionales, un grupo de Estados (Estados Unidos y la Unión Europea, con un apoyo importante de Japón y Canadá) propugnó para incluir a la PI¹⁴⁶ en la Ronda Uruguay del GATT. Con ello las invenciones farmacéuticas se convirtieron en un objeto de negociación comercial, lo que dio por resultado el ya mencionado Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC o TRIPS Agreement, por sus siglas en inglés). Con éste se establece un estándar para los Estados parte de protección de los productos farmacéuticos; se limitan las licencias obligatorias; se amplía el plazo de protección hasta 20 años en las patentes, y, sobre todo, se inserta el tema de los farmacéuticos en el comercio internacional, con lo

¹⁴⁶ Abbot, Frederick *et al.* (eds.), “Emerging Markets and the World Patent Order: The Forces of Change”, Cheltenham, Massachusetts, Edward Elgar, 2014, p. 35.



que un tema tan importante como el de la salud pasa a ser regulado por normas de carácter comercial que tienen reglas de comercio internacional, como estar sometidas a sanciones en caso de incumplimiento de los Estados y a un sistema de solución de controversias.

De forma paralela, se inauguraron los tratados de libre comercio con un capítulo dedicado a la PI. El tratado más significativo fue el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA, por sus siglas en inglés), entre Canadá, Estados Unidos y México, firmado el 17 de septiembre de 1992 y que entró en vigor el 1.º de enero de 1994. El capítulo XVII del TLCAN, por supuesto sumamente influenciado por el socio más fuerte, contenía normas de PI que superaban al ADPIC en cuanto a protección a la PI.¹⁴⁷

Este marco jurídico del ADPIC y los tratados de libre comercio ya no es tan flexible como el eje París-Berna, dado que, en principio, limita las licencias obligatorias: al insertarse en los tratados de libre comercio está sujeto a sanciones comerciales en caso de incumplimiento y, por otra parte, establece un estándar jurídico obligatorio para la protección de los productos farmacéuticos. Además del estándar mínimo general contenido en el artículo 1.1 de los ADPIC,¹⁴⁸ que ve hacia arriba el aumento de la protección, nunca hacia abajo, con lo cual este principio de estándar mínimo constituye un candado inexcusable.

Por supuesto, esto que dio un giro bastante drástico y trascendente en la protección de la PI, evidentemente, fue promovido por las grandes empresas farmacéuticas transnacionales. En efecto, fue un giro de 180 grados en la regulación, pues, como

¹⁴⁷ Becerra Ramírez, Manuel, *La propiedad...*, cit., pp. 23 y 24.

¹⁴⁸ “1. Los Miembros aplicarán las disposiciones del presente Acuerdo. Los Miembros podrán prever en su legislación, aunque no estarán obligados a ello, una protección más amplia que la exigida por el presente Acuerdo, a condición de que tal protección no infrinja las disposiciones del mismo. Los Miembros podrán establecer libremente el método adecuado para aplicar las disposiciones del presente Acuerdo en el marco de su propio sistema y práctica jurídicos”.



veremos, no siempre los productos farmacéuticos tuvieron un nivel de protección como el de ahora.

Este movimiento, iniciado con la negociación de la Ronda Uruguay, no se detuvo con la adopción de los ADPIC, pues inmediatamente se produjo un endurecimiento de las normas de la PI, sobre todo en fármacos, con la negociación de nuevos tratados de libre comercio, por lo general de carácter binacional, a los que se les denomina ADPIC-PLUS, y que se caracterizan por un mayor rigor de las normas. Por ejemplo, con la ampliación del plazo de vigencia (por tardanza injustificada); el patentamiento de los segundos usos (con lo cual el concepto de novedad como requisito de patentamiento se modifica), o con el requisito de “vinculación” (*linkage*), que significa una introducción de un requisito administrativo más al sistema de patentes farmacéuticas. Ejemplos de esos tratados son el Tratado de Asociación Transpacífico (TPP) y el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC).

Además, para la década de los noventa la industria farmacéutica se ha trasnacionalizado con grandes empresas que son las dominantes en el mercado. Como menciona Velázquez, “la industria farmacéutica se convierte en un capitalismo especulativo que busca rentabilidad inmediata alcanzando niveles de rentabilidad que pueden llegar... en algunos casos hasta el 20% anual”.¹⁴⁹ Esta es una industria que toma a la salud como elemento de comercio, de alta rentabilidad que busca el lucro, para lo cual está provista de un aparato de propaganda comercial costosísimo que, por supuesto, aumenta el costo de los productos.¹⁵⁰

Asimismo, esta industria es de exportación; es decir, a esta industria le interesa abarcar mercados mundiales de comercialización donde la ganancia está por encima de la preocupación por la salud. Esto se puede ver con la existencia de las “enfermedades huérfanas”, que son aquellas que no son objeto de investigación para los laboratorios trasnacionales, pues su localización

¹⁴⁹ Velázquez, Germán, “Algunas reflexiones...”, *cit.*, p. 588.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 595.



en pequeñas comunidades no garantiza la recuperación de la inversión. Además, conforme pasa el tiempo los niveles de innovación son cada vez más limitados, por eso se trata de aumentar la protección con pequeños cambios o con segundos usos de los medicamentos.

Ahora bien, la comercialización de los medicamentos hace que el mercado se inunde de productos farmacéuticos inútiles y peligrosos para la salud —los “medicamentos milagro” para bajar de peso, para evitar la calvicie, para aumentar la potencia sexual, para quitar arrugas de la cara, etcétera—, con los cuales también se crea un mercado para atender “los daños colaterales” o patologías que producen esos “medicamentos milagro”.

Éste fue un hito para los sistemas de salud de los países que adoptaron los modernos estándares de PI, en tanto el Acuerdo ADPIC significó una revolución jurídica internacional que impactó en las políticas de salud de los Estados y, por supuesto, en la economía mundial. Asimismo, el Acuerdo ADPIC fue un modelo aplicado por los países promotores en otras negociaciones bilaterales, caracterizándolo también con el endurecimiento de las condiciones de patentamiento que tuvo por efecto la ampliación del objeto de protección.

Hemos de subrayar que ningún país subdesarrollado propuso la negociación de la PI en el comercio internacional, y menos aun la inclusión de los fármacos en el mismo. El fortalecimiento de los derechos de la PI en ellos tendía a ser un dique contra la creciente competencia de los productos genéricos.¹⁵¹ Podemos

¹⁵¹ Como bien se explica en el documento preparado por la OMS: “Los derechos de propiedad intelectual fueron incluidos en la agenda de la Ronda Uruguay por iniciativa de los países industrializados, consiguientemente a las presiones de diversos grupos económicos. Una serie de factores impulsaron esa iniciativa: en primer lugar, ciertos países seguían negándose a suscribir el Convenio de París, y no existía ningún mecanismo jurídico para obligar a los Estados a respetar sus disposiciones. Al mismo tiempo, la libertad de comercio y la globalización estaban facilitando la imitación de productos de marca, con el resultado de importantes pérdidas financieras para compañías multinacionales. Finalmente, en el sector farmacéutico en particular, el fortalecimiento de



decir que la inserción de la PI en las negociaciones comerciales fue una “jugada maestra” del grupo de países desarrollados liderado por Estados Unidos, la Unión Europea y Japón, pues daba un margen reducido, si no es que nulo, de negociación a los países subdesarrollados con necesidad de acceder al mercado mundial y a la inversión extranjera. O sea, de no aceptar los nuevos estándares de la PI, los países subdesarrollados no tendrían acceso a inversiones ni a los mercados para sus productos. El caso más ejemplificativo es el de México, pues incluso cuando las negociaciones estaban apenas en curso, modificó unilateralmente su legislación de PI para ponerse a tono con los nuevos estándares impulsados desde el Acuerdo ADPIC.

No obstante, en este momento el nuevo conocimiento tecnológico, como lo vimos antes, toca áreas muy delicadas protegidas por los derechos humanos, como es el caso del derecho al acceso a la cultura —que tiene relación con los objetos de protección del derecho de autor—, o bien, el derecho humano a la salud —relacionado con la protección del derecho de la propiedad industrial que comprende patentes, marcas, modelos de utilidad, secretos industriales, etcétera—.

III. LA POLÉMICA SOBRE LA INTRODUCCIÓN DE LOS PRODUCTOS FARMACÉUTICOS EN ADPIC

La introducción de los productos farmacéuticos en el estándar mínimo de PI fue, y sigue siendo, motivo de una gran polémica. Al principio las grandes empresas trasnacionales farmacéuticas (ETF) y autores afines a ellas aducen la necesidad del patentamiento, ya que sin

los derechos de propiedad intelectual haría posible contener la competencia creciente de la industria de los medicamentos genéricos (a través de inversiones más constantes en I+D gracias a las patentes)”. “Economía de la salud y medicamentos”, *Globalización y acceso a los medicamentos. Perspectivas sobre el Acuerdo ADPIC/OMC*, 2a. ed., núm. 7, disponible en: <https://apps.who.int/medicinedocs/es/d/Jwhozip47s/3.5.html> (fecha de consulta: 10 de abril de 2020).



...la protección adecuada a la propiedad intelectual, no veríamos milagrosas curas para la depresión, para enfermedades del corazón, etc., que han beneficiado a miles de pacientes en años recientes. Nuevas medicinas que resultan de la sólida protección a las patentes salvan vidas, ahorran dinero y mejoran la calidad de vida de pacientes alrededor del mundo.¹⁵²

Además, alegan que la protección por patente de los productos farmacéuticos debería conducir a:

- Un aumento del flujo de transferencia de tecnología y de la inversión extranjera directa en beneficio de los países en desarrollo, que mejoraría la difusión de los conocimientos tecno-prácticos a nivel mundial;
- Un aumento de los recursos destinados a I+D [investigación y desarrollo] por las compañías farmacéuticas locales de los países en desarrollo, que se traduciría en el desarrollo de nuevos medicamentos más adaptados a sus particulares necesidades (ya que se considera que las patentes estimulan la innovación, al alentar a los inventores a divulgar y comercializar sus invenciones);
- Una mejora del bienestar de la población, como consecuencia de un surtido más amplio de productos de mejor calidad;
- El fin del fenómeno de “fuga de cerebros” de los países en desarrollo a los países industrializados, que es consecuencia de la falta de protección de sus invenciones en sus países de origen.¹⁵³

Si bien otros autores críticos no lo veían así, no había datos fácticos que respaldaran su escepticismo, pues antes tendría que

¹⁵² Bale, Harvey E., “Protección a las patentes farmacéuticas; una plataforma para la inversión, competitividad y mejoras en la salud de las Américas”, trabajo presentado en el Taller ID, en Cartagena, marzo de 1996, disponible en: http://www.sice.oas.org/ip/phrma_s.asp (fecha de consulta: 12 de abril 2020).

¹⁵³ *Idem*.



comprobarse por la experiencia. Sin embargo, a más de 20 años de la adopción de los ADPIC ya podemos ver un panorama cierto, y es a la luz de esa claridad que se puede analizar cada uno de los puntos enunciados arriba.

En principio, el mencionado flujo de transferencia de tecnología no ha sido tal. A nivel global ha habido un proceso de concentración de los farmacéuticos en torno a las grandes empresas trasnacionales. Actualmente, a nivel internacional, “la industria farmacéutica está concentrada en unos pocos países (42,3% en Estados Unidos; 29,2% en Europa; 12,4% en China, India y Australia; 10,8% en Japón y 5,3% en América Latina)”.¹⁵⁴

En lo que se refiere a la libre competencia entre las empresas trasnacionales, también se entrevén oligopolios que dominan el mercado. Podemos ver que las 10 empresas farmacéuticas trasnacionales más importantes son: la empresa alemana Bayer, que, según el índice Brand Finance Global 500, tiene un valor de marca de 5.2 mil millones de dólares;¹⁵⁵

...Pfizer, que para finales de 2015 alcanzó ingresos calculados en 48 mil 851 millones de dólares y en este 2017 logrará 49.9 mmdd; [después están] Novartis y Roche, con 42.5 mmdd; Sanofi, con 39.9 mmdd; Merk & Co. y Johnson & Johnson, con 35.7 mmdd y GlaxoSmithKline, con 31.2 mmdd, [en seguida está] AbbVie, con 27.7 mmdd; Gilead Sciences, con 27.5 mmdd y Tava, con 23.5 mmdd...¹⁵⁶

Por supuesto, en este panorama tan competitivo se alega que las empresas destinan grandes montos de capital a I+D —aun-

¹⁵⁴ Dartayete, Cristina, “Las patentes farmacéuticas y el acceso a los medicamentos”, disponible en: <https://ladiaria.com.uy/articulo/2017/7/las-patentes-farmacéuticas-y-el-acceso-a-los-medicamentos/> (fecha de consulta: 12 de abril de 2020).

¹⁵⁵ “Bayer es la farmacéutica más valiosa del mundo”, Bayer Centroamérica, disponible en: <https://centroamerica.bayer.com/es/noticias/bayer-es-la-farmacéutica-mas-valiosa-en-el-mundo.php>.

¹⁵⁶ Garibay, Jazmin, “Estas son las 10 empresas farmacéuticas más destacadas en el mundo”, *Merca20*, disponible en: <https://www.merca20.com/estas-son-las-10-empresas-farmacéuticas-mas-destacadas-en-el-mundo/>.



que también los críticos de esta afirmación sostienen que no se sabe cuánto se invierte, en virtud de que no hay transparencia en los datos—. ¹⁵⁷

Además, no se toma en cuenta que una gran parte de ese capital se dirige no sólo a I+D, sino a la promoción de las marcas y a la enorme publicidad para captar y cooptar mercados. En efecto, es cierto que estas empresas gastan más en publicidad y, en general, en mercadotecnia que en I+D. Por ejemplo, las inversiones de algunas empresas en mercadotecnia y en I+D son: Merck, 13% en marketing, 5% en I+D; Pfizer, 35% en marketing, 15% en I+D, y Bristol-Myers Squibb, 27% en marketing, 12% en I+D. ¹⁵⁸ Desde la perspectiva de una empresa comercial esto es entendible, pues de lo que se trata es de vender, ser exitoso en el mercado y ganar. Es la lógica capitalista del mercado. Pero este concepto de mercado es lo que distorsiona el campo de la salud, y como muestra tenemos que, en su afán de ganancia, las empresas farmacéuticas no invierten en investigación de enfermedades que son locales y que no tienen un gran mercado.

Así, esa afirmación de que la protección de la PI y los altos costos de las medicinas se destinan a proteger las enormes inversiones en I+D de las empresas que necesitan recuperar su inversión es una falacia. Al respecto, la revista *American Journal of Bioethics* publicó un interesante artículo en el que reporta que si se bajara el precio de los productos farmacéuticos, para nada afectaría el presupuesto para la investigación. ¹⁵⁹

También, hay que mencionar que hay un movimiento monopolístico internacional; la industria farmacéutica está concentrada en unos pocos países (como vimos: 42.3% en Estados Unidos; 29.2% en Europa; 12.4% en China, India y Australia; 10.8% en Japón y 5.3% en América Latina). Es lógico que, en esta compe-

¹⁵⁷ Velázquez, Germán, “Repensando la fabricación...”, *cit.*, p. 18.

¹⁵⁸ Dartayete, Cristina, *op. cit.*

¹⁵⁹ Light, Donald W. y Lexchin, Joel, “Will Lower Drug Prices Jeopardize Drug Research? A Policy Fact Sheet”, *American Journal of Bioethics*, vol. 4, núm. 1, invierno de 2004, disponible en: [10.1162/152651604773067488](https://doi.org/10.1162/152651604773067488).



tencia comercial tan intensa, las empresas pequeñas de los países subdesarrollados tengan pocas posibilidades de subsistir, con lo que el monopolio internacional se refuerza y mantiene, más aún cuando los monopolios se fortalecen, como es el caso de las fusiones de Bayer-Monsanto,¹⁶⁰ Pfizer-Pharmacia-Upjohn y Parke Davis, por citar algunos ejemplos de concentración en pocas empresas donde las grandes se comen a las pequeñas o medianas.

En cuanto a la promesa de “una mejora del bienestar de la población, como consecuencia de un surtido más amplio de productos de mejor calidad”, la experiencia es que el valor de los fármacos de patente es inaccesible para la población con bajos recursos. Evidentemente, son sumas estratosféricas para una persona, e inclusive para los sistemas de salud de cualquier país subdesarrollado.

A reserva de que lo toquemos con más detalle después, ahora mismo podemos afirmar que la inserción de los fármacos a las reglas comerciales ha significado un menoscabo al derecho humano de acceso a la salud, y, desde el punto de vista ético, un deterioro de los conceptos humanistas que la medicina occidental tiene. En efecto, el ejercicio de la medicina —como también el de la abogacía— tiene una base ética en contraposición a su comercialización, ya que la salud no tiene precio, es uno de los derechos humanos de las personas; es un bien preciado que, junto con la educación y la seguridad, debe garantizar el Estado como *leitmotiv* de su existencia. Esta noción se ha perdido de vista al considerársele parte del comercio internacional.

En cuanto al fenómeno denominado “fuga de cerebros”, éste se sigue dando en virtud de las diferencias salariales de las empresas transnacionales. En efecto, cuando el TLCAN se negoció no se tomó en cuenta la asimetría económica de los Estados parte, primordialmente en materia económica y en lo que se refiere al salario y a la movilidad de las personas. Así, los bajos

¹⁶⁰ Gomiero, Tiziano y Donato, Mónica Di, “Megafusiones en el sistema agroalimentario: el caso de Bayer-Monsanto. ¿Qué riesgos hay en Europa?”, *Revista Papeles*, núm. 139, 2017, pp. 39-53.



salarios de los trabajadores en México son un imán para las empresas estadounidenses que pagan poco a una buena mano de obra. Por eso en la negociación del T-MEC se puso el acento en el salario de los trabajadores mexicanos, ya que se acusó a México de realizar *dumping laboral* (competencia desleal). Por otro lado, es evidente la fuga migratoria de mexicanos hacia Estados Unidos, no sólo de trabajadores del campo, sino también de científicos e ingenieros altamente calificados que encuentran, en lo general, un buen salario, mejor que el mexicano.

