

LAS MEDIDAS FRONTERIZAS NO PARAN LA INFLUENZA

En la frontera de los riesgos: balance y perspectivas
El Colegio de la Frontera Norte, Tijuana, BC
26 de agosto de 2011

Bradly J. Condon y Tapen Sinha *

Las medidas fronterizas no paran la influenza. Este artículo argumenta que (1) las restricciones comerciales y sobre el movimiento de las personas no son eficaces para prevenir la transmisión de la influenza transfronteriza; (2) las normas de la OMS y la OMC sobre las restricciones comerciales y sobre el movimiento de las personas no son eficaces para prevenir recurrir a ellas cuando hay una pandemia; (3) la cooperación en materia de salud pública y la planeación conjunta entre países vecinos son medidas más eficaces para enfrentar una influenza pandémica; (4) un país debe ayudar a su vecino con medicinas y equipos médicos a fin de preservar los intereses propios; y (5) los derechos de la propiedad intelectual no deben ser un impedimento para la cooperación en materia de salud pública regional.

I. Introducción

En 2009, el brote de un nuevo tipo de influenza ocurrió en ambos lados de la frontera entre México y Estados Unidos. Sin embargo, tal vez gracias a la rápida respuesta de México cuando el virus apareció en su capital, la Ciudad de México, se pensó que éste había tenido su origen en aquel país. Lo anterior provocó que varios países impusieran restricciones comerciales y de viaje al país azteca, a excepción de Estados Unidos y Canadá. La Unión Europea tampoco impuso restricciones, pero las contempló seriamente. Esta experiencia sugiere que una mayor coordinación internacional previa los brotes de enfermedad, como la cercana cooperación entre México, Estados Unidos y Canadá, podría hacer más para prevenir restricciones inapropiadas al comercio y al movimiento de personas que las leyes y reglamentos de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Las medidas en frontera no detienen la influenza. Por medidas en frontera nos referimos a las restricciones comerciales y de viaje. En la pandemia de la influenza A H1N1 de 2009, algunos países recurrieron a estas medidas, mientras que otros las evitaron. Sin embargo, esto no hizo ninguna diferencia. La cooperación cercana en materia de medidas de salud pública sí marca una diferencia. No obstante, los países vecinos también deben contar con un plan para compartir vacunas, equipo de laboratorio y otros materiales médicos. Esto es particularmente cierto en países vecinos cuando uno es desarrollado y otro en desarrollo, como sucede con Estados Unidos y México. Esa cooperación debe considerarse de interés propio, no como ayuda extranjera, debido a que las fronteras no detienen la propagación de enfermedades de contagio rápido como la influenza. Ayudar al vecino implica ayudarse a sí mismo. La necesidad de tal

* Los autores agradecen al Instituto Tecnológico Autónomo de México y de la Asociación Mexicana de Cultura A.C. por su generoso apoyo para la realización de esta investigación. Somos los únicos responsables por las expresiones aquí presentadas.

cooperación respecto a materiales médicos también implica reconsiderar derechos de propiedad intelectual.

Pero sorprendentemente, poco análisis sustantivo legal y de políticas ha resultado de la pandemia de 2009¹, pues la mayoría de la literatura se ha enfocado en los aspectos médicos².

El presente artículo está organizado de la siguiente manera. Primero consideramos los problemas que el Reglamento Sanitario Internacional (RSI 2005) debió resolver, como la necesidad de reportar rápidamente los brotes, la consecuente necesidad de minimizar las restricciones desproporcionadas sobre el comercio y los viajes en respuesta a los brotes, así como la necesidad de un liderazgo internacional para coordinar la respuesta global. Luego analizamos cómo los RSI son diseñados para lograr este objetivo y qué tan efectiva resultó esta herramienta durante la influenza de 2009. También consideramos las directrices de la OMS para la comunicación con el público durante la pandemia y evaluamos la efectividad de la estrategia de planeación y comunicación del gobierno mexicano para tratar la pandemia H1N1 en particular. Posteriormente evaluamos el papel del derecho de la OMC en regular el uso de restricciones comerciales como respuesta a los brotes de la enfermedad. Como último punto, analizamos el derecho de la OMC respecto a las licencias obligatorias de patentes.

Reglamentos Sanitarios Internacionales y la vigilancia de la enfermedad

El aumento de la frecuencia de las pandemias globales de influenza, junto con el brote de Síndrome Respiratorio Agudo Severo (SRAS) de 2003, ha resaltado la urgencia de mejorar la coordinación internacional, compartir información y minimizar el impacto

