

Presentación del libro
“Justicia, vigencia y eficacia del
régimen internacional de patentes de invención”
de Esteban Donoso Crespo.

Íñigo Salvador Crespo

La Universidad Andina Simón Bolívar, nos presenta esta noche el volumen 98 de su Serie Magíster, que lleva el título “Justicia, vigencia y eficacia del régimen internacional de patentes de invención”. El número de esta obra dentro de la colección Magíster, nos habla del importante y sostenido esfuerzo editorial de la UASB, caracterizado por una línea rigurosa en la investigación científica.

Esteban Donoso Crespo ocupa merecido lugar en esta colección, justamente por el rigor de su investigación, la extensísima fuente bibliográfica de la que se nutre y, lo que más me ha llamado la atención, la capacidad de analizar un tema requete trillado, el de las patentes de invención en el marco del Acuerdo de los ADPIC, bajo una nueva luz, sumamente creativa, y con una elegante prosa jurídica.

A Esteban Donoso me une, más allá del evidente vínculo del parentesco (ambos llevamos con orgullo el cuencano apellido materno de Crespo), el haber levantado lanzas codo con codo en la brega por una aplicación justa de la normativa sobre patentes de invención en el Ecuador.

Gracias, en parte, al esfuerzo desplegado por una asociación de laboratorios farmacéuticos latinoamericanos, con el patrocinio profesional de Esteban y mío, el recién creado Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual IEPI, pasó de ser, allá por 1998, una notaría en la que se oleaban y sacramentaban, sin mayor análisis de fondo, las solicitudes de patentes presentadas por las empresas farmacéuticas del gran capital multinacional, a ser lo que hoy es, bajo el liderazgo del Abogado Andrés Ycaza, una entidad especializada, de las más reconocidas de América, en que se conceden patentes a quien se las merece, según la normativa vigente.

Así que, Andrés Ycaza, Íñigo Salvador y, sobre todo, Esteban Donoso, cuando hablamos de patentes de invención, sabemos de lo que hablamos.

Esteban Donoso, acudiendo a las características de la norma jurídica postulados por Norberto Bobbio, analiza el régimen actual de la protección de los inventos por vía de patente.

Bobbio, el gran Bobbio –resistente ante la ocupación nazi de Italia, profesor de Filosofía del Derecho y de Filosofía Política en la Universidad de Turín, Senador vitalicio de la República italiana– enuncia estos tres elementos: justicia, validez y eficacia. El orden en que ellos son nombrados no es inocente: la norma jurídica debe ante todo ser justa.

¿Cuándo es justa una norma? La norma es **justa** cuando responde a un conjunto de valores que una comunidad jurídicamente ordenada ha acogido como suyos y que informan su ordenamiento jurídico. Nos dice Bobbio que no existe un ideal del bien común que pueda ser reconocido como propio de todas las sociedades; en otras palabras: la justicia es relativa a cada ordenamiento jurídico, lo que es justo en uno, puede no serlo en otro. Un ejemplo de esta relatividad, y que podría ser objeto de un chispeante debate, nos lo proporciona el tema de por qué es justa la bigamia en algunos países islámicos mientras no lo es en los países de raigambre judeo-cristiana. Dejaremos ese debate para otra ocasión.

Una norma es **válida** cuando existe en tanto que regla jurídica. Cuando está vigente, nos dice Esteban Donoso. Es decir que la validez de una norma está determinada por el cumplimiento de un procedimiento de creación de normas propio del ordenamiento jurídico al que pertenece, entre cuyas calificaciones no es la menor la de la legitimidad del órgano creador de la norma.

Una norma es eficaz cuando se cumple espontáneamente, tanto mejor, o por la vía coercitiva. Así, habrá normas que se cumplan siempre, aunque sea de forma voluntaria, y normas

que nunca se cumplan, ni siquiera cuando su incumplimiento está sancionado con una pena.

Este análisis lo transporta Esteban Donoso a la normativa internacional de la propiedad intelectual, con particular enfoque en el ya célebre Acuerdo sobre los ADPIC, o sea, sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, del cual el Ecuador es parte en razón de su adhesión a la OMC en 1994.