Tampoco ha habido un aumento en los recursos destinados a I+D de las compañías farmacéuticas locales en desarrollo de nuevos medicamentos. Como vimos con el caso de la vacuna del ébola, la I+D de las empresas trasnacionales se mueve en función de las necesidades del mercado, no de las necesidades de salud, y es así que se ha acuñado el concepto de “enfermedades huérfanas” (chagas, leishmaniasis, dengue y diferentes parasitosis), referido a aquellas que, por su carácter local, generalmente en países pobres, son irrelevantes para esas empresas que prefieren concentrarse en las enfermedades que afectan a capas sociales con capacidad económica suficiente para consumir sus medicamentos.

Por otra parte, las patentes locales se han mantenido a la baja. Por supuesto, esta situación no sólo se debe a la acción de las empresas trasnacionales, sino también a políticas erróneas de los Estados subdesarrollados, que no invierten ni establecen políticas de Estado para el desarrollo de la ciencia y la tecnología. El caso de México es significativo, pues si bien la misma ley establece la obligación de invertir el 1% del PIB en ciencia y tecnología, no se ha hecho así. La política del Estado, vía las oficinas de patente, el IMPI, se ha limitado a administrar la PI sin establecer una política de fomento a la creación y transferencia de tecnología.

En términos generales, como afirma Joseph Stiglitz,

...el argumento de que, a mayor peso de los derechos de propiedad intelectual, mejor comportamiento de la economía no es cierto en términos generales. Al contrario, es un ejemplo de cómo los intere-



ses particulares (los de quienes se benefician de que a los derechos de propiedad intelectual se les otorgue una gran relevancia) recurren a simplificaciones ideológicas para defender sus causas.¹⁶¹

IV. CRISIS DE SALUD Y LAS FLEXIBILIDADES EN LA PI (PRIMERA CRISIS DEL ADP)

Los nuevos estándares de PI en materia de fármacos no tardaron mucho en ponerse a prueba en la década de los noventa, cuando las crisis de salud producidas por el sida y el ántrax¹⁶² cuestionaron la rigidez de las normas en materia de PI, por lo que se produjo un fenómeno de atenuación de sus normas. Dicha atenuación se manifestó en que el reconocimiento de las nuevas normas de la PI tienen flexibilidades, y, en consecuencia, se deben aplicar cuando se trata de proteger la salud pública.

Fue justo el 14 de noviembre de 2001, cuando se celebró la IV Conferencia Ministerial de la OMC “Declaración de Doha”, que se aprobó la, valga la redundancia, Declaración de Doha, que, esencialmente, reconoce las grandes dificultades de acceso para los países subdesarrollados a los medicamentos, tratándose de enfermedades epidémicas como el sida, la tuberculosis, el paludismo y otras más. En consecuencia, se reconocieron ciertas *flexibilidades* que tiene el Acuerdo sobre los ADPIC (licencias obligatorias, el reconocimiento de que los países miembros tienen el derecho a determinar lo que significa una emergencia nacional, etcétera).¹⁶³ Ello marca el punto de partida, cada vez más

¹⁶¹ Stiglitz, Joseph, *Cómo hacer...*, cit., p. 146.

¹⁶² La Declaración de Doha es muy importante porque se aprueba en medio de una crisis de salud: recordemos la crisis del sida en Sudáfrica y el peligro del manejo del ántrax contra la población por grupos terroristas en Estados Unidos, o cuando se puso en emergencia la utilización, en forma masiva, del carbunco, la única droga efectiva cuya patente pertenecía a una empresa transnacional.

¹⁶³ Informe de la Comisión sobre Derechos de Propiedad Intelectual, “Integrando los derechos de Propiedad Intelectual y la Política de Desarrollo”, *Temas*



pronunciado, en voltear a ver a los derechos humanos cuando se trata de proteger la PI.

Hay que mencionar que este movimiento se gestó en el seno de la OMS como una preocupación comprensible por el acceso a la salud. En efecto, ya desde 1996 la OMS, concretamente en el documento “Mundialización y acceso a los medicamentos: implicaciones del Acuerdo de los ADPIC de la OMC”,¹⁶⁴ pone sobre la mesa su preocupación por el impacto del nuevo paradigma en materia de PI en la salud, y se expresa una idea que es elemental para poder entender el movimiento de las flexibilizaciones:

...los estándares del Acuerdo de los ADPIC se derivan de los países industrializados que no son necesariamente los más apropiados para el nivel de desarrollo de todos los países. Las preocupaciones de salud pública deben por lo tanto ser tenidas en cuenta cuando se implemente el acuerdo.

La Declaración de Doha está compuesta por siete puntos, entre los que sobresalen los siguientes:

...
4. *Convenimos en que el Acuerdo sobre los ADPIC no impide ni deberá impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública.* En consecuencia, al tiempo que reiteramos nuestro compromiso con el Acuerdo sobre los ADPIC, afirmamos que dicho Acuerdo puede y deberá ser interpretado y aplicado de una manera que apoye el derecho de los Miembros de la OMC de proteger la salud pública y, en particular, de promover el acceso a los medicamentos para todos.

de derecho industrial y de la competencia, propiedad intelectual y políticas de desarrollo, núm. 7, Buenos Aires-Madrid, Editorial Ciudad Argentina, 2005.

¹⁶⁴ Citado por Velázquez, Germán, “Pautas de patentabilidad y acceso a medicamentos”, en Becerra Ramírez, Manuel y Martínez Olivera, Roberto (coords.), *Industria farmacéutica, derecho a la salud y propiedad intelectual, el reto del equilibrio*, México, ANAFAM-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, p. 6.



A este respecto, reafirmamos el derecho de los Miembros de la OMC de utilizar, al máximo, las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, que prevén flexibilidad a este efecto.

5. En consecuencia, y a la luz del párrafo 4 supra, al tiempo que mantenemos los compromisos que hemos contraído en el Acuerdo sobre los ADPIC, reconocemos que estas flexibilidades incluyen:

- a) Al aplicar las normas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público, cada disposición del Acuerdo sobre los ADPIC se leerá a la luz del objeto y fin del Acuerdo tal como se expresa, en particular, en sus objetivos y principios.
- b) Cada Miembro tiene el derecho de conceder licencias obligatorias y la libertad de determinar las bases sobre las cuales se conceden tales licencias.
- c) Cada Miembro tiene el derecho de determinar lo que constituye una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia, quedando entendido que las crisis de salud pública, incluidas las relacionadas con el VIH/SIDA, la tuberculosis, el paludismo y otras epidemias, pueden representar una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia.
- d) El efecto de las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC que son pertinentes al agotamiento de los derechos de propiedad intelectual es dejar a cada Miembro en libertad de establecer su propio régimen para tal agotamiento sin impugnación, a reserva de las disposiciones de los artículos 3 y 4 sobre trato NMF y trato nacional.

6. Reconocemos que los Miembros de la OMC cuyas capacidades de fabricación en el sector farmacéutico son insuficientes o inexistentes podrían tropezar con dificultades para hacer un uso efectivo de las licencias obligatorias con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC. Encomendamos al Consejo de los ADPIC que encuentre una pronta solución a este problema y que informe al respecto al Consejo General antes del fin de 2002.

7. Reafirmamos el compromiso de los países desarrollados Miembros de ofrecer a sus empresas e instituciones incentivos destinados a fomentar y propiciar la transferencia de tecnología



a los países menos adelantados Miembros de conformidad con el párrafo 2 del artículo 66. También convenimos en que los países Miembros menos adelantados no estarán obligados, con respecto a los productos farmacéuticos, a implementar o aplicar las secciones 5 y 7 de la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC ni a hacer respetar los derechos previstos en estas secciones hasta el 1º de enero de 2016, sin perjuicio del derecho de los países Miembros menos adelantados de recabar otras prórrogas de los períodos de transición con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 66 del Acuerdo sobre los ADPIC. Encomendamos al Consejo de los ADPIC que adopte las disposiciones necesarias para dar a esto efecto de conformidad con el párrafo 1 del artículo 66 del Acuerdo sobre los ADPIC (énfasis añadido).

En suma, se pone a la salud como un bien jurídico altamente protegido, al establecer que “...el Acuerdo sobre los ADPIC no impide ni deberá impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública”. Asimismo, recuerda y aconseja tomar en cuenta las normas consuetudinarias sobre interpretación de los tratados internacionales. Recordemos aquí que no todos los Estados —como es el caso de Estados Unidos— son parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969 (Viena 69), en cuyo caso se recurre al derecho consuetudinario.¹⁶⁵

Las normas de interpretaciones son importantes porque se considera que hay que partir de la premisa de que los ADPIC tiene normas flexibles que se deben adecuar, mediante interpre-

¹⁶⁵ En el “Caso sobre el diferendo relativo a los derechos de navegación y derechos conexos” (*Costa Rica c. Nicaragua*), y para resolver el dilema de la aplicación de las reglas de interpretación que contiene Viena 69, cuando Nicaragua no es parte de esta Convención, pero sí Costa Rica, la Corte Internacional de Justicia se inclina por el derecho consuetudinario. En efecto, la Corte afirma que los artículos 31 y 32 de Viena 69 tienen un origen consuetudinario. Véase “Corte Internacional de Justicia sobre el diferendo relativo a los derechos de navegación y derechos conexos (*Costa Rica c. Nicaragua*), Decisión sobre el fondo”, trad. de Ricardo Abello Galvis y María Carolina Caro Ferneynes, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Bogotá, vol. 3, 2010, pp. 195-270.



tación, a la legislación interna. Además, se reitera el derecho que “tienen los Estados de conceder licencias obligatorias y la libertad de determinar las bases sobre las cuales se conceden tales licencias”.

Lo anterior convierte al Acuerdo de los ADPIC en un documento vivo, sujeto a la interpretación en aras de proteger la salud pública. La palabra la tienen los Estados para legislar a nivel interno. Ahora bien, el reconocimiento de la existencia de flexibilidades no implica que, necesariamente, los Estados deban adoptarlas en su legislación interna, pues el sistema funciona con límites mínimos, pero no con límites máximos de protección de la PI; es decir, hay límites abajo, pero no arriba, lo que significa que los Estados pueden proteger la PI aun en mayor medida a lo establecido en los tratados internacionales. Esto, en la práctica, produce el fenómeno de que Estados con una posición ortodoxa no regulan las flexibilidades, manteniéndose en la corriente de endurecimiento de la PI como una estrategia de atraer inversión extranjera sin importar la salud de la población.

Posteriormente, mediante la Decisión del Consejo General del 30 de agosto de 2003, y en aplicación del párrafo 6 de la Declaración de Doha, relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública, se hace una serie de puntualizaciones sobre cómo llevar a la práctica dicha Declaración de Doha.¹⁶⁶

Más tarde, los ADPIC fueron reformados para adicionar el artículo 31 bis, que tiene que ver con las licencias obligatorias. En ese sentido, se le da al derecho interno una carta blanca para legislar sobre la materia.

Ahora bien, para entender el artículo 31 bis, es decir, la reforma a los ADPIC, hay que entender que se refiere a las excepciones limitadas a los derechos exclusivos del titular de las patentes. ¿Cuáles son estos derechos exclusivos? A ellos se refiere su

¹⁶⁶ Decisión del Consejo General del 30 de agosto de 2003. Aplicación del párrafo 6 de la Declaración de Doha, relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública, disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/implem_para6_s.htm#2 (fecha de consulta: 6 de abril de 2020).



artículo 28, que permite a los titulares de las patentes que se les conceda algunos derechos exclusivos, concretamente:

- a) cuando la materia de la patente sea un producto, el de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen actos de: fabricación, uso, oferta para la venta, venta o importación para estos fines del producto objeto de la patente;
- b) cuando la materia de la patente sea un procedimiento, el de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen el acto de utilización del procedimiento y los actos de: uso, oferta para la venta, venta o importación para estos fines de, por lo menos, el producto obtenido directamente por medio de dicho procedimiento.

2. Los titulares de patentes tendrán asimismo el derecho de cederlas o transferirlas por sucesión y de concertar contratos de licencia.

Asimismo, de conformidad con su artículo 30 los miembros de los ADPIC pueden “prever excepciones limitadas de los derechos exclusivos conferidos por una patente, a condición de que:

- Tales excepciones no atenten de manera injustificable contra la explotación normal de la patente[;]
- Ni causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de la patente;
- Teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros”.

Más adelante, el artículo 31 dispone que la legislación de un Estado miembro puede permitir otros usos de la materia de una patente sin autorización del titular de los derechos, incluido el uso por el gobierno o por terceros autorizados por el gobierno, siempre y cuando se observen varias disposiciones, entre ellas las señaladas en las siguientes fracciones:

- f) se autorizarán esos usos principalmente para abastecer el mercado interno del Miembro que autorice tales usos;



- h) el titular de los derechos recibirá una remuneración adecuada según las circunstancias propias de cada caso, habida cuenta del valor económico de la autorización.

Por su parte, el artículo 31 bis, que es producto de la reforma al Acuerdo sobre los ADPIC, permite, en cinco puntos, una atenuación mayor a los derechos exclusivos del titular de las patentes:

1. Las obligaciones que corresponden a un Miembro exportador en virtud del apartado *f)* del artículo 31 no serán aplicables con respecto a la concesión por ese Miembro de una licencia obligatoria en la medida necesaria para la producción de un producto o productos farmacéuticos y su exportación a un Miembro o Miembros importadores habilitados de conformidad con los términos que se enuncian en el párrafo 2 del Anexo del presente Acuerdo.

2. Cuando un Miembro exportador conceda una licencia obligatoria en virtud del sistema expuesto en el presente artículo y el Anexo del presente Acuerdo, se recibirá en ese Miembro una remuneración adecuada de conformidad con el apartado *h)* del artículo 31, habida cuenta del valor económico que tenga para el Miembro importador el uso autorizado en el Miembro exportador. Cuando se conceda una licencia obligatoria respecto de los mismos productos en el Miembro importador habilitado, la obligación que corresponde a ese Miembro en virtud del apartado *h)* del artículo 31 no será aplicable respecto de aquellos productos por los que se reciba en el Miembro exportador una remuneración de conformidad con la primera frase de este párrafo.

3. Con miras a aprovechar las economías de escala para aumentar el poder de compra de productos farmacéuticos y facilitar la producción local de los mismos: cuando un país en desarrollo o menos adelantado Miembro de la OMC sea parte en un acuerdo comercial regional, en el sentido del artículo XXIV del GATT de 1994 y la Decisión de 28 de noviembre de 1979 sobre trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo (L/4903), en el cual la mitad como mí-



nimo de las actuales partes sean países que figuran actualmente en la Lista de países menos adelantados de las Naciones Unidas, la obligación que corresponde a ese Miembro en virtud del apartado *f)* del artículo 31 no será aplicable en la medida necesaria para que un producto farmacéutico producido o importado al amparo de una licencia obligatoria en ese Miembro pueda exportarse a los mercados de aquellos otros países en desarrollo o menos adelantados partes en el acuerdo comercial regional que compartan el problema de salud en cuestión. Se entiende que ello será sin perjuicio del carácter territorial de los derechos de patente en cuestión.

4. Los Miembros no impugnarán al amparo de los apartados *b)* y *c)* del párrafo 1 del artículo XXIII del GATT de 1994 ninguna medida adoptada de conformidad con las disposiciones del presente artículo y del Anexo del presente Acuerdo.

5. El presente artículo y el Anexo del presente Acuerdo se entienden sin perjuicio de los derechos, obligaciones y flexibilidades que corresponden a los Miembros en virtud de las disposiciones del presente Acuerdo fuera de los apartados *f)* y *h)* del artículo 31, incluidas las reafirmadas en la Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública (WT/MIN(01)/DEC/2), ni de su interpretación. Se entienden también sin perjuicio de la medida en que los productos farmacéuticos producidos al amparo de una licencia obligatoria puedan exportarse conforme a las disposiciones del apartado *f)* del artículo 31.

Esta atenuación, además, está reglamentada por el Anexo, lo que crea un sistema sumamente acotado y controlado por el Consejo de los ADPIC, a quien se le debe notificar. Asimismo, entendemos que esta reforma a los ADPIC no es autoejecutiva, por lo que los Estados deberán legislar internamente para poder invocarla, a menos que el sistema de recepción de los tratados internacionales diga otra cosa; es decir, que permita su aplicación directa.

Como se vio, y hay que subrayarlo, el sistema de excepciones, originario del artículo 31, convive con el más amplio del artículo 31 bis. De alguna manera, podemos decir que con



esta reforma hay una recuperación, aunque limitada, sí, de la soberanía por parte de los países subdesarrollados en materia de salud.

V. INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO EN MATERIA DE PI

Otro de los efectos de la inserción de la PI en los tratados de comercio, o dicho de otra manera, de la internacionalización plena de las normas de la PI, es, innegablemente, que comparten la regulación de las normas de interpretación de los tratados internacionales, ya sean convencionales o consuetudinarias. Aún más, una vez internacionalizadas totalmente, las normas de la PI son un elemento más del sistema de derecho internacional, y se mueven en un entorno plural de normas que deben funcionar de manera armónica; de no ser así, salen a escena las disposiciones de interpretación y de fuentes del derecho internacional, que actúan buscando una hermenéutica jurídica. Por ejemplo, los principios generales del derecho se aplican en caso de contradicciones que se pueden encontrar entre los tratados del mismo tipo, o bien, la jurisprudencia internacional, que es una fuente auxiliar del derecho internacional.