¹ Véase por ejemplo Condon, Bradly J. y Sinha, Tapen, “The Effectiveness of Pandemic Preparations: Legal Lessons from the 2009 Influenza Epidemic”, *Florida Journal of International Law*, Vol. 22, No. 1, 1-30 (April 2010); Sinha, T. y Condon, Bradly J., “Who is that Masked Person: The Use of Face Masks on Mexico City Public Transportation during the Influenza A (H1N1) Outbreak”, *Health Policy*, Vol. 95, (2010) 50–56; Parmet, Wendy E., “Pandemics, Populism and the Role of Law in the H1N1 Vaccine Campaign” (1 de marzo de 2011), *Saint Louis University Journal of Health Law & Policy*, Vol. 4, p. 113, 2011; Northeastern University School of Law Research Paper No. 48-2011. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1793203>; Gostin, Lawrence O., “Influenza A(H1N1) and Pandemic Preparedness Under the Rule of International Law”, *Journal of the American Medical Association*, Vol. 301, p. 2376, 2009; Georgetown University O’Neill Institute for National & Global Health Law Scholarship Paper No. 28. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1430929>; Carney, Terry y Bennett, Belinda, “Trade, Travel and Disease: The Role of Law in Pandemic Preparedness” (30 de septiembre de 2010), *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, Vol. 5, No. 2, pp. 301-330, septiembre 2010; Sydney Law School Research Paper No. 11/04. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1729456>; y Bennett, Belinda and Carney, Terry, Law, “Ethics and Pandemic Preparedness: The Importance of Cross-Jurisdictional and Cross-Cultural Perspectives” (11 de mayo de 2010), *Australian & New Zealand Journal of Public Health*, Vol. 34, No. 2, pp. 106-112, 2010; Sydney Law School Research Paper No. 10/51. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1604895>.

¹ Véase por ejemplo, Organización Panamericana de Salud et al, “Lecciones Aprendidas de la Pandemia Gripe A (H1N1) (2009)”, <http://www.infofrontera.org/lildbi/docsonline/fep002737.pdf>. También véase Red de Información Humanitaria para América Latina y el Caribe, EMERGENCIA: Influenza A/H1N1 en las Américas 2009-2010, 24-04-2009, <http://www.redhum.org/emergencias2.php?emergencia=293>.

² Véase por ejemplo, Organización Panamericana de Salud et al, “Lecciones Aprendidas de la Pandemia Gripe A (H1N1) (2009)”, <http://www.infofrontera.org/lildbi/docsonline/fep002737.pdf>. También véase Red de Información Humanitaria para América Latina y el Caribe, EMERGENCIA: Influenza A/H1N1 en las Américas 2009-2010, 24-04-2009, <http://www.redhum.org/emergencias2.php?emergencia=293>.

económico cuando dichos brotes se presentan³. Estas preocupaciones motivaron a la OMS a emitir directrices para la comunicación con el público durante la pandemia de 2004, y a los estados miembros de la OMS a adoptar revisiones sustantivas sobre el Reglamento Sanitario Internacional (RSI) en 2005⁴. En teoría, estos instrumentos han establecido un equilibrio entre los miedos de los países sobre los posibles impactos económicos de una respuesta transparente a la pandemia y las necesidades de salud pública que piden una acción rápida y compartir información. La experiencia del brote de pandemia de H1N1 de 2009 (de aquí en adelante “H1N1(09)”), particularmente en México, ha puesto en evidencia algunos de los problemas más enraizados en este ejercicio de equilibrio, los cuales no son siempre del tipo supuesto.

El artículo 2 del RSI (2005) establece el propósito y el ámbito de la regulación en los términos siguientes: “prevenir la propagación internacional de enfermedades, proteger contra esa propagación

. El objetivo de evitar la interferencia innecesaria con el tráfico y el comercio internacional refleja las preocupaciones de los países en relación con el impacto económico negativo de las respuestas desproporcionadas a los riesgos de salud pública sin una justificación científica. Muchos han sido los casos en ese sentido. Luego de un brote de cólera en Perú en 1991, y aunque la OMS y los Centros para el Control de las Enfermedades de Estados Unidos (CDC por sus siglas en inglés) encontraron que no había bases para las restricciones de viaje y comercio, la Comunidad Europea y otros países impusieron una prohibición a las importaciones de pescado y otros bienes perecederos, así como requisitos de inspección y restricciones sobre los viajeros procedentes del país andino. En 1994, luego de que India reportara un brote sospecho de plaga, y aunque la OMS había advertido que ninguna restricción al viaje o al comercio era apropiada, varios países cancelaron vuelos, cerraron fronteras a bienes y personas y emitieron recomendaciones de viaje⁵. Dichas respuestas explican la renuencia de ciertos países a informar sobre las amenazas de salud pública.

En ese sentido, el RSI (2005) refuerza las reglas del derecho de la OMC buscan desincentivar las restricciones excesivas e indeseadas al comercio sobre la base de consideraciones de salud pública. Las características mutuamente complementarias del RSI y el derecho de la OMC han sido extensamente analizadas⁶. En conjunto, estas disciplinas prevén obligaciones, incentivos y garantías suficientes para instar a los Estados a informar rápidamente sobre los brotes de enfermedades infecciosas. No

³ Para una discusión más detallada sobre la pandemia de la influenza y SRAS, véase Condon, Bradley J. y Sinha, T., “Chronicle of a Pandemic Foretold: Lessons from the 2009 Influenza Epidemic” (3 de mayo de 2009), disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1398445>.

⁴ Best practices for communicating with the public during an outbreak. Report of the WHO Expert Consultation on Outbreak Communications held in Singapore, 21–23 September 2004.

⁵ von Tigerstrom B., “The Revised International Health Regulations and Restraint of National Health Measures”, *Health Law Journal*, Vol. 13, No. 35, 2005.