Especialmente, Esteban Donoso se centra en el examen de la justicia de las normas internacionales de propiedad intelectual, para llegar a la interesante propuesta, que es el meollo de su libro, de que la normativa internacional de patentes podría ser justa si se aplicara un principio de proporcionalidad en la duración de la protección por vía de patente, según el cual dicha protección debería durar el máximo de 20 años en los países más ricos, e ir disminuyendo en proporción al grado de desarrollo de los países, hasta llegar a los menos desarrollados en que la protección podría ser de solo unos pocos años.

Solicitudes de patentes en el Ecuador según el IEPI: 98% de extranjeros, 2% ecuatorianos. A su vez, de las presentadas por extranjeros, el 98% corresponde a fármacos.

Así las cosas, de todos los temas de propiedad intelectual contenidos en el régimen gobernado por el Acuerdo sobre los ADPIC, el que mayor interés tiene para el Ecuador es el de las patentes de fármacos.

Es, entonces, a ese ámbito en particular al que debe aplicarse el análisis propuesto por Esteban Donoso, desde el punto de vista de lo que él llama el “trialismo”, es decir, la óptica de los tres vértices: justicia, validez y eficacia.

Siempre partiendo desde el más importante de estos elementos, el de la justicia, su análisis en el ámbito de las patentes de fármacos, se topa de entrada con una contradicción intrínseca: de un lado se encuentra un derecho humano fundamental, el derecho a la vida y su derivación doctrinaria más directa, el derecho a una vida digna, en la que el acceso a los servicios de salud y a los medicamentos es una condición insoslayable; del otro lado se encuentra otro derecho humano fundamental, de aquellos llamados “derechos económicos, sociales y culturales”, el derecho a la propiedad, y en particular a la propiedad intelectual.

Cuando hablamos de las patentes de fármacos, esta contradicción se hace más evidente si consideramos la naturaleza de la protección que ellas otorgan a su titular. El dueño de una patente de un medicamento ejerce en la práctica un monopolio sobre el producto patentado; un

monopolio de 20 años de duración que le permite excluir del mercado a cualquier otro producto igual. En la práctica, el monopolio legal que confiere la patente a su titular se traduce en que, a falta de competencia, el medicamento patentado es comercializado a precios sustancialmente superiores a aquellos en que se expendería si otros productos iguales participaran del mercado. En otras palabras, en países como el Ecuador, donde solamente un 40% de la población tiene garantizado el acceso a los medicamentos, el derecho a la propiedad intelectual constituye una barrera monolítica que impide el goce del derecho a la salud y, por lo tanto, del derecho a la vida.

La propiedad intelectual, que es la que se ejerce sobre cosas inmateriales, como el ingenio, por ser una forma más de dominio está sujeta a las mismas limitaciones que éste. Es decir, como todo derecho real, es un derecho que se ejerce en relación a derechos similares que otras personas pueden ejercer. La propiedad, además, está supeditada a una función social.

En el ámbito de la propiedad privada sobre las cosas físicas, los bienes inmuebles, por ejemplo, esa función social se cumple a través del pago de los impuestos. Quien tiene una casa costosa en un barrio residencial de una ciudad pagará un impuesto predial más elevado que quien tiene su vivienda en

una zona agrícola en una parroquia rural. Los ingresos fiscales resultantes de la recaudación de los impuestos de ambos servirán, por ejemplo, para que los hijos del propietario de la vivienda rural asistan a una escuela municipal gratuita. Así, el dominio privado del propietario urbano estará cumpliendo su función social.

¿Cómo puede cumplir su función social la propiedad intelectual? Y, en el caso específico de las patentes de fármacos ¿cómo puede el dominio de los productos del ingenio revertir hacia la sociedad?