En principio, el Acuerdo sobre los ADPIC, para algunos autores,¹⁶⁷ está sujeto a la interpretación, refiriéndose, en concreto, a la que hace la OMC, que puede interpretar el acuerdo global en materia de PI. Osei Tutu pone como ejemplo dos casos trascendentes promovidos por Estados Unidos contra China, y por otro lado, contra Canadá, ante el mecanismo de Solución de Controversias de la OMC. Ambos casos muestran, a final de cuentas, la vaguedad con la que los conceptos en el Acuerdo sobre los ADPIC fueron redactados, dando pauta a una flexibilidad

¹⁶⁷ Osei Tutu, J. Janewa, “Value Divergence in Global Intellectual Property Law”, *Indiana Law Journal*, vol. 87, núm. 4, julio de 2012, disponible en: <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol87/iss4/6>.



que los Estados necesitan para aplicar las políticas necesarias y así fortalecer a sus sociedades.

Por otra parte, también hay una manifiesta tendencia de los Estados Unidos a hacer valer sus valores y conceptos sobre la PI, que pueden diferir de Estado a Estado y de cultura a cultura. Es por eso que Osei Tutu plantea la importancia de los tribunales internacionales, para entender la naturaleza y el alcance de los tratados internacionales, aunque, en realidad, también están sujetos a la interpretación de los tribunales internos y del Poder Legislativo, al regular en el ámbito interno sus normas.

En ese sentido, cobra importancia el marco jurídico de interpretación de los tratados. En especial con el tratado T-MEC, es trascendente ver que, si bien Estados Unidos no es parte de Viena 69, como vimos antes, es harto reconocido que las reglas de interpretación contenidas en ahí son parte también del derecho consuetudinario internacional. Es entonces que nos encontramos frente a la necesidad de aplicar las normas de interpretación de los tratados contenidas en Viena 69.

En efecto, los artículos 31 y 32 de Viena 69 contienen reglas concretas de interpretación,¹⁶⁸ pero hay que tener en cuenta que los tratados internacionales se interpretan en el ámbito interno

¹⁶⁸ “1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

- a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
- b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

- a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
- b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;



para poder adecuar la legislación local. Así, los poderes legislativos de los Estados Parte deben interpretar los tratados internacionales, pero para eso es necesario tener en cuenta el alcance que debe darse a la norma convencional, sobre todo en materia de fármacos, a fin de armonizar los intereses internos con las obligaciones internacionales contraídas con el propósito de no incurrir en responsabilidad internacional.

No obstante, insistimos, también hay que recordar que uno de los principios de la PI es su carácter territorial, por eso, a partir de su recepción, se debe adecuar a las necesidades internas. Como veremos, estas necesidades tienen también su relación directa con los derechos humanos y, concretamente, con el derecho a la salud.

No se puede negar que durante la pandemia se realizaron diferentes propuestas que iban encaminadas a acotar la PI alrededor de los productos farmacéuticos. Y justo una de esas iniciativas fue la de Costa Rica, por vía de su presidente, el Sr. Carlos Alvarado, denominada Acceso Mancomunado a Tecnología contra la COVID-19 (C-TAP), publicada el 29 de mayo de 2020 con base en “una ventanilla única que permitirá distribuir equitativamente el conocimiento, la información y los derechos de propiedad intelectual del ámbito científico entre la comunidad mundial”.

La finalidad del C-TAP era “acelerar el desarrollo de vacunas, fármacos y otros recursos técnicos mediante la investigación

c) Toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.

Además, hay medios de interpretación complementarios:

“En particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) Deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) Conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.



científica abierta, y agilizar la obtención de productos mediante la movilización de capacidad de fabricación complementaria”.¹⁶⁹

Huelga decir que esta iniciativa, de carácter voluntario y con base en la solidaridad social, mereció la adhesión de un gran número de Estados no desarrollados y el vacío de los que detentan la tecnología requerida para enfrentar la pandemia. Todo iba de acuerdo con el guión que predominó, y predominará, en la lucha contra la COVID-19.

VI. LA DISCUSIÓN POR LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA OMC EN MOMENTO DE PANDEMIA (LA SEGUNDA CRISIS DE LOS ADPIC)

Por supuesto, durante la pandemia y el fuerte embate a la salud mundial el punto focal de la discusión fue la PI alrededor de las vacunas y los medicamentos en el transcurso de la enfermedad.

¹⁶⁹ La iniciativa estaba compuesta por cinco puntos:

- Fomentar la divulgación pública de las secuencias y la información genética;
- Propugnar por la transparencia en torno a la publicación de los resultados de todos los ensayos clínicos;
- Alentar a los gobiernos y otras instituciones financiadoras a que en los convenios de financiación que celebren con empresas farmacéuticas y otras entidades que fabrican productos innovadores incluyan cláusulas en materia de distribución equitativa, asequibilidad y publicación de datos provenientes de ensayos clínicos;
- Ceder la licencia de todos los potenciales tratamientos, instrumentos diagnósticos, vacunas y otras tecnologías sanitarias al Banco de Patentes de Medicamentos (Medicines Patent Pool), un órgano de salud pública respaldado por las Naciones Unidas que se dedica a ampliar el acceso y facilitar el desarrollo de fármacos que salvan vidas para los países de ingresos bajos y medianos;
- Promover los modelos de innovación abiertos y la transferencia de la tecnología que permitan aumentar la capacidad local de fabricación y abastecimiento, por ejemplo, mediante la participación en las iniciativas Open Covid Pledge y Technology Access Partnership (TAP).

“La comunidad internacional actúa para respaldar la investigación y la ciencia abiertos a fin de luchar contra la COVID-19 (who.int)” (fecha de consulta: 3 de febrero del 2023).



Nosotros hemos insistido en que las flexibilidades que pregona la Declaración de Doha, en la primera crisis del estándar ADPIC, de ninguna manera están limitadas a las diferencias obligatorias, sino que esas selectividades se pueden ampliar mediante la interpretación, por lo que Viena 69 se convirtió en un instrumento útil de interpretación y aplicación de los ADPIC; sólo era necesaria la voluntad política de los Estados, que no siempre se encuentra, para invocar la normatividad y adaptarla a la legislación interna de los Estados. Por ejemplo, durante la pandemia COVID-19 los Estados no invocaron el artículo 73 de los ADPIC, que, indudablemente, es una norma que permite flexibilidad a los Estados para su aplicación; el artículo 73 permite cierta inflexión de aplicación de los ADPIC en tiempos de “grave tensión internacional”. Sin duda, la pandemia COVID-19 provocó una grave tensión internacional, preguntándonos hoy: ¿alguien invocó el artículo 73 para paliar la ausencia de vacunas y otros medicamentos contra la enfermedad?

A partir de la pandemia, en el seno de la OMC se presentó una propuesta de la India y Sudáfrica sobre la suspensión (o *waiver*, en inglés) de ciertas partes del Acuerdo sobre los ADPIC, contenida en el Anexo IC del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio de 15 de abril de 1994, y que entró en vigor el 1o. de enero de 1995.

La propuesta de la India y Sudáfrica se hizo en el marco del artículo IX del Acuerdo de Marrakech, con el que se creó la OMC. De conformidad con dicho artículo, la conferencia ministerial tiene la facultad de suspender con la condición de que “la decisión sea adoptada por 3/4 de los miembros...”. Indudablemente, la propuesta es interesante, pues nos ratifica que, en el caso de la PI, es el tratado comercial y su estructura lo que se convierte en el rector de la materia, en lugar de la OMPI, quien, original y naturalmente, tiene competencia para asuntos de PI.

Con dicha propuesta se pretendía suspender las secciones de la parte II de los ADPIC: sección 1, derecho de autor; sección 4,



dibujos y modelos industriales; sección 5, patentes, y sección 7, protección de la información no divulgada. La suspensión tendría una cierta temporalidad: hasta obtener una vacunación generalizada de todo el mundo.

La propuesta Indo-sudafricana tenía razón de ser, puesto que para ese momento, ya era evidente la asimetría en la distribución de las vacunas y demás productos médicos necesarios para hacer frente a la pandemia. La crisis económica generada por la pandemia y la incapacidad de producir vacunas y medicamentos para los Estados no desarrollados por carecer de tecnología necesaria, o bien, de recursos económicos, hacía muy difícil producir los productos farmacéuticos necesarios para la población de cada país.

Sin duda, la iniciativa era necesaria y oportuna; además, no se trataba de abrogar la normatividad en materia de propiedad intelectual, sino de suspenderla temporalmente. No obstante, algo que no se manejó fue el hecho de que los Estados estaban haciendo aportes millonarios a las empresas farmacéuticas en el marco de la iniciativa COVAX de la OMS, lo cual era una razón bastante fuerte para que los beneficiarios —las empresas farmacéuticas— tuvieran una mayor apertura a una suspensión de los derechos de la PI. En resumen, lo que se intentaba con esta iniciativa era abrir la posibilidad para que laboratorios e institutos de investigación de todo el mundo, de acuerdo con sus capacidades, pudieran producir los fármacos necesarios mientras se dominaba la pandemia. Esto significaba, también, una transferencia de tecnología que acortaría la enorme brecha entre países desarrollados, sus industrias, y los países no desarrollados.

La propuesta de suspensión del 2 de octubre de 2020 fue ampliamente discutida en el seno del Consejo de los ADPIC, y con base en estas discusiones se presentó una nueva propuesta en mayo de 2021, que tomaba en cuenta la aparición de una reciente variante del virus: ómicron. Los cambios en la nueva iniciativa se hicieron en su artículo 1o., que originalmente decía:



1. Se eximirá a los a los miembros de la obligación de ejecutar o aplicar las secciones 1, 4, 5 y 7 de la parte II del Acuerdo sobre los ADPIC o de hacer cumplir esas secciones en virtud de la parte III del Acuerdo sobre los ADPIC, en relación con la prevención, contención o tratamiento de la COVID 19 durante (X) años contados a partir de la Decisión del Consejo General.¹⁷⁰

Como se aprecia en la redacción, la “suspensión” se hace de forma muy general y en relación con la prevención y contención o tratamiento de la COVID 19, durante X años, y el plazo es indeterminado.

La nueva propuesta, del 25 de mayo de 2021, en cambio, se hace más específica en lo referente a la relación con los productos y tecnologías de la salud, también es más concreta respecto al tiempo.¹⁷¹ La Unión Europea reaccionó a la propuesta en ambas versiones: en un comunicado del 8 de junio de 2021 expresó su postura, la cual se puede resumir en los siguientes puntos: no está de acuerdo, pues se terminarían los incentivos para las empresas; en cambio, se inclina por los ADPIC como una vía de solución a la problemática del acceso a la tecnología, ya que hay mecanismos para que las empresas puedan compartir.

En efecto, la propuesta de suspensión de carácter temporal para hacer frente a la pandemia COVID-19 tenía que ver con cuatro secciones de la parte II del Acuerdo sobre los ADPIC:

- Sección 1, sobre derechos de autor y derechos conexos;
- Sección 4, sobre diseños industriales;

¹⁷⁰ Tomado de Aoun, Alejandra *et al.*, *op. cit.*, p. 13.

¹⁷¹ “1. Se eximirá a los miembros de la obligación de ejecutar o aplicar las secciones 1, 4, 5 y 7 de la parte II del Acuerdo sobre los ADPIC, o de hacer cumplir esas secciones en virtud de la parte tercera del acuerdo sobre los ADPIC, en relación con los productos y tecnologías de la salud incluidos los medios de diagnóstico, los tratamientos, las vacunas, los dispositivos médicos el equipo de protección personal sus materiales o componentes y sus métodos y medios de fabricación destinados a la prevención, el tratamiento o la contención de la COVID-19. 2. la exención permanecerá en vigor durante al menos 3 años contados a partir de la fecha de la presente decisión...”. *Idem*, pp. 13 y 14.



- Sección 5, sobre patentes, y
- Sección 7, sobre la protección de información no divulgada.

Esta suspensión, como decíamos, duraría el tiempo necesario que se acuerde en el Consejo General de los ADPIC (al menos tres años) y hasta que se hubiera aplicado la vacuna a nivel general en el mundo. En la propuesta se argumentaba que con la suspensión se evitarían “obstáculos al acceso oportuno a productos médicos asequibles, incluidas vacunas y medicamentos, o al aumento de la investigación, el desarrollo, la fabricación y el suministro de productos médicos esenciales”.

No es de extrañar que la propuesta de India y Sudáfrica causara un gran escozor entre las empresas farmacéuticas, sobre todo estadounidenses y europeas, que se dieron a la tarea de pagar millones de dólares para cabilderos profesionales, además de amenazar a los Estados con no invertir en ellos en caso de apoyar la suspensión. Por eso tampoco es de extrañar que países como México, que tenía una posición progresista en la ONU, callara dramáticamente cuando de verdad se discutía el asunto de la PI en la OMC.¹⁷² Los razonamientos no fueron novedosos: sin PI no hay incentivos ni protección de las grandes inversiones que hacen las empresas farmacéuticas para lograr las vacunas —no se mencionaron las grandes cantidades de dinero público que estaban recibiendo—. Sin embargo, cuando la propuesta de suspensión estuvo cerca de ser aceptada, el presidente de Estados Unidos, Biden, expresó su simpatía, que podía arrastrar a

¹⁷² «Mexico also had one eye on Big Pharma. It did not support the waiver because it believed that compulsory licensing and voluntary deals between pharmaceutical companies and third-party manufacturers would be a better fit. But it also knew that backing the waiver could hurt investment, a Mexican official told POLITICO and the Bureau... Mexico has good IP protection», they said. «That really helps investment in the country... So that's why we were «no» [to the waiver]». Furlong, Ashleigh *et al.*, “Who Killed the COVID Vaccine Waiver?”, *Político*, 2022, disponible en: <https://www.politico.eu/article/covid-vaccine-poor-countries-waiver-killed/> (fecha de consulta: 10 de enero de 2023).



algunos aliados europeos. Aun así, se optó por una salida “descafeinada”, como veremos enseguida.

En efecto, desde el 2 de octubre de 2020 la propuesta de suspensión se discutió intensamente, y después de casi tres años de la pandemia COVID-19, la OMC emitió su resolución sobre la suspensión de los derechos de la PI contenidos en el estándar mundial. En Ginebra, en la Vigésima Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio, celebrada del 12 al 15 de junio de 2022, se emitió la resolución, la cual se hizo pública el 17 de junio (R-17 de junio).

Aunque la R-17 de junio es parca en sus expresiones, a final de cuentas establece el reconocimiento de que es necesaria una atenuación de la PI en relación con la pandemia COVID-19 y dar una respuesta (“Noting the exceptional circumstances of the COVID-19 pandemic”), pero la respuesta estuvo muy lejos de lo que solicitaron originalmente la India y Sudáfrica. En efecto, la R-17 de junio construyó su decisión a partir de una atenuación del rigor de las licencias obligatorias contenidas en el artículo 31 de los ADPIC.

El tema de las licencias obligatorias en las negociaciones que dieron por resultado los ADPIC fueron de gran importancia. Como vimos antes, el resultado de las negociaciones sobre las licencias obligatorias se encuentra en el artículo 31, fundamentalmente,¹⁷³ sólo que habría que agregar que nada más algunos Estados en desarrollo hacen referencia a esas condiciones en sus legislaciones; por ejemplo, Argentina, Egipto, Brasil e India.

Ahora bien, las licencias obligatorias, en la práctica, no son demasiado populares, justo por la complejidad que estriba en su autorización, y, quizá, porque las empresas titulares de las patentes manejan el discurso de que la protección de la PI es un requisito *sine qua non* para las inversiones de las empresas trasnacionales.

¹⁷³ Gad, Mohamed Omar, *Representational Fairness in WTO Rule-Making*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2006, p. 178.



VII. ¿QUÉ DE NUEVO TRAE LA R-17 DE JUNIO?

En principio, se permite la autorización del

...uso de la materia objeto de una patente con arreglo al artículo 31 de ADPIC, sin el consentimiento del titular del derecho mediante cualquier instrumento disponible en la legislación del Miembro, como órdenes ejecutivas, decretos de emergencia, autorizaciones gubernamentales de uso y órdenes judiciales o administrativas, independientemente de que un Miembro tenga o no un régimen de licencias obligatorias. A los efectos de la presente Decisión, la “ley de un Miembro” a que se refiere el artículo 31 no se limita a actos legislativos como los que establecen normas sobre licencias obligatorias, sino que también incluye otros actos, como órdenes ejecutivas, decretos de emergencia y órdenes judiciales o administrativas.

Con esto lo que se hace es darle efectos de carácter auto-ejecutivo, pues, independientemente de que existan las licencias obligatorias, se puede usar el objeto patentado sin el consentimiento del titular; aquí lo que hace la R-17 de junio es adicionar a las flexibilidades del Doha otras más. Así se suaviza el control del titular de la patente, incluso cuando estamos hablando de licencias obligatorias, al no exigir la autorización previa del titular de la patente. En efecto, la misma R-17 de junio establece: “Un Miembro que reúna los requisitos no estará obligado a exigir al usuario propuesto de la materia objeto de una patente que se esfuerce por obtener una autorización del titular del derecho, tal como se establece en el Artículo 31.b”.