⁶ Véase por ejemplo Blum, John D. “Law as Development: Reshaping the Global Legal Structures of Public Health”, *Mich. St. J. Int'l L.*, Vol. 12, No. 207, 2004; Byrne, David, “Is There a Lawyer in the House: The Law of Global Public Health”, *J.L. Med. & Ethics*, Vol. 33, No. 19, 2005; Lee, Emily, *The World Health Organization's Global Strategy on Diet, Physical Activity, and Health: Turning Strategy Into Action*, *Food Drug L.J.*, Vol. 60, No. 569, 2005; Miano, Timothy, J., “Understanding and Applying International Infectious Disease Law: U.N. Regulations During an H5N1 Avian Flu Epidemic”, *Chi.-Kent J. Int'l & Comp. L.*, Vol. 6, No. 26, 2006; y Sapsin, Jason, *International Trade Agreements: Vehicle for Better Public Health?*, *J.L. Med. & Ethics*, Vol. 33, No. 111, 2005.

obstante, estos incentivos dependen de las rápidas y efectivas recomendaciones de la OMS, que conjuntamente con el derecho de la OMC, reducirán el riesgo de daño económico causado por restricciones comerciales desproporcionadas. El brote de la influenza de 2009 demostró que aunque las recomendaciones de la OMS fueron dadas a conocer relativamente rápido, es poco probable que sean efectivas para prevenir el uso desproporcionado de restricciones al comercio y a los viajes. Inclusive, es poco factible que el derecho de la OMC impida a los países tomar medidas cuya pertinencia sólo puede ser determinada con el paso del tiempo.

Los Estados miembros tenían como plazo hasta junio de 2009 para evaluar su habilidad para cumplir con los requisitos esenciales de vigilancia del RSI (2005) e implementar un plan para asegurar su cumplimiento. La disminución del riesgo de restricciones comerciales desproporcionadas reforzaría los incentivos económicos para cumplir con los requisitos de vigilancia. Mientras que el RSI (2005) contempla normas que desincentivan el uso de esas restricciones como respuesta a los brotes de enfermedad, las restricciones relacionadas con la salud están reguladas por la OMC. Cómo asegurar que los incentivos creados por el sistema legal internacional funcionen efectivamente en la regulación de las respuestas a los brotes de enfermedades infecciosas, es una pregunta que sigue abierta.

Un importante objetivo de los poderes regulatorios de la OMS es armonizar la conducta nacional a través de estándares internacionales basados en principios científicos y de salud pública⁷. El Reglamento Sanitario Internacional de 1969 (de aquí en adelante, “RSI (1969)”), que se enfocó en la notificación relativamente pasiva y en las medidas de control para el cólera, la plaga, la fiebre amarilla y la viruela, fue inefectivo para lidiar con las crisis globales de salud pública más recientes, incluyendo el VIH/SIDA, el SRAS y la amenaza de una influenza pandémica. El RSI (1969) también limitó la capacidad de la OMS para responder a nuevos brotes de enfermedad pidiéndole confiar en las notificaciones oficiales por encima de otras fuentes. Los estados miembros de la OMS no cumplieron con el RSI (1969), pues no le notificaban a la OMS los casos de enfermedad y aplicaban medidas de salud excesivas más allá de aquellas permitidas por el RSI (1969)⁸. El riesgo de pérdidas económicas debido a las desproporcionadas restricciones comerciales y de viaje creó un desincentivo para reportar los brotes de enfermedades infecciosas.

El RSI (2005) introdujo un nuevo sistema de vigilancia para todas las enfermedades y eventos que puedan constituir “una emergencia de salud pública de importancia internacional”⁹. El RSI (2005) amplía la cobertura de las enfermedades, los requisitos de notificación y las fuentes de información que la OMS puede usar para los brotes de enfermedad. El RSI (2005) también determina los estándares para las respuestas de salud pública a la propagación internacional de la enfermedad, pero permite que los Estados tengan una discreción considerable respecto a la implementación a nivel nacional.

⁷ Fidler, D., “The Future of the World Health Organization: What Role for International Law?”, 31 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 31, No. 1079, 1998.

⁸ von Tigerstrom, B., “The Revised International Health Regulations and Restraint of National Health Measures”, *Health Law Journal*, Vol. 13, No. 35, 2005.

⁹ International Health Regulations, 2005, WHA 58.3, Fifty-Eighth World Health Assembly, http://www.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA58/WHA58_3-en.pdf.

La obligación central de los países es informar los brotes de enfermedad a la OMS. El artículo 6 del RSI (2005) requiere que los Estados le notifiquen a la OMS todos los eventos que puedan constituir una emergencia de salud pública de importancia internacional dentro de su territorio, y cualquier medida sanitaria que haya sido implementada como respuesta a esos eventos. Al formular sus recomendaciones, el artículo 9 le permite a la OMS considerar informes de otras fuentes que no sean las notificaciones o consultas del Estado afectado.