Estas preguntas nos vuelven al tema de la justicia. O sea: ¿cuáles son los valores que inspiran el orden jurídico de nuestra sociedad? ¿cuáles los que inspiran el régimen internacional de propiedad intelectual? O también: el hecho de que ese orden jurídico o ese régimen internacional sean válidos y eficaces, ¿determina necesariamente que sean justos?

El propio Bobbio nos decía que una norma válida no es necesariamente justa y nos ponía el ejemplo de las sociedades de la antigüedad clásica donde la esclavitud estaba reconocida en las normas, sin que por ella pudiera considerarse justa.

Un ejemplo más elaborado, del mismo jurista italiano, ilustra esta situación:

“Un socialista difícilmente considera justo un ordenamiento que reconoce y protege la propiedad privada; así como un reaccionario difícilmente reconocerá como justa una norma que considera lícita la huelga y, sin embargo, ni el socialista ni el reaccionario dudarán del hecho de que en un ordenamiento positivo como el italiano –o el ecuatoriano, me atrevo a añadir yo– tanto las normas que regulan la propiedad privada como las que reconocen el derecho de huelga son válidas”.

La historia de la química farmacéutica nos brinda una muestra espeluznante de cómo unas normas válidas –y terroríficamente eficaces– podían serlo todo, menos justas.

El historiador británico Richard J. Evans, en su colosal obra “El Tercer Reich en guerra” (Collins, 2008), nos relata el siguiente episodio, ocurrido en el contexto de un marco jurídico válido y eficaz:

“Sin embargo –dice Evans– otros experimentos llevados a cabo con reclusos de los campos de concentración en Alemania eran considerados como ciencia ordinaria y normal, sus resultados eran presentados en conferencias y publicados en prestigiosas revistas médicas. Se empleaban protocolos experimentales estándar para la evaluación de los experimentos realizados, por ejemplo,

por la Compañía Farmacéutica Bayer en mujeres detenidas en Auschwitz, que eran adquiridas para estos propósitos a las SS, a un precio especial de 700 marcos cada una” (pág. 613).

No pretendo, de ninguna manera, que las atrocidades de los regímenes totalitarios y de las empresas farmacéuticas que les hicieron el juego y lucraron gracias a ellos, sean moneda corriente en la industria farmacéutica de los albores del siglo XXI. Pero sí sostengo, y creo que Esteban Donoso nos proporciona suficientes argumentos en su obra, que la justicia del régimen internacional de patentes de invención sigue estando inspirada por valores completamente trastocados.

El lucro por sobre la vida. La retribución al inventor por sobre el acceso a los medicamentos y la salud de las personas.

El contra argumento, claro está, será el de que si no se permite a las empresas farmacéuticas resarcirse de los cuantiosos gastos incurridos en la investigación y el desarrollo de los nuevos fármacos, desaparecerá el incentivo que éstas tienen para crear nuevos medicamentos para nuevas enfermedades.

Este contra argumento es falaz. Ni los gastos son tan cuantiosos, ni son las propias empresas las que realizan la investigación, ni los medicamentos que patentan son nuevos,

ni las enfermedades para las que buscan remedio son distintas de las que han venido aquejando a la humanidad desde siglos atrás.

Pero esto podría ser motivo para otro libro con el que nos favorezca Esteban Donoso. Baste por el momento, y casi para terminar, citar una cifra:

USD 12.000.000 (doce mil millones de dólares)

Es la cifra de ventas anuales durante 2010 de “Lipitor”, un antiolesterolémico de Pfizer. Calculen ustedes este monto durante 20 años de duración de la patente. Son \$240 mil millones de dólares. El actual presupuesto del estado del Ecuador es de 24 mil millones. Todas las ventas de **un** solo medicamento de Pfizer, durante la duración de la patente alcanzarían para financiar el estado ecuatoriano durante 10 años enteros.

Esteban Donoso nos propone que para subsanar los desequilibrios de este distorsionado régimen internacional las patentes tengan diferentes períodos de duración según sean explotadas en países desarrollados, donde tendrían su total duración, o en países de menor desarrollo, donde tal duración iría decreciendo.

La idea es muy buena.

Sería un muy buen primer paso...