VIII. LA EXPORTACIÓN DE PRODUCTOS SUJETOS A LICENCIA OBLIGATORIA

Como vimos antes, el artículo 31 de los ADPIC prohíbe las exportaciones de artículos licenciados al establecer, en su inciso *f*,



que “se autorizarán esos usos principalmente para abastecer el mercado interno del Miembro que autorice tales usos”. Sin embargo, la R-17 de junio exime de este requisito, al establecer que un Miembro

...podrá permitir que cualquier proporción de los productos fabricados al amparo de la autorización de conformidad con la presente Decisión se exporte a Miembros que reúnan los requisitos, incluso por conducto de empresas conjuntas internacionales o iniciativas regionales que tienen por objeto garantizar el acceso equitativo de los Miembros elegibles a la vacuna contra la COVID-19 cubierta por la autorización...

Aunque, en realidad, esto no es nada nuevo, recordemos que la reforma de los ADPIC que dio pie al artículo 31 bis, ya contenía esto; lo que hace la R-17 de junio es ampliarlo, dando mayor flexibilidad para la exportación de productos fabricados.

IX. LA PROTECCIÓN DE DATOS DE PRODUCTOS FARMACÉUTICOS PARA SU COMERCIALIZACIÓN

En una disposición insólita, pues no tiene nada que ver con la PI, sino con la salud, se establece en el artículo 39.3 de los ADPIC la obligación de la protección de los datos que tienen las empresas titulares de las patentes farmacéuticas para la comercialización de sus productos.¹⁷⁴ Ahora bien, lo que hace la R-17 de junio es permitir la celeridad, pero no omitir el trámite ante la oficina de salud.

¹⁷⁴ “Los Miembros, cuando exijan, como condición para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos agrícolas que utilizan nuevas entidades químicas, la presentación de datos de pruebas u otros no divulgados cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable, protegerán esos datos contra todo uso comercial desleal. Además, los Miembros protegerán esos datos contra toda divulgación, excepto cuando sea necesario para proteger al público, o salvo que se adopten medidas para garantizar la protección de los datos contra todo uso comercial desleal”.



Reconociendo la importancia de la disponibilidad y el acceso oportunos a las vacunas contra la COVID-19, se entiende que el párrafo 3 del artículo 39 del Acuerdo no impide que un Miembro que reúna las condiciones requeridas permita la aprobación rápida para el uso de una vacuna contra la COVID-19 producida en virtud de la Decisión.

Sin embargo, se mantienen controles, inclusive con esas disposiciones que suavizan los requisitos de las licencias obligatorias, por lo tanto, se establecen limitaciones temporales y otras modalidades:

- 1) A efectos de transparencia, tan pronto como sea posible después de la adopción de la medida, un Miembro elegible comunicará al Consejo de los ADPIC cualquier medida relacionada con la aplicación de la presente Decisión, incluida la concesión de una autorización [es decir, el Consejo de los ADPIC se mantiene en control permanente de todo lo relativo a la aplicación de la resolución].
- 2) [Además, las medidas tienen un plazo de vigencia, pues] un Miembro elegible podrá aplicar las disposiciones de la presente Decisión hasta 5 años después de la fecha de la presente Decisión. El Consejo General podrá prorrogar dicho período teniendo en cuenta las circunstancias excepcionales de la pandemia de COVID-19. El Consejo General examinará anualmente el funcionamiento de la presente Decisión.
- 3) Los Miembros no impugnarán ninguna medida adoptada de conformidad con la presente Decisión de conformidad con los apartados *b)* y *c)* del párrafo 1 del artículo XXIII del GATT de 1994 [se refiere a los efectos de la nulidad de una obligación].
- 4) A más tardar seis meses después de la fecha de la presente Decisión, los Miembros decidirán sobre su prórroga para abarcar la producción y el suministro de diagnósticos y terapias relacionados con la COVID-19.



X. SIGNIFICADO ECONÓMICO

La R-17 de junio nos recuerda la célebre frase tomada de la novela de Giuseppe Tomasi di Lampedusa, *El Gatopardo*: “cambiar para que nada cambie”. Indudablemente, se puede considerar una victoria de las empresas transnacionales y un traspie en los intentos de crear un orden internacional más justo durante una pandemia que pone en peligro la seguridad social mundial. Los países desarrollados no alcanzaron a entender que la seguridad internacional mundial no es cosas de unos cuantos, sino que su deterioro afecta a todos por igual.

En un lúcido ensayo el Premio Nobel de Economía, Joseph E. Stiglitz, analiza la posibilidad de que Estados Unidos pierda esta nueva Guerra Fría que se manifiesta con la guerra de Rusia contra Ucrania, afirmando que “Estados Unidos sabrá hacer los mejores bombarderos y sistemas misilísticos del mundo, pero aquí no nos servirán de nada”; aconseja, para salvar a la gran potencia de la debacle:

...tenemos que ofrecer a los países en desarrollo y emergentes ayuda concreta, comenzando con la suspensión de derechos de propiedad intelectual sobre todo lo relacionado con el COVID, para que esos países puedan fabricar vacunas y tratamientos por sí mismos.¹⁷⁵

En efecto, la R-17 de junio es una mala imagen para Estados Unidos y los países de donde provienen las poderosas empresas farmacéuticas, pues con ello se prueba que no se puede tomar a esos países como líderes o arquetipos del mundo. Los sistemas como la OMC no fueron suficientes para promover una transformación del orden mundial a favor de las necesidades urgentes de todo mundo.

¹⁷⁵ Stiglitz, Joseph, “Cómo puede Estados Unidos perder la nueva guerra fría”, *La Jornada*, México, 22 de junio de 2022, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/2022/06/22/economia/022a1eco>.



El G-7 se comprometió a donar a los países más pobres 2,100 millones de vacunas contra la COVID-19 (recordemos que la población mundial es de 7,900 hasta 2021), y hasta agosto de 2022 sólo se había entregado el 49%. Hay que tomar en consideración que la pandemia COVID-19 exige acciones globales, y esto fue reconocido en la reunión del G-7. Se calculaba que con el 40% de la población mundial vacunada para 2021, se hubiera salvado a más de medio millón de personas.

La globalización económica produce una gran movilidad de las personas, y, claro está, de los productos comerciales, haciendo imposible aislar a la población de un Estado. Es decir, no es dable pensar que un solo Estado, o grupo de Estados desarrollados, este a salvo de la pandemia COVID-19 si ésta subsiste con sus mutaciones en muchos países no desarrollados. Es lógico que se requiera una acción global para inmunizar a la población.

Pero, evidentemente, triunfó la lógica comercial: la vacuna ahora es un gran negocio, en principio porque las empresas han recibido, y reciben todavía, dinero público para el desarrollo de la vacuna. Por ejemplo, se anunció la asociación entre la empresa farmacéutica Moderna y el gobierno británico para la producción de la vacuna contra las nuevas variantes de la COVID-19 y otras enfermedades respiratorias. La empresa Moderna invertirá mil 350 millones de dólares, pero no se aclara cuál es la participación del gobierno de la Gran Bretaña, aunque por lo menos se garantiza que el gobierno británico “se comprometa a comprar las vacunas de Moderna durante la próxima década”.¹⁷⁶

Además, la importancia de la vacuna es indiscutible, pues será necesaria en el transcurso de los años siguientes, ya que no se ha logrado la total vacunación a nivel mundial —lo que permitiría, de alguna manera, erradicar la pandemia en su totalidad—. Precisamente, la no erradicación de la pandemia ha permitido la mutación o la aparición de variantes, y con ello la sexta ola de contagios (enero de 2023).

¹⁷⁶ “Moderna construirá una nueva planta de vacunas en Reino Unido”, *La Jornada*, 23 de junio de 2022, p. 18.



Después de este mensaje de la OMC, lo que le queda a los países en desarrollo es establecer sus propias estrategias de vacunas y de legislaciones internas, aun con las propias flexibilidades e interpretaciones que se pueden hacer a los ADPIC con base en las normas consuetudinarias contenidas en Viena 69 para hacer frente a las emergencias de salud, como también lo propone la Declaración del Centro Sur de Ginebra del 21 de junio de 2022.¹⁷⁷

¹⁷⁷ “TRIPS Waiver: An Insufficient Multilateral Response. TRIPS-Consistent National Actions are Called for”, *South Center*, disponible en: <https://ipacc.essmeds.southcentre.int/wp-content/uploads/2022/06/SC-Statement-TRIPS-waiver-FINAL.pdf>.



CAPÍTULO SEXTO

DERECHOS HUMANOS Y PROPIEDAD INTELECTUAL

I. DERECHOS HUMANOS Y PI. ¿CONTRADICCIÓN ENTRE DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS DE LA PI?

Como señalábamos antes, la internacionalización de la PI se da en un marco internacional donde las normas de esta materia confluyen con otras normas. Por los resultados de las negociaciones internacionales de los tratados de libre comercio, es evidente que no se han tomado en cuenta los derechos humanos, por tanto, aquí surge una cuestión: ¿cómo puede afectar la creación de los monopolios de explotación de las patentes a la población de los Estados negociadores? Más cuando hablamos de aspectos fundamentales, como la salud.

Es cierto que desde la posguerra, a partir de 1945, se ha venido conformando una sólida construcción jurídica que protege el derecho humano a la salud, en principio, con normas del *soft law* y convencionales de vocación universal o regional; por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948, que, en su artículo 25, establece las pautas para la protección del derecho a la salud, y también el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966, que verdaderamente es una positivización de la DUDH.

Sin embargo, existe un aparente problema que plantea una colisión entre derechos humanos. En efecto, una importante corriente doctrinal afirma que los derechos de la PI son parte de los derechos humanos. Entonces, ¿qué pasa cuando hay una con-



tradición entre los derechos humanos, digamos a la salud, y los derechos de la PI? Para poder contestar este dilema, por supuesto, hay que situarlo en su exacta dimensión, lo que pretendemos hacer a continuación.

Primero, hay que advertir que a partir de la DUDH se dejó establecido que el derecho de los creadores es un derecho humano. Recordemos que esta declaración se aprueba después de la Segunda Guerra Mundial, y es una respuesta a las masivas violaciones de derechos humanos cometidas antes y durante la contienda bélica, además de que constituye una base esencial del nuevo orden gestado después del enfrentamiento.

Ahora bien, el artículo 27 de la DUDH es la punta de lanza que se ha esgrimido para considerar que la propiedad intelectual es parte del catálogo de los derechos humanos. Este artículo contiene dos partes: la primera se refiere a todo ser humano y garantiza su derecho a participar y gozar libremente en la vida cultural, de las artes, y a tomar parte en el progreso y sus beneficios. Además, las crónicas sobre el proceso de su adopción¹⁷⁸ revelan ciertas tensiones, pues la primera parte, es decir, la relativa a que toda persona tiene derecho a disfrutar de los beneficios del progreso científico y a participar en la vida cultural, fue aceptada sin problema; no así en lo que respecta a la segunda parte, relativa a la PI, que suscitó mucha polémica, la cual, nuevamente, se manifestó cuando se aprobó el artículo 15 del PIDESC, que retoma, en esencia, la idea del artículo 27 de la DUDH.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Fernández Cuevas, María P., “La propiedad intelectual y los derechos humanos de segunda generación, tensiones normativas”, *DIVULGARE. Boletín Científico de la Escuela Superior de Actopan*, núm. 13, 2020, pp. 10-16, disponible en: <https://repository.uaeh.edu.mx/revistas/index.php/divulgare/issue/archive>.

¹⁷⁹ Artículo 27.

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.



Para una mayor comprensión del tema, reproducimos el artículo 15 del PIDESC:

1. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

- a) Participar en la vida cultural;
- b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
- c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

2. Entre las medidas que los Estados Parte en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

3. Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

Este artículo, como se ve, lo componen cuatro incisos, y el primero, a su vez, posee tres subincisos; es una réplica del artículo 27 de la DUDH, con adiciones en tres incisos más que surgieron de las discusiones en el Consejo Económico y Social de la ONU en las negociaciones del PIDESC. Precisamente, la propuesta de incluir este artículo 15 fue de la delegación francesa, apoyada por la Unesco “y varios países latinoamericanos, entre ellos, con voz destacada Uruguay y Costa Rica que sostuvieron su posición en el argumento de que la propiedad intelectual y los derechos de la ciudadanía no eran opuestos”.¹⁸⁰

Sin embargo, esta postura tuvo una fuerte oposición por parte de la delegación estadounidense, con el apoyo de Reino Unido

¹⁸⁰ *Idem.*



y Yugoslavia, pues consideraban la cuestión muy compleja como para ser incluida en el PIDESC. Es curioso e interesante que esta oposición también era del bloque socialista encabezado por la Unión Soviética, a tal grado que, en 1957, todavía en las deliberaciones del proyecto de Pacto

...la cláusula *c*) del artículo 15 no estaba y todo el bloque del Este encabezado por la URSS se negaba con firmeza a la inclusión de atribuciones referidas a Propiedad Intelectual al decir que el derecho de los pueblos a beneficiarse de la ciencia no debía mezclarse con los derechos de propiedad. Las deliberaciones iniciales de las sesiones de ese año estaban fuertemente inclinadas en el apoyo al derecho a participar de la vida cultural y a disfrutar de los beneficios de los avances científicos más no la de propiedad intelectual...¹⁸¹

Al parecer, para amainar la polémica el inciso *c*) fue excluido de los documentos de las deliberaciones y

...sólo llegó a incorporarse al Pacto en el curso de un debate extremadamente rutinario de la Tercera Comisión de la Asamblea General en 1957, tres años después de que la Comisión hubiera terminado su labor y cinco años después de haberse debatido por última vez la disposición sobre los derechos culturales.¹⁸²

Como sea, el PIDESC es un tratado internacional ratificado por varios Estados (se desataca la ausencia de Estados Unidos, por su hegemonía mundial) que tiene vigencia plena.¹⁸³ Empero, en aras de su adecuada significación, no olvidemos las reglas de interpretación que contiene Viena 69, que incluye, entre otras, recurrir a los trabajos preparatorios.¹⁸⁴ Además, si hablamos de interpreta-

¹⁸¹ *Idem.*

¹⁸² *Idem.*

¹⁸³ Desde 1981 México es parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹⁸⁴ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece, en su artículo 32: “Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos pre-



ción, hay que emplearla en el artículo 15 de forma armónica, sin perder de vista su objeto y fin.

En efecto, si se trata de armonía en la interpretación, debemos entender que los tres incisos iniciales están íntimamente relacionados. Esto quiere decir que no es la PI la que está en el centro del reconocimiento de los derechos humanos; no se puede soslayar la libertad cultural, la participación y el acceso a los beneficios de los avances culturales y científicos. O sea, la reticencia de algunos Estados a la inclusión del inciso *c*) fue que, refiriéndose a derechos humanos, no se puede negar la libertad cultural y la participación y acceso a los beneficios de los avances culturales científicos en aras de la PI que tienen los creadores.

En suma, la parte referente al acceso a la cultura es frecuentemente olvidada por los abogados de las empresas trasnacionales. La otra parte se refiere a los creadores, a quienes se les reconoce su derecho a la protección de sus derechos morales (“intereses”, dice la DUDH) y materiales.

Ahora bien, no hay que dejar de lado que los derechos humanos se refieren a las personas físicas, no a las empresas, que son personas morales —que en este momento son los grandes actores en la producción de medicinas, o bien, los poderosos productores de tecnologías de la telemática o de la biotecnología—. Como vimos, en la producción de medicamentos estamos hablando de los grandes consorcios que los fabrican y que, por supuesto, tienen amplios derechos de carácter comercial; pero no derechos humanos.

Esto es comprensible en la lógica de los derechos humanos, ya que es el ser humano el que, con frecuencia, se encuentra en una situación de desventaja frente a los poderes de las personas morales con gran poder político o económico. Los derechos hu-

paratorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: *a*) deje ambiguo u oscuro el sentido; o *b*) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.



manos son el escudo de protección de las personas que no tienen el poder del Estado ni el poderío económico de las empresas. Como bien afirma Donnelly:

...los derechos humanos constituyen una clase especial de derechos, los que una persona posee por el simple hecho de que es un ser humano. Son por lo tanto derechos morales del orden más alto. Sin embargo, por lo general se encuentran estrechamente relacionados con los derechos “inferiores” paralelos o en la lucha por instaurar tales derechos.¹⁸⁵

II. LA OBSERVACIÓN GENERAL NO. 17 DE LOS PIDESC, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 15

Por si no fuera suficiente, el PIDESC emitió la Observación general No. 17 (O-17), en relación con la interpretación del artículo 15: “Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) (apartado c)...”,¹⁸⁶ que, entre otras cosas, plantea una serie de diferencias entre lo que son los derechos de la PI y los derechos humanos. Inexcusablemente, sus diferencias se hicieron más claras cuando la PI se insertó en los tratados comerciales desde inicios de la década de los noventa.

Obviamente, hay que decir que la O-17 es una mera resolución que no tiene fuerza jurídica vinculante; es un instrumento jurídico que se inscribe en el llamado *soft law* y que, a pesar de esa naturaleza, debe tomarse como una interpretación del PIDESC.

¹⁸⁵ Donnelly, Jack, *Derechos humanos universales*, México, Gernika, 1998, pp. 27 y 28.

¹⁸⁶ “Observación general No. 17: Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a)”, *Red DESC*, disponible en: <https://www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-no-17-derecho-toda-persona-beneficiarse-proteccion-intereses-morales-y> (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2021).



Además, si la aunamos a las reglas de interpretación de Viena 69, tendremos una mayor claridad en el asunto de la relación de la PI con los derechos humanos.