Además de estas obligaciones, el surgimiento de las modernas tecnologías de comunicación les ha dado a los países un incentivo para reportar los brotes de enfermedad a la OMS con la finalidad de asegurar la precisión del informe de dicha institución. Esas tecnologías (teléfonos móviles, correo electrónico e Internet) hacen que sea difícil para los países suprimir la información referente a enfermedades contagiosas. Una vez que se revela la existencia de un brote, el nivel del riesgo para la salud pública y la efectividad de la respuesta del país afectado influye en la reacción de los otros países (restricciones de comercio y viaje) y en las consecuencias económicas de reacciones.

No obstante, el brote de A(H1N1) demuestra que la supresión de la información no es el único asunto que influye en la rapidez para reportar los brotes de la enfermedad. El brote mismo debe ser detectado ágilmente; ese fue el caso de México, una vez que se percató que no se trataba de una influenza estacionaria¹⁰. Sin embargo, luego parecía que la pandemia H1N1(09) probablemente había empezado mucho antes¹¹. En ese entonces, los funcionarios de salud la confundieron con la influenza estacionaria debido a que coincidió con la temporada de la influenza normal, y fue relativamente suave¹².

El RSI (2005) establece un Comité de Emergencia para expresarle al Director General su perspectiva sobre la existencia y la conclusión de una emergencia de salud pública de importancia internacional y sobre las recomendaciones temporales propuestas. Una vez que el Director General determina que dicha emergencia existe, puede emitir recomendaciones temporales en relación con las medidas que el Estado afectado o los Estados afectados deben tomar para prevenir o reducir la propagación internacional de la enfermedad y evitar una interferencia innecesaria al tráfico i

que otras opciones razonablemente disponibles con las cuales se lograría un nivel “adecuado” de protección sanitaria¹³.

¹⁰ Condon, Bradley J. y Sinha, Tapen, “Diario de la peste”, *Nexos*, Vol. 31, No. 378, pp. 29-37, junio de 2009.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Condon y Sinha, *op. cit.*, nota 1, Anexo A.

¹³ El lenguaje del artículo 17 recoge parte de los criterios legales aplicados en el derecho de la OMC a las medidas de salud restrictivas con el comercio con el objetivo de determinar si pueden ser justificadas bajo las excepciones generales del artículo XX (b) del Acuerdo sobre Aranceles Aduaneros y Comercio o permitidas bajo el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias o el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio. No obstante, de acuerdo al GATT, los países tienen la libertad de determinar su nivel de protección sanitaria y pueden incluso establecer un enfoque de cero tolerancia. Esta redacción parece sugerir que las recomendaciones del Director General de la OMS se desvían de un simple nivel de protección “apropiado” (sea cual fuere).

Antes del brote de la pandemia H1N1(09), algunos analistas creyeron que aunque el Director General de la OMS declarara una emergencia de salud pública de importancia internacional y emitiera recomendaciones, los países afectados no aceptarían dichas recomendaciones y buscarían negociar un compromiso, como sucedió en el caso de Canadá en SRAS¹⁴. Sin embargo, las predicciones no se cumplieron cuando México enfrentó el brote de esta influenza, resaltando así la naturaleza imprevista de la epidemia y de la respuesta gubernamental.

México se prepara para la pandemia

México se había preparado para la pandemia con anterioridad¹⁵. Estudios de pandemias previas persuadieron al gobierno mexicano que los beneficios de planear la pandemia excedían los costos. Por lo tanto, el país azteca implementó su plan casi a la letra cuando el 23 de abril se confirmó el nuevo virus¹⁶

México es el único país en desarrollo miembro del Grupo Global de Acción Sanitaria y de Seguridad, una red de comunicación de salud pública cuyos miembros son Canadá, Japón, Estados Unidos y algunos países europeos¹⁷. Las críticas respecto a la respuesta del gobierno mexicano ignoran la complejidad de poder reconocer y responder a una inesperada emergencia de salud pública¹⁸. El gobierno mexicano sabía que una pandemia de gripe podría infectar al 25-35% de la población. Un modelo basado en las pandemias anteriores predijo el siguiente impacto probable en el peor escenario posible de una pandemia en México, asumiendo una duración de ocho semanas, la cual encontraría su pico en la quinta semana, con 25% de la población infectada y 17% con complicaciones de alto riesgo: 21.522-117.461 muertes; 80.727-352.513 hospitalizaciones; 11.798.789- 20.710.591 consultas médicas; 278% en el uso de la capacidad del hospital en la primera semana y 912% en la quinta semana; 58% en el uso de la capacidad del ventilador en la primera semana y 269% en la quinta; 9.084,7 millones de pesos mexicanos (US\$ 672,9 millones a 13.5) en costos directos y 148.853,8 millones de pesos mexicanos (US\$ 11.026,2 millones) en costos indirectos (1,6% of PIB anual)¹⁹.

¹⁴ Suk, J., "Sound Science and the New International Health Regulations", *Global Health Governance*, Vol. 1, No. 2, otoño de 2007, disponible en <http://www.ghgj.org>.

¹⁵ En julio de 2006 México aprobó legislación que ordenaba la creación de un Plan Nacional de Preparación y Respuesta ante una Pandemia de Influenza y un Comité Nacional para la Seguridad en Salud y elaboró un plan obligatorio para todos los niveles del sistema de salud nacional. Véase Acuerdo del Consejo de Salubridad General por el que se Establecen las Actividades de Preparación y Respuesta ante una Pandemia de Influenza, DOF, 19 de julio de 2006. El Plan Nacional fue publicado en agosto de 2006. Véase Plan Nacional de Preparación y Respuesta ante una Pandemia de Influenza, http://www.fao.org/docs/eims/upload/221482/national_plan_ai_mex_es.pdf, consultado el 1 de mayo de 2009. El plan establece las directrices generales para la preparación y la respuesta ante una influenza de pandemia para mitigar el impacto de una influenza pandémica en México. El gobierno mexicano también preparó una Guía para la Preparación de Instituciones ante una Pandemia de Influenza.

¹⁶ Condon, Bradley J., y Sinha, T., *op. cit.*, nota 10, p. 31.

¹⁷ Véase el sitio web de Global Health Security Initiative website en <http://www.ghsi.ca/english/background.asp>.

¹⁸ Frenk, J., "Mexico's Fast Diagnosis", *New York Times*, 30 de abril de 2009, disponible en www.nytimes.com.

¹⁹ Kuri, P., Mexican Ministry of Health, "Preparación para la respuesta ante una Pandemia de Influenza", Presentación a la Facultad del ITAM, 29 de noviembre de 2007.

La preparación de México para la pandemia contemplaba tres tipos de medidas. Primero, las intervenciones médicas se enfocarían en medicamentos antivirales, vacunas, atención médica y equipo de protección personal (como guantes y máscaras)²⁰. En esa categoría, México hizo un acopio previo de medicamentos antivirales, brindó atención médica independientemente de la cobertura de salud de la persona y distribuyó máscaras quirúrgicas cuando ocurrió el brote²¹. Sin embargo, el acopio mexicano de medicamentos antivirales durante la primera semana del evento fue solamente para 1,4 millones de tratamientos, apenas suficiente para el 1,3% de la población²². La vacunación no era una opción inicialmente, excepto para la gripe estacionaria, debido a que tomaría varios meses fabricar una vacuna para el virus de A(H1N1)²³. Asimismo, cuando la epidemia se desató, México todavía estaba en el proceso de expandir su capacidad manufacturera, la cual estaba programada para concluirse en 2011²⁴.

En segundo lugar, ninguna intervención médica se enfocaría en la higiene personal (como lavar las manos), restricciones de viaje, cuarentena, distanciamiento social (cierre de escuelas) y comunicación de riesgos²⁵. En este sentido, el gobierno mexicano le aconsejó a la gente las medidas de higiene personal a través de anuncios públicos (incluidas las conferencias de prensa del Presidente Calderón), implementó un distanciamiento social de forma progresiva (desde el cierre de escuelas hasta la cancelación de eventos públicos e interrupción de todos los servicios no esenciales y le sugirió a la gente evitar lugares abarrotados o cerrados) y siguió las directrices de la OMS para comunicarse con el público durante el brote²⁶. El gobierno no impuso restricciones de viaje o cuarentenas debido la determinación de los CDC y de la OMS de que la contención no era viable y que los esfuerzos debían enfocarse en la mitigación²⁷.

En tercer lugar, el mantenimiento de los sistemas económicos y sociales le daría prioridad a la seguridad y a la ley, el abastecimiento de agua y alimento, la energía, el transporte, las telecomunicaciones y los servicios financieros²⁸. Cuando el gobierno interrumpió los servicios no esenciales del 1 al 5 de mayo, estas áreas no solamente se dejaron operando, sino que extendieron sus horas²⁹. Estas medidas buscaban retrasar el pico de la epidemia, y por lo tanto reducir el número de casos y el costo de los servicios de salud que de otra manera se requerirían (ver figura 1)³⁰.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Condon, Bradley J. y Sinha, T., *op. cit.*, nota 1, Anexo A.

²² *Ibidem*.

²³ Keiji Fukuda de la OMS declaró el 8 de julio de 2009 que el nuevo virus sería entonces llamado por este nombre. Véase http://www.who.int/mediacentre/Pandemic_h1n1_presstranscript_2009_07_07.pdf. Sin embargo, este nombre no había aceptado universalmente. En agosto de 2009, el CDC lo siguió llamando el “nuevo virus H1N1”.

²⁴ En 2008, el gobierno mexicano anunció la adquisición de una plan de manufactura que tendría la capacidad de producir anualmente 20 millones de dosis de vacuna y firmó un acuerdo con Sanofi Aventis para producir vacunas en México conjuntamente con el laboratorio Laboratorios de Biológicos y Reactivos de México, SA de CV (Birmex), propiedad del Estado, *El Universal*, 30 de abril de 2009.

²⁵ Kuri, P., *op. cit.*, nota 19.

²⁶ Condon, B. y Sinha, T., *op. cit.*, nota 1, Anexo A.