Por considerarlas claras y contundentes, aquí nos permitimos reproducir algunas tesis de la O-17:

1. Los derechos humanos son fundamentales porque son inherentes a la persona humana como tal, mientras que los derechos de propiedad intelectual son ante todo medios que utilizan los Estados para estimular la inventiva y la creatividad, alentar la difusión de producciones creativas e innovadoras, así como el desarrollo de las identidades culturales, y preservar la integridad de las producciones científicas, literarias y artísticas para beneficio de la sociedad en su conjunto.

2. En contraste con los derechos humanos, los derechos de propiedad intelectual son generalmente de índole temporal y es posible revocarlos, autorizar su ejercicio o cederlos a terceros. Mientras que en la mayoría de los sistemas de propiedad intelectual los derechos de propiedad intelectual, a menudo con excepción de los derechos morales, pueden ser transmitidos y son de alcance y duración limitados y susceptibles de transacción, enmienda e incluso renuncia, los derechos humanos son la expresión imperecedera de un título fundamental de la persona humana. Mientras que el derecho humano a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales resultantes de las producciones científicas, literarias o artísticas propias protege la vinculación personal entre los autores y sus creaciones y entre los pueblos, comunidades y otros grupos y su patrimonio cultural colectivo, así como los intereses materiales básicos necesarios para que contribuyan, como mínimo, a un nivel de vida adecuado, los regímenes de propiedad intelectual protegen principalmente los intereses e inversiones comerciales y empresariales. Además, el alcance de la protección de los intereses morales y materiales del autor prevista en el apartado *c)* del párrafo 1 del artículo 15 no coincide necesariamente con lo que se denomina derechos de propiedad intelectual en la legislación nacional o en los acuerdos internacionales.



3. Es importante pues no equiparar los derechos de propiedad intelectual con el derecho humano reconocido en el apartado *c*) del párrafo 1 del artículo 15. El derecho humano a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales del autor...

De acuerdo con la O-17, hay una clara diferencia entre los derechos humanos que “son inherentes a la persona humana como tal”, y los derechos de propiedad intelectual, que “son ante todo medios que utilizan los Estados para estimular la inventiva y la creatividad”, aparte de que circunscribe que los derechos humanos de los creadores y científicos se limitan a “[b]eneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

Por otra parte, no olvidemos que la discusión y la adopción de los dos documentos normativos importantes, la DUDH y el PIDESC, se hicieron en el mundo de la posguerra, cuando la enorme violación de derechos humanos hacía crecer su importancia, pero todavía no nos encontrábamos con esa “jugada maestra” de las empresas trasnacionales de fines del siglo XX, de insertar la PI en el comercio internacional. Este es otro elemento que hay que ponderar también, pues tuvo los siguientes efectos: el derecho de la PI ganó en claridad, al crearse un estándar sobre la materia, con lo que se produjo una internacionalización de sus normas, asimismo, se le ligo a las reglas comerciales internacionales, con lo que se le provee automáticamente de sanciones en caso de incumplimiento.

No obstante, este fenómeno de “comercialización internacional” de las normas de la PI la aleja de la esencia de los derechos humanos, y, lógicamente, en algunos casos, son las grandes empresas trasnacionales las que innovan en tecnología. Y por supuesto, estas trasnacionales innovadoras tienen derechos comerciales y económicos, pero no derechos humanos.

Esta afirmación la hace también la O-17, cuando afirma:

En los regímenes de protección de los tratados internacionales vigentes, las personas jurídicas son también titulares de derechos



de propiedad intelectual. Sin embargo, como ya se ha señalado, debido a su diferente carácter, sus derechos no están protegidos en el plano de los derechos humanos.

Es oportuno hacer esta aclaración para no llegar al absurdo, como pretenden abogados de empresas trasnacionales, de confundir los derechos de la PI con los derechos humanos.

Parecería simplemente impensable que una empresa reclamara, ante los mecanismos de protección de los derechos humanos, sus derechos de PI; pero sí sucede, como es el patético caso de la farmacéutica Pfizer, que se opuso a la propuesta de suspensión de la PI que se dirimió en la OMC, y a la que nos referimos antes, alegando que sus derechos humanos se pueden violar.¹⁸⁷

Por otro lado, el considerar que es un derecho humano de los creadores y científicos “[b]eneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”, inmediatamente nos lleva al campo de las características y principios de los derechos humanos. Eso lo traemos a colación porque en un supuesto de colisión entre el derecho a la salud y el derecho del autor, se aplicarían los principios de los derechos humanos, y entre ellos uno que, además, es un principio general del derecho: *indubio pro homine*.

III. EL CONCEPTO DE *RES PUBLICA* EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El concepto de *res publica*, o bien, *cosa pública*, tiene su origen en el derecho, pues deriva del concepto *bien común*, que, junto con la justicia, la seguridad jurídica, la reciprocidad, la igualdad, la proporcionalidad, la libertad, la moral y la moral social, la voluntad

¹⁸⁷ Abidader, Luis Gil, “La propiedad intelectual y el acceso a las tecnologías para el tratamiento y prevención de la COVID-19”, Universidad UTE, 26 de julio de 2022.



y la razón y, finalmente, la sanción, son valores fundamentales del derecho.¹⁸⁸

De acuerdo con Robert Kolb, el concepto de *bien común* es reconocido desde los antiguos griegos —Aristóteles y Platón ya hablaban de él—, pasando por San Agustín y Santo Tomás, que afirmaban que el individuo sólo puede vivir dentro de una comunidad ordenada. Más tarde, Francisco de Vitoria proyectó ese concepto hacia una dimensión universal: como sucede con los individuos, los Estados no pueden vivir más que en sociedad; existe un bien común universal. Y volviendo a Kolb, él plantea que el *bien común* implica un equilibrio entre el bien individual y el bien colectivo: “el bien común es la búsqueda de un equilibrio armonioso entre lo individual y lo colectivo en cada momento de la historia”.¹⁸⁹

Aunque también Kolb, cuando habla de la sociedad internacional, considera que hay una “debilidad del bien común en la sociedad internacional”, y cree que esa debilidad se encuentra en su característica de descentralización, en su concepto “la sociedad internacional presenta un gran déficit de comunidad. Las solidaridades son nacionales antes de ser internacionales”.¹⁹⁰ Se observa, entonces, que a nivel internacional hay una exaltación de la soberanía y del nacionalismo; en consecuencia, el bien común se presenta como una mera aspiración.

Ahora, sobre todo durante la segunda mitad del siglo XX, Kolb observa una eclosión de ciertos valores internacionales comunes, como la paz, el medio ambiente y los derechos del hombre (pueden ser también ciertos aspectos del *human welfare*): “Además, la comunidad internacional no es más que un orden fragmentado que toca a la paz a la humanidad y un tanto al medio ambiente”.

Por otra parte, la economía apenas se toca, pues está basada en un sistema liberal; es decir, en un *laissez-faire*, “siempre ha cumplido con la primacía del interés general, incluso a través de

¹⁸⁸ Kolb, Robert, *Réflexions de philosophie du droit international*, Bruselas, Bruylant, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2003, p. 233.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 239.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 245.



la redistribución”; o una real redistribución de las riquezas hace un defecto de la sociedad internacional. Un impuesto internacional siempre ha sido rechazado por los Estados.

Las amenazas que hace correr la pobreza de ciertas regiones del tercer mundo no son frecuentemente apreciadas por los Estados desarrollados. Es un racimo de conflictos, de éxodos, enfermedades, ausencias de instrucción. Las consecuencias se sienten en los Estados ricos.¹⁹¹

En efecto, la pandemia ha evidenciado varios aspectos de la realidad internacional que han estado ahí pero no se han tomado en consideración. Primero, la globalización crea una interdependencia que, al romperse, ocasiona una disfunción del sistema económico. Por ejemplo, se pudo ver en los primeros meses de la pandemia, cuando el poco consumo de petróleo por parte de China creó un caos internacional con una baja incosteable del precio del petróleo para los Estados productores. Segundo, la misma globalización hizo que el virus se desperdigara por todo el mundo con una rapidez pasmosa, lo que produjo una cerrazón de fronteras; es decir, la respuesta no ha sido de conformidad con el bien común. Tercero, la crisis de salud ha probado rotundamente que las respuestas individuales —egoístas— no funcionan ante una pandemia global. Y finalmente, la pandemia también mostró que los Estados desarrollados no están dispuestos a hacer a un lado su egoísmo nacional y ven sólo hacia su interés hegemónico.

IV. EL DERECHO A LA SALUD COMO *RES PUBLICA* A NIVEL REGIONAL

A nivel regional el sistema interamericano de derechos humanos garantiza el derecho humano a la salud, esto, en principio, desde

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 248.



la Convención Americana sobre Derechos Humanos,¹⁹² que, en su artículo 26,¹⁹³ alude al desarrollo progresivo, aunque no se reconoce de manera directa y expresa la salud, cosa que, por otro lado, sí hace el Protocolo de San Salvador, en su artículo 10.¹⁹⁴

Así, podemos ver que el Protocolo de San Salvador establece que el derecho a la salud es un derecho humano, además de ser considerado un “bien público”. Este es un concepto que tiene su antecedente en la expresión *res publica*, utilizada por los antiguos romanos para referirse a las cosas que interesan al gobierno, a la República, y que ahora podemos entender como los asuntos que

¹⁹² Barona Betancourt, Ricardo, “Derecho a la salud en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, Brasília, vol. 3, núm. 2, julio-septiembre de 2014.

¹⁹³ “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”. Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁹⁴ Artículo 10 del Protocolo de San Salvador: Derecho a la Salud

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

- a) la atención primaria de la salud, entendiéndose como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
- b) la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
- c) la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
- d) la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
- e) la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y
- f) la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.



caen en el ámbito del Estado, y que están dentro de la esfera de sus funciones esenciales, no susceptibles de privatización.

Entonces, de acuerdo con el Protocolo de San Salvador, todas las personas tienen derecho a la salud, y cuando decimos “todas las personas”, remitámonos a la Convención Americana, que establece que “es persona todo ser humano”, “sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.¹⁹⁵ En consecuencia, si el derecho a la salud es un bien público, el Estado debe garantizarlo, y para eso tiene que “adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional”.

Este derecho a la salud, como *res publica*, también está reconocido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual, en varios fallos, se ha referido a él en algunos casos emblemáticos, como son los casos *Ximenes Lopes vs. Brasil*,¹⁹⁶ *Vera Vera y otra vs. Ecuador*,¹⁹⁷ y *Albán Cornejo y otros*

¹⁹⁵ Artículo 1o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁹⁶ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentencia del 4 de julio de 2006.

“89. En relación con personas que se encuentran recibiendo atención médica, y dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. La Corte considera que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado”.

¹⁹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Vera Vera y otra vs. Ecuador*, sentencia del 19 de mayo de 2011 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

“37. Así, esta Corte ha establecido que el Estado tiene el deber, como garante de la salud de las personas bajo su custodia, de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento médicos adecuados cuando así se requiera.

...



vs. Ecuador.¹⁹⁸ Por tanto, en relación con la jurisprudencia antes mencionada:

- ...la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud,
- El derecho a la vida es un derecho humano fundamental cuyo goce pleno constituye una condición para el ejercicio de todos los derechos,
- Los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención a la salud humana.

En suma, no nos queda ninguna duda de que el derecho a la salud es un derecho humano, con todas las consecuencias que eso trae, y por ende, el acceso a los medicamentos es parte de los

43. Los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención a la salud humana. En este sentido, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público”.

¹⁹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, sentencia del 22 de noviembre de 2007 (fondo, reparaciones y costas).

“117. La Corte ha reiterado que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental cuyo goce pleno constituye una condición para el ejercicio de todos los derechos¹⁰⁸. La integridad personal es esencial para el disfrute de la vida humana. A su vez, los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud humana. Asimismo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público” (artículo 10).



derechos humanos, ya que su objetivo es mantener o lograr la salud de las personas.

V. EL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU

El Consejo de Derechos Humanos de la ONU (CDH-ONU), aprobó una Resolución el 23 de marzo de 2021¹⁹⁹ (CDH-R 46/14), que, desde nuestra perspectiva, refleja la situación del derecho humano a la salud en el momento de la pandemia COVID-19. En efecto, la CDH-R 46/14 establece el contenido y los límites del derecho a la salud:

- La disponibilidad de vacunas, de medicamentos y de tecnologías y terapias sanitarias constituye una dimensión esencial del “derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.
- ...lo que requiere que los Estados adopten las medidas necesarias para prevenir, tratar y controlar las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y para estar en condiciones de asegurar servicios médicos y atención sanitaria a todos en caso de enfermedad.
- ...el acceso equitativo a los productos relacionados con la salud es una prioridad a escala mundial y que la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y asequibilidad de productos relacionados con la salud de calidad garantizada son fundamentales para hacer frente a la pandemia.
- ...los Estados tienen la responsabilidad primordial de adoptar y aplicar medidas contra la pandemia de COVID-19 que se ajusten al contexto nacional y que las medidas de emergencia puestas en práctica por los Go-

¹⁹⁹ Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 23 de marzo de 2021, 46/14. “Asegurar el acceso equitativo, asequible, oportuno y universal de todos los países a las vacunas para hacer frente a la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19)”.



biernos para hacer frente a la pandemia de enfermedad por coronavirus deben ser necesarias y proporcionales al riesgo evaluado, aplicarse de forma no discriminatoria, tener un enfoque y una duración específicos y estar en consonancia con las obligaciones de los Estados en virtud del derecho internacional de los derechos humanos aplicable.

- ...la pandemia de COVID-19 requiere una respuesta mundial basada en la unidad, la solidaridad y la cooperación multilateral para velar por que todos los Estados, en particular los Estados en desarrollo, incluidos los países menos adelantados, tengan un acceso sin trabas, oportuno, justo y equitativo a pruebas diagnósticas, terapias, medicamentos, vacunas, tecnologías sanitarias esenciales y sus componentes y equipos seguros, teniendo en cuenta que la vacunación contra la COVID-19 es un bien público mundial en el ámbito de la salud para prevenir, contener y detener la transmisión y poner fin a la pandemia.
- ...el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y de facilitar la implantación de sistemas de salud sólidos y de la cobertura sanitaria universal, incluido el acceso universal, oportuno y equitativo a todas las tecnologías sanitarias esenciales, pruebas diagnósticas, terapias, medicamentos y vacunas para hacer frente a la pandemia de COVID-19 y otras emergencias sanitarias, a fin de lograr el pleno acceso a la vacunación para todos, en particular las personas y los grupos en situación de vulnerabilidad, como prioridad a escala mundial para todos los Estados.
- ...cooperación y solidaridad internacionales para contener, mitigar y superar la pandemia y sus consecuencias, incluidas las repercusiones en los derechos humanos, mediante respuestas centradas en las personas, atentas a las cuestiones de género, multidimensionales, coordinadas,



inclusivas, innovadoras, rápidas y decisivas a todos los niveles, con pleno respeto de los derechos humanos, entre otras formas apoyando el intercambio de información, conocimientos científicos y mejores prácticas y fomentando la capacidad de mantenimiento, en particular para ayudar a las personas en situaciones de vulnerabilidad, incluidos todos los migrantes, y a los países más pobres y vulnerables, a fin de construir un futuro más equitativo, inclusivo, sostenible y resiliente y poner en práctica la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible...

Sin duda, la CDH-R 46/14 hace un buen ejercicio de diagnóstico del impacto de la pandemia, en el que sobresale la idea de la responsabilidad del Estado en materia de salud, ya que significa un rompimiento de las políticas neoliberales y la necesidad de cooperación internacional. Sin embargo, la naturaleza de recomendación deja a la CDH-R 46/14 en el limbo de la *soft law*.

Por otra parte, el CDH-ONU también tomó una postura en relación con la vacuna, postura que llega a tocar a la PI. El punto de arranque en la concepción del Consejo se divide en dos premisas fundamentales: la primera es que la vacuna contra la COVID-19 es “un bien público mundial en el ámbito de la salud para prevenir, contener y detener la transmisión y poner fin a la pandemia”, en consecuencia, se debe de garantizar “la disponibilidad de vacunas seguras, de calidad, eficaces, efectivas, accesibles y asequibles”. Aquí entenderíamos que no sólo se trata de la vacuna, sino también de los demás insumos para la salud.

La segunda premisa tiene que ver con la correcta concepción de la PI como derecho humano; si la PI es un derecho humano, en el sentido de que implica el derecho de todos a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, entonces, derivado de ello, toda persona tiene, a su vez, el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. En efecto,



la corriente dominante a partir de la década de los ochenta fue privatizar la medicina, y con ello tratamientos y medicamentos tienen una lógica capitalista de ganancia y no de beneficio social. Por eso, lo que se plantea aquí es que el desarrollo tecnológico, que hace posible mejores tratamientos y medicinas, sea accesible para todo ser humano.

Por supuesto, para la producción de la vacuna y demás insumos de salud se requieren fondos millonarios; ese es uno de los obstáculos y, al mismo tiempo, la argumentación de las empresas trasnacionales para negarse a hacer de la salud un objetivo social y no comercial. Entonces, el CDH-ONU alienta a los Estados a

...que colaboren con todos los interesados pertinentes para aumentar los fondos destinados a la investigación y el desarrollo de vacunas y medicamentos, aprovechar las tecnologías digitales e intensificar la cooperación científica internacional necesaria para luchar contra la COVID-19 y reforzar la coordinación, también con el sector privado, a fin de seguir desarrollando, fabricando y distribuyendo pruebas diagnósticas, medicamentos antivirales, equipos de protección personal y vacunas, respetando los objetivos de calidad, eficacia, seguridad, equidad, accesibilidad y asequibilidad.