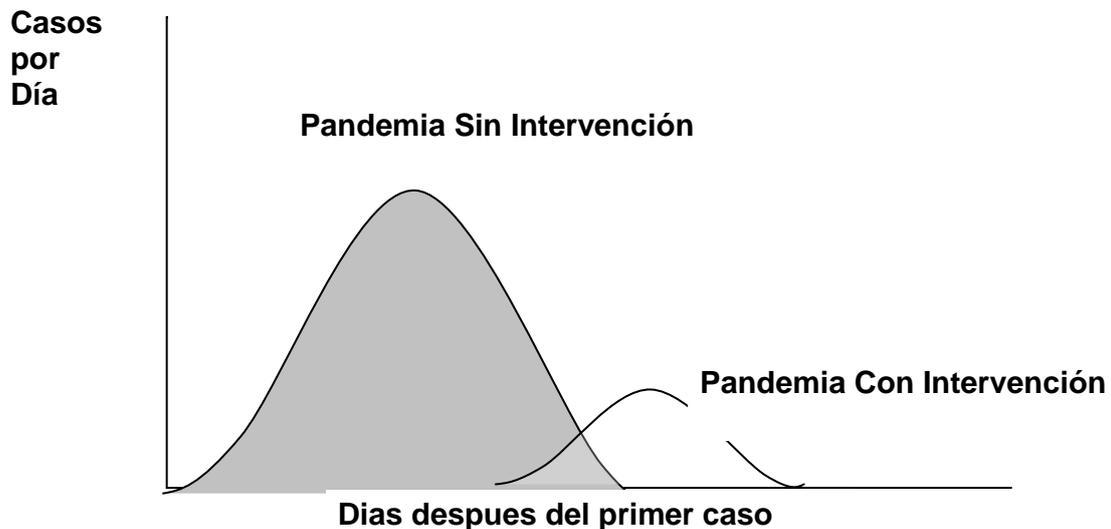
²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Kuri, P., *op. cit.*, nota 19.

²⁹ Condon, B. y Sinha, T., *op. cit.*, nota 1, Anexo A.

³⁰ Interim Pre-pandemic Planning Guidance: Community Strategy for Pandemic Influenza Mitigation, CDC, febrero 2007.

Motivo de Intervención



Fuente: <http://www.pandemicflu.gov/plan/community/commitigation.html>

Muchas personas estaban contrariadas y alarmadas por las dramáticas medidas implementadas por México en respuesta a la epidemia, tanto en el país como en el extranjero³¹. Pero los expertos en pandemia no lo estaban. De hecho, la Directora General de la OMS en varias ocasiones elogió al gobierno mexicano por su respuesta ante la epidemia³². Esta dramática respuesta había sido planeada por varios años. La preparación de la pandemia por parte de México y su respuesta ante el virus estuvo basada en inteligencia de alto nivel y en la cercana cooperación con las economías más avanzadas del mundo, particularmente con Canadá y Estados Unidos³³.

No obstante, había algunas fallas en la preparación pandémica de México, como por ejemplo, una insuficiente disponibilidad de máscaras, guantes y batas, por lo que México requería de donaciones de otros países, como China y Japón³⁴. Un insuficiente equipo de evaluación forzó a México a reportar los casos sospechosos cuando EE.UU. solamente estaba informando sobre los casos confirmados, lo que dio la impresión inicial de que la situación era mucho peor en México³⁵. El acopio mexicano de medicinas antivirales, aunque suficientes para ese brote, estaban muy por debajo de lo que se necesitaba para una situación más seria³⁶. Este podría ser un factor en la decisión de México para responder de manera agresiva como lo hizo con medidas de mitigación. Si el gobierno mexicano no hubiera atendido el pico como lo hizo, probablemente México hubiera presentado más casos³⁷. En esa situación, su abastecimiento de medicinas antivirales probablemente hubiera sido inadecuado y la compra de más

³¹ Condon, B. y Sinha, T., *op. cit.*, nota 1, Anexo A.

³² *Ibidem.*

³³ Kuri, P., *op. cit.*, nota 19.

³⁴ Condon, B. y Sinha, T., *op. cit.*, nota 1, Anexo A.

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ *Idem.*

³⁷ *Idem.*

medicinas hubiera sido difícil. Asimismo, la capacidad de manufactura de medicamentos por parte de México es insuficiente³⁸. Mientras que la expansión de esa capacidad era parte de su preparación para la pandemia³⁹, ya era tarde para hacerle frente.

Hubo una falta de coordinación entre los diferentes niveles de gobierno, sobre todo entre la Ciudad de México y los gobiernos federales, los cuales a diario dieron conferencias de prensa respecto a las más recientes estadísticas de la influenza en sus respectivas jurisdicciones⁴⁰. Diferentes partidos políticos ocupaban el gobierno del Distrito Federal (PRD) y la presidencia (PAN), lo que generó una competencia sobre la percepción pública de quién estaba desempeñándose mejor haciendo frente a la crisis⁴¹. Esta falta de coordinación posiblemente estaba ligada a las siguientes elecciones en el Congreso de Estados Unidos en Julio de 2009 y a las presidenciales de 2012⁴². La política de partidos deben dejarse de lado en una emergencia de esta naturaleza y el gobierno debe hablar con una sola voz. En la planeación de la pandemia deben determinar reglas específicas con anterioridad. Finalmente, como en el resto del mundo, México asumió que la epidemia empezaría en Asia⁴³. Esta suposición resultó estar equivocada. La planeación de una pandemia debe considerar que la misma puede empezar en cualquier lado.

Pruebas de preparación pandémica del brote de H1N1

El brote de H1N1 fue el primer examen para el RSI y la OMS. La respuesta de la organización mundial fue mejor que lo que muchos expertos sospecharon. La respuesta de México fue también mucho mejor de lo que muchos esperarían de un país en desarrollo. Sin embargo, el brote también reveló flaquezas en el nuevo marco internacional para compartir información. Aquí brindamos varias observaciones relevantes al respecto.

En primer lugar, México cumplió con sus obligaciones de reportar sus brotes a la OMS⁴⁴. Lo anterior sugiere una comprensión de sus obligaciones y de los incentivos para informar sobre los brotes.

En segundo lugar, el retraso de México en reportar lo que después se convirtió en el virus H1N1(09) ocurrió debido a una experiencia o equipo técnico insuficiente, en lugar de un deseo de esconder el brote mismo⁴⁵. La figura 2 muestra cuándo sucedió el brote de H1N1(09) en relación con la gripe estacionaria en México. La tendencia semanal fue inusual a finales de abril. Pero dicho pico no estaba para nada cerca del pico que de enero de 2009. Aún con ese pico, el nivel era menor que lo sucedido en noviembre de 2008. Por lo tanto, no había evidencia de que el gobierno mexicano hubiera retrasó su informe. Por el contrario, lo reportó con base en los casos sospechosos, incluso antes de que hayan sido confirmados⁴⁶.

³⁸ *Idem.*

³⁹ Kuri, P., *op. cit.*, nota 19.

⁴⁰ Condon, B. y Sinha, T., *op. cit.*, nota 10.

⁴¹ Condon, B. y Sinha, T., *op. cit.*, nota 1, Anexo A.

⁴² *Ibidem.*

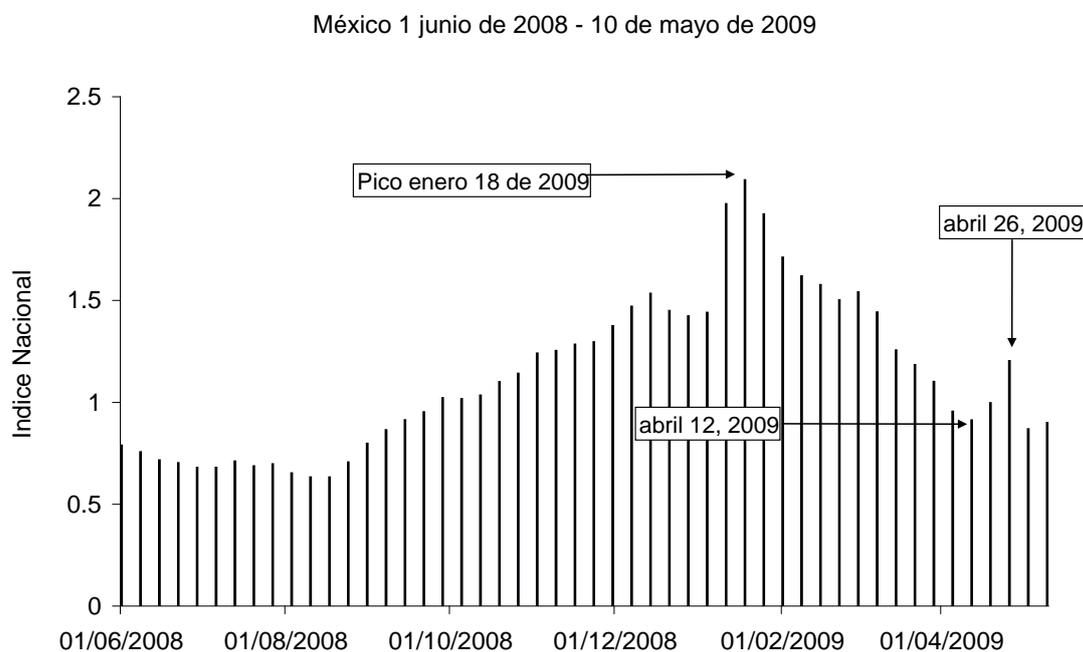
⁴³ *Idem.*

⁴⁴ Condon, B. y Sinha, T., *op. cit.*, nota 10, p. 30.

⁴⁵ Condon, B. y Sinha, T., *op. cit.*, nota 1, Anexo A.

⁴⁶ *Ibidem.*

Figura 2: Una alza inusual de la gripe a finales de la temporada



Fuente: <http://www.google.org/flutrends/>

Esto podría sugerir que la obligación de reportar brotes podría ser inefectiva cuando se carece de la experiencia y el equipo técnico adecuados. No obstante, Estados Unidos también experimentó retrasos, aunque sus primeros casos más o menos sucedieron al mismo tiempo que los primeros casos de México⁴⁷. Por lo tanto, es posible que haya sido difícil detectar algunos brotes, o confirmar su seriedad de una forma rápida, independientemente del nivel de experiencia y equipo técnico. Podría ser que incluso el momento del brote y la naturaleza del virus fueron las causas fundamentales de cualquier tipo de retraso.