En esa línea, se exhorta a los Estados a “cooperar promoviendo iniciativas de investigación y creación de capacidades”. Sin embargo, el CDH-ONU, al plantear la necesidad de “reforzar la coordinación, también con el sector privado”, mantiene el *statu quo* en la producción de las vacunas, con la participación de las empresas privadas, pero solicita una mayor intervención económica de los Estados y la cooperación internacional.

Ahora bien, el CDH-ONU reconoce que pueden existir “obstáculos injustificados que restringen la exportación de las vacunas contra la COVID-19 y provocan desigualdades entre los países desarrollados y los países en desarrollo en relación con el acceso a ellas”, pero para nada menciona cuáles son esos



obstáculos. Aun así, es evidente que uno de ellos puede ser la PI, por eso, sin mencionarla como obstáculo, el CDH-ONU reafirma el

...derecho de los Estados a utilizar las disposiciones del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) y las flexibilidades que prevé, como se reafirma en la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública, en las que se reconoce que el Acuerdo deberá ser interpretado y aplicado de una manera que apoye el derecho de los Estados de proteger la salud pública y, en particular, de promover el acceso a los medicamentos para todos, a fin de facilitar el acceso de todos a las vacunas contra la COVID-19 y reforzar la coordinación, también con el sector privado, para el rápido desarrollo, fabricación y distribución de vacunas, respetando los objetivos de transparencia, eficacia, seguridad, equidad, accesibilidad y asequibilidad.

A pesar de eso, la práctica internacional nos ha mostrado que no es suficiente saber que existen flexibilidades en los ADPIC, los llamados a la cooperación internacional ni la suspensión de la PI, como se planteó ante la OMC. Entonces, el CDH-ONU expone una propuesta que nos parece sumamente novedosa e interesante, y que podría ser revolucionaria si se lograra llevar a cabo:

Reitera el llamamiento a los Estados para que sigan colaborando, según proceda, en la elaboración de modelos y enfoques que favorezcan la desvinculación del costo de las nuevas actividades de investigación y desarrollo de los precios de los medicamentos, las vacunas y las pruebas diagnósticas para las enfermedades, a fin de garantizar su accesibilidad, asequibilidad y disponibilidad sostenidas y facilitar el acceso al tratamiento a todos aquellos que lo necesiten...

En efecto, uno de los grandes problemas para poder cumplir con el derecho a la salud es el factor económico, así que ¿cómo



se pueden producir los fármacos necesarios sin la preocupación por su inversión y recuperación monetaria? El CDH-ONU, en su Resolución, lo plantea de otra manera: ¿cómo desvincular el costo de las nuevas actividades de investigación y desarrollo de los precios de los medicamentos, las vacunas y las pruebas diagnósticas para las enfermedades?

Para eso se requiere un nuevo modelo; una ingeniería institucional que rompa con el modelo de la PI y que tenga un alcance global en el que se les quite el poder económico a las empresas transnacionales. Lo anterior es simple decirlo, pero resultaría en una labor colosal que no se logró con la experiencia de la pandemia COVID-19.

VI. LA PRÁCTICA MEXICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS DE LA PI

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) dictó una sentencia en el amparo en revisión 1136/2015, el 2 de marzo de 2016.²⁰⁰ La sentencia versa sobre la constitucionalidad y convencionalidad de una reforma a la Ley del Derecho de Autor, que agrega la fracción VIII al artículo 148 y que fue controvertida porque, supuestamente, según sus detractores, es contraria a los artículos 1o., 14, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como al 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; al 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y al 30 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Ante la demanda de las empresas que consideraban que se violaban sus derechos de autor con dicha reforma —que no es más que una excepción de los derechos de autor a favor de mi-

²⁰⁰ SCJN, amparo en revisión 1136/2015, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 2 de marzo de 2016, disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJF-Sem/Paginas/Reportes/ReporteDE.aspx?idius=26418&Tipo=2> (fecha de consulta: 15 de noviembre de 2021).



nusválidos—, la SCJN, en su sentencia, hizo una disquisición sobre los límites de la propiedad para llegar a considerar que hay límites a favor del interés público, que, en materia de derecho internacional, nosotros lo identificamos con el orden público internacional, donde es posible identificar una graduación normativa a favor de los derechos humanos.

En este sentido, la SCJN afirmó:

Asimismo, este concepto implica que pueden existir restricciones a los derechos de propiedad en aras de satisfacer el interés público, para lo cual pueden establecerse prohibiciones u obligaciones a ese derecho, lo que no quiere decir, que se llegue al extremo de desaparecerlo o extinguirlo, pues esto generaría que saliera de la esfera jurídica del gobernado, transformando tal acto en una expropiación.

Como se aprecia, la SCJN reconoce la existencia de un interés público que hace la diferencia con otro tipo de normas distintas a los derechos humanos. Con lo que respecta a la PI, establece:

- a) La propiedad intelectual desde el punto de vista del derecho a la propiedad, se erige como un derecho fundamental tutelado a nivel constitucional, el cual puede ser limitado en aras del interés público de la colectividad (modalidades a la propiedad).
- b) Dentro de los derechos de propiedad intelectual, se encuentra la clasificación de los patrimoniales, que son sujetos de limitaciones (modalidades a la propiedad), siempre que se destinen a un uso legítimo en beneficio de la sociedad.

Independientemente de que podamos discutir qué tipo de propiedad es la PI, por lo pronto podemos afirmar que los derechos de la PI no se refieren a los derechos clásicos (romanos) de propiedad, ya que no comparten sus cualidades de uso, disfrute y abuso. La PI es temporal o permanente como los derechos mora-



les. La relación que existe entre el inventor o titular de la PI, en general, y su objeto de protección no es de derecho de propiedad en el concepto romano, sino que es de naturaleza *suis generis*; si no fuera así, estaríamos ante el peligro de considerar que la vida se puede apropiar cuando hablamos de las patentes en materia de biotecnología. Pero se aclara: a este debate de fondo no se meten la SCJN ni parte de los conceptos clásicos romanos de la propiedad para resolver el asunto.²⁰¹

También hay que mencionar la tesis jurisprudencial (I.6o.A8 A [10a.]), contenida en la sentencia del Tribunal Colegiado de Circuito del 29 de agosto de 2019, que establece que los

Derechos de autor están recogidos como derecho humano en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, de modo que la interpretación del marco legal nacional debe hacerse a la luz de ese y los demás instrumentos internacionales que lo desarrollen, así como del principio *pro homine*.

Expresada de esa forma, la tesis carece de técnica jurídica internacional; técnica que debería tener, ya que invoca un instrumento jurídico internacional como la DUDH, pues esta Declaración fue adoptada como una Resolución de la Asamblea General de la ONU y, sabemos, no es vinculante. Otra situación es que la Declaración haya cristalizado como una norma de carácter consuetudinario en virtud de la práctica de la comunidad internacional, que también la ha considerado como jurídicamente vinculante.

No obstante, hay que rescatar que se aplica el principio *pro homine*, que, sin duda, es un principio general del derecho que, junto con las reglas de interpretación contenidas en Viena 69, el operador jurídico podrá utilizar en la solución de controversias entre derechos humanos y PI.

Por otra parte, vale la pena recordar que en México, en 2012, precisamente cuando pretendía aprobarse el Acuerdo Multila-

²⁰¹ Becerra Ramírez, Manuel, *La propiedad...*, cit.



teral Comercial contra la Falsificación (ACTA, por su nombre en inglés, Anti-Counterfeiting Trade Agreement),²⁰² se produjo una discusión a nivel interno bastante interesante que tuvo como consecuencia que el Senado no lo aprobara.

En efecto, en 2012 México firmó el ACTA, aduciendo ausencia de regulación en la red y como un mensaje a los socios comerciales internacionales. El debate que se armó sobre lo idóneo de la adhesión de México al tratado giraba alrededor de la posible violación de derechos humanos, tales como la libertad de expresión, el acceso a la cultura y a la información, la privacidad de datos y las comunicaciones. El Senado tomó en cuenta estas disposiciones y decidió no aprobarlo, como antes en ese mismo año lo había hecho el Parlamento Europeo, con la votación de una amplia mayoría.²⁰³

Además, si esto no es suficiente, hay que tomar en cuenta que existe un orden público internacional (OPI), que plantea la conformación de un orden por normas y principios de carácter tanto adjetivo como sustantivo —que, por sus características, no se pueden abrogar o derogar—. En ese OPI está el principio *pro homine*, contenido en algunos tratados internacionales, aunque consideramos que su naturaleza es de carácter consuetudinario.

El OPI, dicho de otra manera, es un límite a la actuación de los sujetos de las relaciones internacionales, ya que su actividad no puede rebasar la normatividad que lo integra; de lo contrario, violaría el Estado de derecho internacional. Aquel sujeto del derecho internacional que vaya en contra de un principio del derecho internacional estaría violando el Estado de derecho por no ajustarse a él, esto es muy claro en el caso de las normas de *jus cogens*, que algunos identifican con el orden público, pues

²⁰² Roffe, Pedro y Seuba, Xavier, *The ACTA and the Plurilateral Enforcement Agenda*, Cambridge University Press, 2015.

²⁰³ “México firma tratado antipiratería ACTA que debe ser ratificado por el Senado”, *La Información*, México, 12 de julio de 2012, disponible en: https://www.lainformacion.com/estilo-de-vida-y-tiempo-libre/mexico-firma-tratado-antipirateria-ac-ta-que-debe-ser-ratificado-por-el-senado_QhXMMsbFyNOHolgI1bwcU/ (fecha de consulta: 15 de abril de 2020).



cualquier acto en contrario está viciado de nulidad absoluta conforme a Viena 69.

Los derechos humanos están regidos por los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, además de aplicarse el ya mencionado principio *pro homine*. En la interpretación y aplicación de las normas del derecho humanitario, y de los derechos humanos internacionales, se aplicará este principio; es decir, habrá de interpretarse en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional. Un mecanismo de carácter hermenéutico que tienen las normas de derechos humanos y que, por supuesto, no se aplica en la interpretación de los tratados en materia comercial, por ejemplo.

Una manifestación de que los derechos humanos son parte de ese orden público internacional se encuentra en el artículo 29 la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual habla de la interpretación de las normas de derechos humanos:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) Permitir a alguno de los Estados parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Como vemos, las normas de derechos humanos, y en este caso el derecho humano a la salud, se deben interpretar siempre



en el sentido que mejor beneficie al ser humano. Precisamente, son parte del orden público internacional, y en caso de colisión con las normas de carácter comercial, como podrían ser las de la PI, que son ahora consideradas normas del capitalismo cognitivo, las primeras deben de prevalecer.



CAPÍTULO SÉPTIMO

EL SISTEMA REGIONAL LATINOAMERICANO

En virtud de su carácter global, la pandemia COVID-19, indudablemente, tocó la organización internacional regional, como es el caso de los sistemas europeo, asiático y africano, considerando la situación como bastante complicada por el tiempo que puede tomar una investigación de tal magnitud. Pero aquí nos limitamos a estudiar el sistema interamericano, que puede servir como ejemplo, para bien o para mal, de las respuestas que se dieron a un fenómeno global.

I. LA PANDEMIA COVID-19 CONSTITUYE UN RETO PARA LA ACCIÓN DE LA OEA

La Carta de la OEA (Organización de los Estados Americanos) esta provista de un arsenal normativo que puede dar cabida a una acción contra la COVID-19; por ejemplo, reconoce los principios de solidaridad y cooperación interamericana en los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico (artículos 30 y 31). Además, actualmente urge contar con vacunas y otros elementos farmacéuticos que ayuden a combatir la pandemia, por lo que es evidente que los países de América Latina necesitan de cooperación para lograrlo.

No es posible que un solo país latinoamericano tenga el capital y la infraestructura tecnológica para producir con rapidez las vacunas necesarias para hacerle frente al COVID-19 —que, además, ha mutado—. Es necesaria una acción concertada, y lo



más racional sería que fuera la OEA la catalizadora en nuestra región. El artículo 31 de la Carta de la OEA²⁰⁴ habla de “la cooperación interamericana para el desarrollo integral”, la cual sería suficiente para hacer frente a la COVID-19 en el continente americano, y es más, el artículo 51 del mismo documento²⁰⁵ se refiere en forma concreta a la cooperación científica y tecnológica, que es una buena plataforma jurídica para realizar una cooperación científica y tecnológica contra la pandemia.

Innegablemente, sería un gran aporte si, por ejemplo, se pudiera conseguir la vacuna latinoamericana contra la COVID-19 como producto de la cooperación de los países de la región. Sin embargo, la OEA tiene preocupaciones que, sin duda, pueden ser válidas, pero que no tocan los puntos fundamentales de la urgencia de la pandemia.

En efecto, el 2 de junio de 2020 la OEA lanzó la “Guía de acción política para enfrentar la pandemia del COVID-19 bajo principios democráticos”, donde coloca la democracia como un valor fundamental: “La democracia, el orden constitucional y el Estado de derecho son condiciones necesarias para lograr el respeto irrestricto de las libertades fundamentales y la plena vigencia de los derechos humanos durante la emergencia causada por el nuevo coronavirus”. Asimismo, concluye el documento:

²⁰⁴ Artículo 31 de la Carta de la OEA: La cooperación interamericana para el desarrollo integral es responsabilidad común y solidaria de los Estados miembros en el marco de los principios democráticos y de las instituciones del sistema interamericano. Ella debe comprender los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico, apoyar el logro de los objetivos nacionales de los Estados miembros y respetar las prioridades que se fije cada país en sus planes de desarrollo, sin ataduras ni condiciones de carácter político.

²⁰⁵ Artículo 51 de la Carta de la OEA: Los Estados miembros fomentarán la ciencia y la tecnología mediante actividades de enseñanza, investigación y desarrollo tecnológico y programas de difusión y divulgación, estimularán las actividades en el campo de la tecnología con el propósito de adecuarla a las necesidades de su desarrollo integral, concertarán eficazmente su cooperación en estas materias, y ampliarán sustancialmente el intercambio de conocimientos, de acuerdo con los objetivos y leyes nacionales y los tratados vigentes.



Los mecanismos democráticos brindan vías eficaces y legítimas y dan las herramientas necesarias para abordar la emergencia causada por la pandemia. Su utilización responde a los valores y principios democráticos que inspiran el proceder de los países del hemisferio.

No dudamos que los valores democráticos sean fundamentales, pero la pandemia ha golpeado primero la salud y la economía de todos los Estados, trayendo una amenaza a la estabilidad social y política. No hay Estado, incluso entre los desarrollados, que no haya experimentado una discusión, o incluso movimientos de disconformidad de la población, sobre las políticas aplicadas por la pandemia. Por tanto, creemos que son más urgentes las medidas de salud pública, como lo es el lograr una vacuna latinoamericana y hacer un frente latinoamericano contra la COVID-19.

Durante la pandemia los Estados latinoamericano se han visto rebasados por su incapacidad de dar una respuesta en medicamentos, en infraestructura médica e, incluso, en personal médico, y todo esto en virtud de que su infraestructura médica ha sido desmantelada por la aplicación de políticas neoliberales en materia de salud, lo que ha llevado a la privatización del servicio de salud. Nuevamente, la OEA no dio una lectura adecuada de lo que se necesita y es urgente en el continente americano.

II. LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En un amplio catálogo de derechos humanos que tocan la circunstancia de la pandemia en la parte más urgente de esta patología, y cuando ya habían aparecido las vacunas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en 2020, dictó una resolución²⁰⁶ (R-1/2020) que, por su amplio contenido, podemos

²⁰⁶ CIDH, Resolución No. 1/2020, “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, 10 de abril de 2020, disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>.



considerarla un inventario abundante de derechos humanos, los cuales, indudablemente, sirven como marco jurídico para la actuación de los Estados en el momento de la patología global. Y aunque la naturaleza jurídica no vinculante de la R-1/2020 nos hace dudar de sus efectos prácticos, no podemos cuestionar su importancia como marco teórico de una revisión intensa de los derechos humanos en el momento de la pandemia.

Así, con un enfoque holístico, la R-1/2020 nos recuerda, a propósito de la pandemia COVID-19, que

...el objetivo de todas las políticas y medidas que se adopten deben basarse en un enfoque de derechos humanos que contemple la universalidad e inalienabilidad; indivisibilidad; interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos; la igualdad y la no discriminación; la perspectiva de género, diversidad e interseccionalidad; la inclusión; la rendición de cuentas; el respeto al Estado de derecho y el fortalecimiento de la cooperación entre los Estados.

Se subraya la interdependencia de los derechos humanos, pues “el derecho a la vida, la salud e integridad personal, se ven seriamente afectados el derecho al trabajo, a la seguridad social, a la educación, a la alimentación, al agua y a la vivienda, entre otros DESCA”.

Es interesante que la R-1/2020 también reconoce que la salud es un “bien público” que debe ser protegido por todos los Estados, y que, como decíamos antes, “el derecho humano a la salud es un derecho de carácter inclusivo, que guarda correspondencia con el goce de otros derechos, que comprende sus determinantes básicos y sociales como el conjunto de factores que condicionan su efectivo ejercicio y disfrute”.

Pero, además, la R-1/2020 se refiere al contenido del derecho a la salud, que es “el derecho de toda persona a gozar del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”, y que

...este derecho incluye la atención de salud oportuna y apropiada, así como los elementos esenciales e interrelacionados de dispo-



nibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios, bienes e instalaciones de salud, incluyendo los medicamentos y los beneficios del progreso científico en esta área, en condiciones de igualdad y no discriminación.

En lo tocante a la PI, la R-1/2020 aborda dos aspectos que son importantes: primero, el deber que tiene el Estado de

...incentivar la investigación aplicada, la innovación y la difusión de nuevas tecnologías científicas directamente aplicables a la lucha contra la propagación del patógeno y, muy especialmente, al descubrimiento de nuevas alternativas de tratamiento del mismo, incluso compatibilizando la protección integral de la vida humana con reglas y procedimientos que regulen la propiedad intelectual sobre tales tecnologías y hallazgos.

Aunque esto no es claro, al no establecer cuál es la relación con los derechos humanos, se podría entender que es un requisito *sine qua non* para que el Estado cumpla con su garantía de derecho a la salud de su población.

Como segundo aspecto, muy relacionado con el anterior, está la obligación que tiene el Estado de

...asegurar el acceso a medicamentos y tecnologías sanitarias necesarias para enfrentar los contextos de pandemia, particularmente poniendo atención al uso de estrategias, como la aplicación de cláusulas de flexibilidad o excepción en esquemas de propiedad intelectual, que eviten restricciones a medicamentos genéricos, precios excesivos de medicamentos y vacunas, abuso de uso de patentes o protección exclusiva a los datos de prueba.

Reconocemos que el lenguaje de esta obligación es vago, como se aprecia con la expresión “poniendo atención al uso de estrategias”, y pese a que reconoce que puede haber obstáculos en el acceso a los medicamentos (restricciones a los genéricos, precios altos, abusos de patentes, etcétera), hace una relación con las flexibilidades de la OMC, pero sin tocar más a la PI.



Aquí apela a la cooperación internacional sin tocar los cimientos de la PI.

III. LA RESOLUCIÓN NÚM. 1/2021 (R-1/2021) DE LA CIDH

Después de poco más de un año de pandemia, la CIDH emitió la Resolución núm. 1/2021 (R-1/2021), titulada “Las vacunas contra el covid-19 en el marco de las obligaciones interamericanas de derechos humanos”, adoptada el 6 de abril de 2021 y publicada el 7 de abril, con ocasión del Día Mundial de la Salud.²⁰⁷

Lo que hace la R-1/2021 de la CIDH es solicitar el fortalecimiento del Estado en materia de salud, responsabilizar a las empresas farmacéuticas, pedir transparencia, obliga a los Estados a recurrir a las flexibilidades, demanda la cooperación y la solidaridad internacionales, propugna por la rápida inmunización en América, y porque “se pongan la salud pública y los derechos humanos en el centro de sus decisiones y políticas sobre vacunas contra el COVID-19”.²⁰⁸ La R-1/2021 establece criterios y recomendaciones para los Estados con el fin de promover la distribución justa y equitativa de las vacunas, por lo que es importante señalar que considera la vacuna como “un bien público mundial y regional”.

En suma, la R-1/2021 hace cinco recomendaciones en los siguientes rubros:

- Distribución y priorización de dosis de vacunas.
- Difusión activa de información adecuada y suficiente sobre las vacunas y contrarrestar la desinformación.

²⁰⁷ CIDH, Resolución 1/2021, “Las vacunas contra el COVID-19 en el marco de las Obligaciones Interamericanas de Derechos Humanos”, 6 de abril de 2021, disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-21-es.pdf> (fecha de consulta: 22 de agosto de 2022).

²⁰⁸ *Idem.*



- Derecho al consentimiento previo, libre e informado.
- Derecho de acceso a la información, transparencia y combate contra la corrupción.
- Empresas y derechos humanos en relación con las vacunas contra el COVID-19.
- Cooperación internacional.

La CIDH, como un órgano de control de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a diferencia del otro órgano de control, sólo dicta resoluciones no vinculantes. En consecuencia, esta resolución está en el campo que la doctrina *soft law*, por lo que puede ser una guía de comportamiento para los Estados y tiene una fuerza, más bien, moral.

IV. LA COMUNIDAD DE ESTADOS LATINOAMERICANOS Y CARIBEÑOS Y SUS LINEAMIENTOS EN MOMENTO DE PANDEMIA

En diciembre de 2011 se creó la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), que es una entidad internacional no institucionalizada; es decir, no tiene una sede específica ni es el resultado de la negociación de un tratado internacional. Para algunos es un “foro” o una “plataforma” que, oficialmente, se define como “un mecanismo intergubernamental de diálogo y concertación política”.²⁰⁹ En los últimos años, y ante la evidente crisis de la OEA, se ha pensado que la CELAC podría ser un sustituto, pues cuenta con la ventaja de que su membresía incluye a los 33 países de América Latina y el Caribe, y puede servir como plataforma de negociación *vis à vis* a la gran potencia nortea. Pero justo su falta de estructura orgánica, la cual le permitiría dictar resoluciones obligatorias para los Estados, es su principal debilidad.

²⁰⁹ “¿Qué es la CELAC?”, *SRE*, México, disponible en: <https://portales.sre.gob.mx/ppt-celac/es/que-es-la-celac> (fecha de consulta: 22 de agosto de 2022).



Pese a ello, se ve como una organización en *status nascendi*, sobre todo cuando la OEA deja ver sus flaquezas.

Durante la pandemia, la VI Cumbre de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno de la CELAC, que se celebró en la Ciudad de México en diciembre de 2021 —antes de que cambiara la presidencia, *pro tempore*, de México a Argentina—, aprobó por unanimidad los “Lineamientos y propuestas para un plan de autosuficiencia sanitaria para América Latina y el Caribe”, que son definidos como

...una ruta programática presentada por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) para fortalecer la producción y distribución de medicamentos, en especial vacunas, en los países de la región y reducir la dependencia externa, y mandataron a la Comisión regional de las Naciones Unidas para que continúe las acciones para su efectiva implementación.²¹⁰

Para 2021 ya era claro el fenómeno de la insuficiencia de las vacunas y medicamentos contra la COVID-19 en la región, causado por el nacionalismo de la vacuna, los estragos que ocasionaron las políticas neoliberales en los sistemas de salud de los países de la zona, la falta de tecnología para lograr la vacuna y demás problemas. Ahora bien, las recomendaciones que hizo la CELAC-CEPAL son muy interesantes, y se agrupan en siete “líneas de acción”:

- i) Fortalecer los mecanismos de compra conjunta internacional de vacunas y medicamentos esenciales; ii) Utilizar los mecanismos de compras públicas de medicamentos para el desarrollo de mercados regionales; iii) Crear consorcios para el desarrollo y la producción de vacunas; iv) Implementar una plataforma regional

²¹⁰ CEPAL, “Países de la CELAC aprueban por unanimidad lineamientos y propuestas del plan de autosuficiencia sanitaria para América Latina y el Caribe y mandatan a la CEPAL para avanzar en su implementación”, comunicado de prensa, 18 de septiembre de 2021, disponible en: <https://www.cepal.org/es/comunicados/paises-la-celac-aprueban-unanimidad-lineamientos-propuestas-plan-autosuficiencia> (fecha de consulta: 22 de agosto de 2022).



de ensayos clínicos; v) Aprovechar las flexibilidades normativas para acceder a propiedad intelectual; vi) Fortalecer mecanismos de convergencia y reconocimiento regulatorio; y vii) Fortalecer los sistemas de salud primaria para el acceso universal a vacunas y su distribución equitativa.²¹¹

Además, a corto plazo propone acciones inmediatas: “la coordinación entre las entidades reguladoras nacionales, mecanismos regionales de compra para lograr el acceso universal a vacunas e implementación de una plataforma regional de ensayos clínicos”.

Las líneas de acción son certeras en la problemática de América Latina, pues no se quedan en una mera crítica del desequilibrio internacional, sino que llaman a la cooperación regional, que es la manera con que se puede hacer frente a los consorcios farmacéuticos tan poderosos económicamente y que, encima, cuentan con el apoyo de sus gobiernos.

En materia de PI llaman la atención tres medidas, que son un cuello de botella en la economía de los países latinoamericanos: 1) crear consorcios para el desarrollo y la producción de vacunas; 2) implementar una plataforma regional de ensayos clínicos, y 3) aprovechar las flexibilidades normativas para acceder a PI. En efecto, una de las argumentaciones que las empresas farmacéuticas usan para mantener el monopolio de la PI es que las inversiones para lograr los nuevos medicamentos son enormes; es decir, el problema sería la falta de recursos económicos, algo que se puede salvar con la cooperación internacional, la creación de consorcios regionales y, en materia de PI, hacer uso de las flexibilidades. Asimismo, hay que tomar en cuenta que en la región se tienen recursos humanos de alto nivel —que muchas veces emigran por falta de oportunidades en sus países de origen, produciéndose una “fuga de cerebros”—, y también se cuenta con recursos naturales que son insumos en la producción de medicamentos.

²¹¹ *Idem.*



Por supuesto, es necesario que los gobiernos de la región vean más hacia las necesidades locales y empleen las flexibilidades que tienen los tratados de libre comercio a que están atados y no sólo protejan las inversiones extranjeras —que son la punta de lanza en las negociaciones comerciales internacionales—. En realidad, raramente los Estados de la región hacen uso de las flexibilidades; es más, ni siquiera negocian la PI más idónea a las condiciones internas porque las empresas trasnacionales supeditan la inversión a la aceptación de las normas de la PI con el argumento de que es necesario proteger su tecnología. Entonces, podemos afirmar que las líneas de acción son valiosísimas, desde nuestra perspectiva, lo que falta es llevarlas a la práctica.



EPÍLOGO

La pandemia COVID-19 impactó frontalmente y puso a prueba el orden mundial surgido después de la Segunda Guerra Mundial: los sistemas de salud, la economía, la red de producción global, el equilibrio ecológico, la digitalización y la educación; los mismos gobiernos se pusieron en observación por los ciudadanos, vigilando sus respuestas frente a las crisis de salud y de economía. Además, con una sociedad confinada cambian las relaciones sociales; la economía descubrió el trabajo en casa.

A nivel global, el impacto de la pandemia fue brutal: la economía mundial se desaceleró, ya que sus dos principales motores, Estados Unidos y China, tuvieron que confinar a su población y cerrar sus fronteras, lo que produjo un rompimiento de las cadenas productivas creadas por la globalización. La omnipresencia de un virus global, invisible y poderoso, exigía respuestas globales, pero no se dieron. En su lugar, se impuso el egoísmo soberano y las empresas transnacionales se apoderaron de las decisiones que correspondían, de acuerdo con la lógica del orden mundial, a la organización internacional. Como bien observa el economista Robert Boyer, “el virus nacional se difunde y reduce el espacio de la cooperación internacional”.²¹²

Una de las hipótesis que manejamos cuando iniciamos este trabajo es que el orden internacional —entendido como tal el creado después de la Segunda Guerra Mundial, con la ONU como centro de la organización internacional— no se colapsó con la pandemia; lo que ésta hizo fue evidenciar su colapso, que se inició a partir de la década de los sesenta, cuando se vino abajo el

²¹² Boyer, Robert, *Los capitalismos ante el desafío de la pandemia*, trad. de Galindo Juárez Vania, México, UAM-Gedisa, 2022, p.195.



sistema colonial. Para ello fue necesario analizar el orden mundial con una mirada que abarcó algunos hitos que consideramos claves en la historia.

Así es como nos dimos cuenta de que, ya desde antes de la pandemia, el orden mundial estaba partido por la acción de las grandes potencias, como Estados Unidos, que se retiró del multilateralismo como marco natural de gestión. Como lo observa Robert Boyer, Estados Unidos, que había impuesto el sistema de Bretton Woods, “se convirtió en el crítico más violento y destructor, y reemplazó las reglas y las organizaciones multilaterales por el juego de relaciones entre fuerza bilaterales, en primer lugar, con la potencia en ascenso que es China”.²¹³

Y si bien hubo respuestas de la ONU y su sistema, no fueron a la medida de las necesidades de un fenómeno global. En su lugar se puso en evidencia un sistema paralelo que se empezó a delinear cuando las grandes potencias se retiraron del multilateralismo, en la década de los sesenta. En ese momento los nuevos Estados, que habían sido colonias de las grandes potencias, irrumpieron en la ONU y empezaron a recusar el orden colonial; decidieron crear otros foros de interlocución y debate de sus resoluciones (como el G-7), y resolvieron atrincherarse en los órganos que controlaban, como el FMI, el BM y el GATT, para no enfrentarse a discutir en órganos como el de la Asamblea General de la ONU, donde se ha apoltronado una “tiranía de las mayorías”, según una celebre expresión de un diplomático estadounidense.

Los vientos económicos de la década de los ochenta, dominados por las políticas neoliberales anglosajonas (Estados Unidos y Gran Bretaña) que se proyectan en el FMI, el BM y el GATT para diseminarlas por el mundo, dan vida a una globalización económica impulsada por las nuevas tecnologías de la comunicación.

La globalización económica es el marco de ascenso y dominio de las empresas trasnacionales; factores reales de poder

²¹³ *Ibidem*, p. 36.



cobijados por las políticas neoliberales que plantean un retiro o disminución del poder del Estado, dejando a las fuerzas del mercado que gobiernen la economía. Así, las políticas neoliberales que dominan el mundo traen una nueva división internacional del trabajo, donde el conocimiento tecnológico está al centro, configurando lo que se denomina “capitalismo cognitivo”.

De aquí la importancia y el interés de los países desarrollados por promover, en el seno de los organismos económicos internacionales, la protección del conocimiento mediante una nueva generación de derechos de PI, que crea un estándar mundial de protección del conocimiento inserto en la estructura económica internacional de la OMC, hecho que posibilita aplicar sanciones; le “pone dientes” al derecho de la PI.

Con esto podemos entender por qué las empresas trasnacionales farmacéuticas, y otras (las empresas de las nuevas tecnologías de la computación y comunicación), impulsaron, a través de sus gobiernos y por medio de la PI, la protección de los fármacos, los programas de computación, los circuitos integrados, las patentes y las variedades vegetales. El objetivo es mantener su ventaja tecnológica mediante la protección de su conocimiento dominante.

Ya desde la década de los ochenta la aplicación de políticas neoliberales apoyadas por el FMI hizo que se abandonaran las industrias farmacéuticas locales, en los países en que existían, dejando esa función a las grandes empresas trasnacionales. Se abandonó, por las industrias locales, la producción de genéricos, a excepción de países como India y Cuba, que tienen un alto nivel de inversión. La crisis de la pandemia tuvo como efecto desmascarar las desigualdades económicas estructurales en materia de salud; las grandes ganancias de empresas como AstraZeneca, Johnson & Johnson, Pfizer, Moderna, BioNTech y Novavax que, a finales de 2022, incrementaron sus ganancias con las patentes en 275 mil millones de dólares.

Al mismo tiempo —no debemos soslayarlo— la pandemia COVID-19 puso en evidencia la contradicción entre el interés de



las poderosas empresas farmacéuticas transnacionales, el *big pharma*, y el derecho a la salud como parte de los derechos humanos.

Empero, no sólo fue cosa de las potencias económicas, sino, en el caso de los Estados latinoamericanos, se perdió una gran oportunidad para dar respuesta colectiva a la pandemia, no desde la retórica; desde los hechos reales. Simplemente, en América Latina a nadie se le ocurrió, ni a sus organizaciones, la OEA o el BID, crear un fondo financiero para invertir en una vacuna para todo el continente.

Lo más cercano a eso, y que, por cierto, entusiasmó, fue la posibilidad de que la Universidad de Oxford en asociación con las farmacéuticas mAbxience (Argentina) y Liomont (México) y con el financiamiento de la Fundación Carlos Slim, pudieran producir y envasar la vacuna de COVID-19. El proyecto de producir entre 150 y 250 millones de dosis sufrió un retardo de nueve meses en virtud de “la escasez de algunos insumos”.

A pesar de estos problemas, y de que no se avanzó más en la cooperación, sí se manifestó una capacidad regional en la producción de fármacos. Sabemos que la producción de medicamentos requiere de recursos millonarios y que las mismas empresas farmacéuticas transnacionales se apoyan en financiamiento del Estado, tal es el caso de Moderna, que recibe fondos de Estados Unidos. En ese sentido, sería adecuada una cooperación de los países de América Latina con recursos financieros y humanos —que definitivamente los hay— para destinarlos a fines comunes que una acción individual de los Estados no podría lograr.

La pandemia COVID-19 ha traído de vuelta la discusión académica sobre lo acertado o no de la introducción de las normas de la PI al comercio, tomando en cuenta que, al hacerlo, esas normas, aparentemente, “se comercializan”. En efecto, con ello se pretende que, por ejemplo, las patentes farmacéuticas se vean desde una perspectiva de mercado cuando, sin duda, están en la esfera del derecho humano a la salud, como se prueba en este trabajo.

Hay que tomar en cuenta que, en los orígenes de la institución de la propiedad industrial, el patentamiento sobre los pro-



ductos farmacéuticos había sido rechazado por la mayoría de los Estados. Fue sólo mediante la globalización que la negociación de la Ronda Uruguay del GATT, “jugada maestra” de Estados Unidos, Europa y Japón, logró introducir de plano los productos farmacéuticos en un capítulo concreto en los tratados comerciales. Es claro que ningún país subdesarrollado podría haber pensado en la PI sobre los farmacéuticos.

Además, en la negociación comercial, por supuesto, se aplicaron principios de negociación como el *single understanding*, a través del cual se aprueba en su totalidad lo negociado sin detenerse a analizar casos particulares como la PI. En otras palabras, si los países subdesarrollados requieren inversión y apertura de mercados, hay que aceptar, como tal, las normas de la PI.

Así, en virtud de su esencia comercial, en muchos casos la nueva cultura de la PI choca frontalmente con los derechos humanos, con el derecho a la salud, de acceso a los medicamentos y el desarrollo científico. Asimismo, el monopolio de explotación que otorga la PI con los tratados ADPIC *plus* se ha venido ensanchando, creando incommensurables privilegios nuevos a favor del *big pharma*, donde las leyes del mercado no se aplican.

La pandemia puso al descubierto que incluso a pesar de las enormes sumas de dinero que les fueron proporcionadas a las empresas transnacionales por los gobiernos, no se cumple con el mismo ADPIC, que, en su artículo 7o., establece:

La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones.

Es una norma clara, indiscutible. Sin embargo, su aplicación es nula, y en cambio, las empresas transnacionales buscan la negociación secreta de esos acuerdos, lo que es contrario a los ADPIC y, además, una inmoralidad si hablamos de salud.



Asimismo, hay que tomar en cuenta que las normas relativas a los fármacos, en principio, son parte de los derechos humanos y forman parte de un orden público internacional. Podemos ver que la interpretación de los tratados internacionales al momento de legislar o de aplicarlos, cuando esto se requiera, siempre debe ser de acuerdo con la naturaleza jurídica de los derechos humanos. Por ejemplo, los tratados internacionales en curso, que contienen normas de la PI, como es el caso del T-MEC, se tienen que regular en el derecho interno o aplicarse siguiendo las flexibilidades que están en la Declaración de Doha, de acuerdo con una interpretación *pro homine*.

Ahora bien, lo ideal es que los tratados comerciales ya no incluyan las normas de la PI ni mucho menos las relativas a los fármacos; en su lugar, lo mejor sería buscar otro medio de recompensar a los creadores. Pero para crear las normas adecuadas se requiere voluntad política e imaginación. En efecto, si de lo que se trata es de que se recompensen las enormes inversiones dedicadas a la investigación y al desarrollo para obtener las medicinas necesarias para la población y, además, se incentive la investigación en salud, se propone que sea un organismo internacional como la OMS quien se encargue de centrar la investigación de fármacos.

Sabemos que la membresía a los organismos internacionales trae como obligación el pago de una cuota que depende del grado de capacidad económica de los Estados. Con base en esto, ¿por qué no crear un fondo especial para destinar recursos a la investigación y el desarrollo para beneficio de la humanidad, sin exclusión? O bien, también se pueden establecer, en el marco de las flexibilidades, límites de ganancia para los innovadores farmacéuticos. La pandemia nos está enseñando que son necesarias la cooperación y la solidaridad ante un virus que afecta a todos, pero que, como siempre, perjudica especialmente a los más pobres, a aquellos que no tienen acceso a una vacuna o a medicamentos caros.

¿Debemos pensar en rediseñar, modificar o mejorar los marcos jurídicos nacionales e internacionales para dar respuesta a las



emergencias sanitarias futuras? A nivel internacional podemos decir que ha habido un fracaso del sistema de Naciones Unidas. En principio, éste funciona con base en la seguridad internacional, pero no ha reconocido plenamente que la pandemia es un asunto que pone en peligro la paz y la seguridad internacionales, cuando el Consejo de Seguridad es el único órgano de la ONU que tiene capacidad de dictar resoluciones de carácter vinculante. Si bien la Secretaría General y la Asamblea General se han ocupado del tema, recordemos que no dictan resoluciones vinculantes.

La crisis de salud mundial pone en el centro a la OMS, que responde al reto global sin un apoyo de todos los países y cargando un lastre constituido por las políticas neoliberales que, en su empeño privatizador, dejaron la salud en los vaivenes de la economía. Durante la pandemia la labor de la OMS tuvo claroscuros: por un lado, se convirtió en el eje que dirige la información sobre la pandemia, y nos parece que ha sido importante su labor; por el otro, los mecanismos que creó, Acelerador ACT y COVAX, como centros de acopio de recursos financieros para solventar la investigación y el desarrollo de las vacunas, así como su distribución equitativa, no han funcionado. El egoísmo del nacionalismo de las vacunas ha impedido que los países pobres, otra vez, cuenten con las vacunas suficientes.

Indudablemente, la experiencia de la pandemia COVID-19 hace necesaria una reforma de la OMS. Por lo pronto, el 31 de mayo de 2021 su director general, Tedros Adhanom Ghebreyesus, anunció que la organización impulsaría un tratado para afrontar nuevas pandemias. Aunque sabemos que una negociación multilateral de este calibre significa un largo y complicado camino que depende de la voluntad de los Estados negociadores. Esperamos que se tome en cuenta la experiencia de la última pandemia.

Por su parte, la OMC se ha quedado a la mitad en la decisión de la suspensión temporal de la PI en relación con la pandemia, como fue originalmente la propuesta de Sudáfrica e India. El presidente de Estados Unidos, Joe Biden, dio ciertas esperanzas,



en el marco de la diplomacia de la vacuna, para aceptar la suspensión de la PI, pero, a final de cuentas, resultó un fiasco, pues mostró, sin máscaras, los intereses prevalecientes en la industria farmacéutica mundial.

A tres años de iniciada la pandemia COVID-19 (a marzo de 2023) algunos países, como Guatemala, sólo habrían vacunado al 40% de su población. Mas hay que tener en consideración que no sólo hay que cuidarse de la COVID-19, sino también de sus secuelas; por eso es necesario destinar más recursos y poner en el centro de las funciones del Estado a la salud y sus componentes; por ejemplo, la producción de vacunas necesarias. Para ello los Estados necesitan recursos financieros que, normalmente, deben salir de los impuestos, lo que trae otro objetivo: una reforma fiscal para crear impuestos a las riquezas, ya que los que las detentan se han aprovechado del sistema prevaleciente.

Uno de los principales principios de derecho internacional es el de cooperación internacional, que, sin duda, es el pilar y guía de las relaciones pacíficas de los Estados. Durante la pandemia el principio se abandonó. El nacionalismo de las vacunas no sólo negó este principio, sino que manifestó crudamente los intereses de las grandes potencias por mantener un *statu quo* de dominio de un sector económico importante como la industria farmacéutica.



BIBLIOHEMEROGRAFÍA

- ABBOT, Frederick *et al.* (eds.), “Emerging Markets and the World Patent Order: The Forces of Change”, Cheltenham, Edward Elgar, 2014.
- AGUIRRE, Patricia, “Hablar de COVID-19: aportes a la construcción de una memoria colectiva de la sindemia desde la alimentación”, *Salud Colectiva*, Buenos Aires, vol. 18, 2022, disponible en: <http://revistas.unla.edu.ar/saludcolectiva/article/view/4054>.
- ALISTA, D. Edgar, “Las Naciones Unidas a los 75 y su «reconstrucción deseable»: ¿cómo llegar allá desde aquí?”, en SEARA VÁZQUEZ, Modesto (coord.), *Pandemia: la crisis catastrófica*, México, Universidad del Mar, 2021.
- AOUN, Alejandra *et al.*, *El debate sobre la extensión de los derechos de propiedad intelectual en tiempos de pandemia*, Ginebra, South Center, 2023.
- ARNE WESTAD, Odd, *La Guerra Fría. Una historia mundial*, trad. de Alejandro Pradera e Irene Cifuentes, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2018.
- BALE, Harvey E., “Protección a las patentes farmacéuticas; una plataforma para la inversión, competitividad y mejoras en la salud de las Américas”, trabajo presentado en el Taller ID, en Cartagena, marzo de 1996, disponible en: http://www.sice.oas.org/ip/phrma_s.asp.
- BARONA BETANCOURT, Ricardo, “Derecho a la salud en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Cuadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, Brasilia, vol. 3, núm. 2, julio-septiembre de 2014.



- BANCOMEXT, “Editorial: Aprobación de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados”, *Comercio Exterior*, México, diciembre de 1974, disponible en: http://revistas.bancomext.gob.mx/rce/magazines/415/7/CE_DICIEMBRE_1974.pdf.
- BEDJAOUI, Mohammed, *Towards a New International Economic Order*, París-Nueva York, UNESCO-Holmes & Meier, 1979, disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/17?ln=es>.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *El factor jurídico en la transformación de la Unión Soviética a la Comunidad de Estados Independientes*, México, UNAM, 1992.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *La propiedad intelectual en transformación*, México, Porrúa-UNAM, 2009.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel y SCHTEINGART, Martha (coords.), *Las perspectivas del Estado en la obra de marcos Kaplan*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- BERGEL, Salvador Darío y NEGRO, Sandra, *Propiedad intelectual, presente y futuro. Homenaje al profesor Carlos María Correa*, Buenos Aires, B de F, 2019.
- BOYER, Robert, *Los capitalismoos ante el desafío de la pandemia*, trad. de Vania Galindo Juárez, México, UAM-Gedisa, 2022.
- BURCI, Gian Luca y ECCLESTON-TURNER, Mark, “Preparing for the Next Pandemic: The International Health Regulations and World Health Organization During COVID-19”, *Yearbook of International Disaster Law*, vol. 2, núm. 1, 2020, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3719102.
- BURKE, Peter, *¿Qué es la historia del conocimiento?*, 2a. ed., trad. de María Gabriela Ubaldini, Argentina, Siglo XXI, 2017.
- CATAÑEDA GARZA, Diego, *Pandenomics*, México, UNAM-Malpaís, 2020.
- CINÀ, Margherita *et al.*, “The Stellenbosch Consensus on the International Legal Obligation to Collaborate and Assist in Addressing Pandemics”, *International Organizations Law Review*, vol. 9, núm. 1, 2020, disponible en: <https://doi.org/10.1163/15723747-2020024>.



- DÍAZ PÉREZ, Álvaro, *América Latina y el Caribe: la propiedad intelectual después de los tratados de libre comercio*, Chile, CEPAL, 2008, disponible en: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/2526>.
- DONNELLY, Jack, *Derechos humanos universales*, México, Gernika, 1998.
- FAUCHÈRE, Béatrice, “La responsabilidad social de las empresas y los códigos de conducta. ¿Nuevos retos o viejos debates?”, *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, vol. 14, 2011, disponible en: <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.3444>.
- FERNÁNDEZ-CUEVAS, María Patricia, “La propiedad intelectual y los derechos humanos de segunda generación, tensiones normativas”, *DIVULGARE. Boletín Científico de la Escuela Superior de Actopan*, núm. 13, 2020, disponible en: <https://repositorio.uaeh.edu.mx/revistas/index.php/divulgare/issue/archive>.
- FRIESEN, Elizabeth, “Orden mundial y actores transnacionales: el caso del Foro Económico Mundial”, en SEARA VÁZQUEZ, Modesto (coord.), *Pandemia. La crisis catastrófica*, México, Universidad del Mar, 2021.
- GAD, Mohamed Omar, *Representational Fairness in WTO Rule-Making*, Londres, British Intitute of International and Comparative Law, 2006.
- GOMIERO, Tiziano y DONATO, Mónica Di, “Megafusiones en el sistema agroalimentario: el caso de Bayer-Monsanto. ¿Qué riesgos hay en Europa?”, *Revista Papeles*, núm. 139, 2017.
- GUAMÁN, Adoración, *TTIP. El asalto de las multinacionales a la democracia*, Madrid, AKAL, 2015.
- HARDT, Michael y NEGRI, Antonio, *Imperio*, Buenos Aires, Paidós, 2002.
- HARO BARÓN, Talía Rebeca, “El régimen de propiedad intelectual como gobernanza global en la economía del conocimiento: el caso del sector farmacéutico en México. Un debate sobre la producción y la creación del mercado para los medicamentos prescritos para la diabetes I y II (1991-2020)”, tesis



- de doctorado, México, UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2023.
- INDACOCHEA, Juan Manuel, “Los tratamientos para el COVID-19 y los recursos que nos ofrece el derecho de patentes”, *Pólemos. Revista Electrónica de la Asociación Derecho & Sociedad de la PUCP*, Lima, abril de 2020.
- KOLB, Robert, *Réflexions de philosophie du droit international*, Bruselas, Bruylant: Editions de l’Université de Bruxelles, 2003.
- MEARSHEIMER, John, “Bound to Fail: The Rise and Fall of the Liberal International Order”, *International Security*, vol. 43, núm. 4, 2019.
- LIE, Reidar y MILLER, Franklin, “Allocating a COVID-19 Vaccine: Balancing National and International Responsibilities”, *The Milbank Quarterly*, vol. 99, núm. 2, junio de 2021, disponible en: <https://doi.org/10.1111%2F1468-0009.12494>.
- LIGHT, Donald W. y LEXCHIN, Joel, “Will Lower Drug Rices Jeopardize Drug Research? A Policy Fact Sheet”, *American Journal of Bioethics*, vol. 4, núm. 1, invierno de 2004, disponible en: [10.1162/152651604773067488](https://doi.org/10.1162/152651604773067488).
- MERLE, Marcel, *Sociología de las relaciones internacionales*, Madrid, Alianza, 1986.
- MELENDRES CANDIA, Martín Yover, “Minería informal en el Perú”, Perú, UNSA, 2019, disponible en: https://www.academia.edu/40221749/MINERIA_INFORMAL_EN_PERU.
- MUÑOZ TÉLLEZ, Viviana, “¿Podrán las negociaciones en la Organización Mundial de la Salud resultar en un marco justo para la prevención, la preparación y la respuesta ante pandemias como bienes públicos globales?”, *South Centre*, Ginebra, núm. 147, 28 de febrero de 2022, disponible en: https://www.econstor.eu/bitstream/10419/262121/1/RP147_ES.pdf.
- OSEI TUTU, J. Janewa, “Value Divergence in Global Intellectual Property Law”, *Indiana Law Journal*, vol. 87, núm. 4, julio de 2012, disponible en: <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol87/iss4/6>.



- PÉREZ MIRANDA, Rafael Julio, *La privatización de la naturaleza viva y el derecho económico internacional. De la soberanía de las naciones sobre sus recursos genéticos a la apropiación de la vida por las corporaciones*, México, UAM, 2020.
- ROBINSON, William I., “Contra el capitalismo global, las luchas transnacionales”, *Proceso*, núm. 2091, 27 de noviembre de 2016.
- PIKETTY, Thomas, *Una breve historia de la igualdad*, trad. de Daniel Fuentes, México, Ariel, 2022.
- ROFFE, Pedro y SEUBA, Xavier, *The ACTA and the Plurilateral Enforcement Agenda*, Cambridge University Press, 2015.
- ROSAS GONZÁLEZ, María Cristina *et al.*, “La ruta sanitaria de la seda y el poder suave de la República Popular China ante el SARS-CoV-2”, *Foro Internacional*, México, vol. 63, núm. 1, enero-marzo de 2023, disponible en: <https://doi.org/10.24201/fi.v63i1.2937>.
- SARQUÍS RAMÍREZ, David Jamile, “La salud y la seguridad nacional ante el COVID-19: reflexiones en torno a la gobernanza mundial para la salud global y la seguridad humana”, *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, núm. 140, mayo-agosto de 2021.
- SEARA VÁZQUEZ, Modesto (coord.), *Pandemia. La crisis catastrófica*, México, Universidad del Mar, 2021.
- SEUBA HERNÁNDEZ, Xavier, “La Organización Mundial de la Salud”, en NEGRO, Sandra (coord.), *Pasado y presente de las organizaciones internacionales*, Buenos Aires, La Ley, 2011.
- SIMMA, Bruno *et al.* (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, 3a. ed., Oxford University Press, 2012, vol. II.
- STIGLITZ, Joseph Eugene, *Cómo hacer que funcione la globalización*, México, Debolsillo, 2017.
- TRENT, John E., “El multilateralismo salvará al mundo del coronavirus y del cambio climático”, en SEARA VÁZQUEZ, Modesto (coord.), *Pandemia. La crisis catastrófica*, México, Universidad del Mar, 2021.



- VELÁZQUEZ, Germán, “Algunas reflexiones sobre la industria farmacéutica y la salud pública”, en BERGEL, Salvador Darío y NEGRO, Sandra, *Propiedad intelectual, presente y futuro. Homenaje al profesor Carlos María Correa*, Buenos Aires, B de F, 2019.
- VELÁZQUEZ, Germán, “Pautas de patentabilidad y acceso a medicamentos”, en BECERRA RAMÍREZ, Manuel y MARTÍNEZ OLIVERA, Roberto (coords.), *Industria farmacéutica, derecho a la salud y propiedad intelectual, el reto del equilibrio*, México, ANAFAM-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.
- VELÁZQUEZ, Germán, “Repensando la fabricación mundial y local de productos médicos tras el COVID-19”, Ginebra, South Centre, junio de 2021, disponible en: <https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2021/06/RP-118-ES.pdf>.
- WILLIAMSON, John, “What Washington means by Policy Reform”, *Latin American Adjustment: How Much has Happened?*, Washington D. C., Peterson Institute for International Economics, 1990.



| | |
|--|-----|
| VI. La práctica mexicana sobre derechos humanos y los derechos de la PI. | 162 |
| CAPÍTULO SÉPTIMO. El sistema regional latinoamericano . | 169 |
| I. La pandemia COVID-19 constituye un reto para la acción de la OEA. | 169 |
| II. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos . | 171 |
| III. La Resolución núm. 1/2021 (R-1/2021) de la CIDH. . | 174 |
| IV. La Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños y sus lineamientos en momento de pandemia . | 175 |
| Epílogo | 179 |
| Bibliohemerografía | 187 |

La pandemia COVID-19 y la propiedad intelectual en el orden mundial, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 29 de septiembre de 2023 en los talleres de Litográfica Ingramex, S. A. de C. V., Centeno 162-1, Granjas Esmeralda, Iztapalapa, 09810 Ciudad de México, tel. 55 5445 0470, ext. 364. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *holmen book* de 55 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 300 ejemplares (impresión digital).