En tercer lugar, la Directora General de la OMS declaró una emergencia pública de importancia internacional después de 48 horas de la confirmación del laboratorio de que el virus mexicano era nuevo y que era el mismo que en Estados Unidos⁴⁸. Aunque algunos hubieran preferido que sucediera una respuesta más rápida, contradice la especulación anterior de que la Directora General de la OMS no deseaba hacer tal declaración.

En cuarto lugar, dos días después de la declaración, la OMS aumentó el grado de alerta al nivel 4 y emitió recomendaciones, y dos días después nuevamente incrementó la alerta al nivel 5⁴⁹. Aunque a algunos les hubiera gustado ver una respuesta más rápida, esto contradice la especulación previa de que la Directora General de la OMS no quería

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ *Idem.*

hacer recomendaciones. Después de la declaración de alerta del nivel 5, había cierta especulación respecto a si la OMS aumentaría una vez más el nivel de alerta a 6, que el más alto. La declaración sucedió mucho después, el 11 de junio de 2009⁵⁰.

En quinto lugar, un número significativo de países – de diferentes partes del mundo y con distintos niveles de desarrollo económico – decidieron ignorar las recomendaciones de la Directora General de la OMS al introducir restricciones al comercio y a los viajes⁵¹. A diferencia de la obligación de reportar, las recomendaciones de la OMS no son vinculantes⁵². Por lo tanto, ese tipo de recomendaciones no fue efectivo en minimizar el daño económico causado por las restricciones desproporcionadas al comercio y a los viajes, las cuales fueron más severas para México en comparación con otros países afectados⁵³. A pesar de los primeros casos confirmados en Estados Unidos y México, sucedidos más o menos al mismo tiempo, y el mayor número de casos que luego ocurrió en Estados Unidos, muchos pensaron que México era el origen del virus, pero sin ninguna evidencia científica sólida que confirmara esta conclusión⁵⁴.

En la figura 3a (abajo), mostramos el número de casos confirmados en los tres países de Norteamérica. Aunque México empezó con un número más elevado de casos confirmados, los números de Estados Unidos excedieron los casos mexicanos el 7 de mayo de 2009, dos semanas después de que surgiera la pandemia. El trato discriminatorio hacia México se vuelve evidente. Si uno compara los casos confirmados por millón de personas en Canadá y México, éste está a la cabeza (ver Figura 3b). No obstante, la diferencia entre Estados Unidos y Canadá se diluye.

Figure 3a: Total de casos confirmados en Norteamérica (23 de abril de 2009 – 14 de mayo de 2009)

⁵⁰ Declaración a la prensa de la Directora General de la OMS, Dra. Margaret Chan, 11 de junio de 2009, http://www.who.int/mediacentre/news/statements/2009/h1n1_pandemic_phase6_20090611/en/index.html

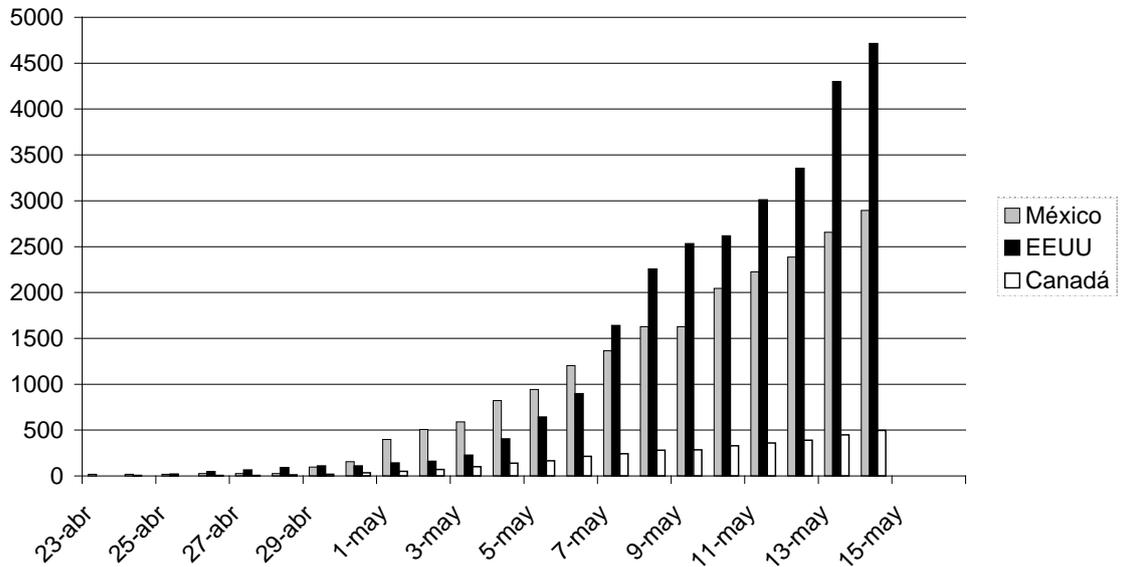
⁵¹ Véase Tabla 1, *infra*.

⁵² Reglamento Sanitario Internacional (2005), *op. cit.*, nota 9.

⁵³ Véase Tabla 1, *infra*.

⁵⁴ Condon, B. y Sinha, T., *op. cit.*, nota 1, Anexo A.

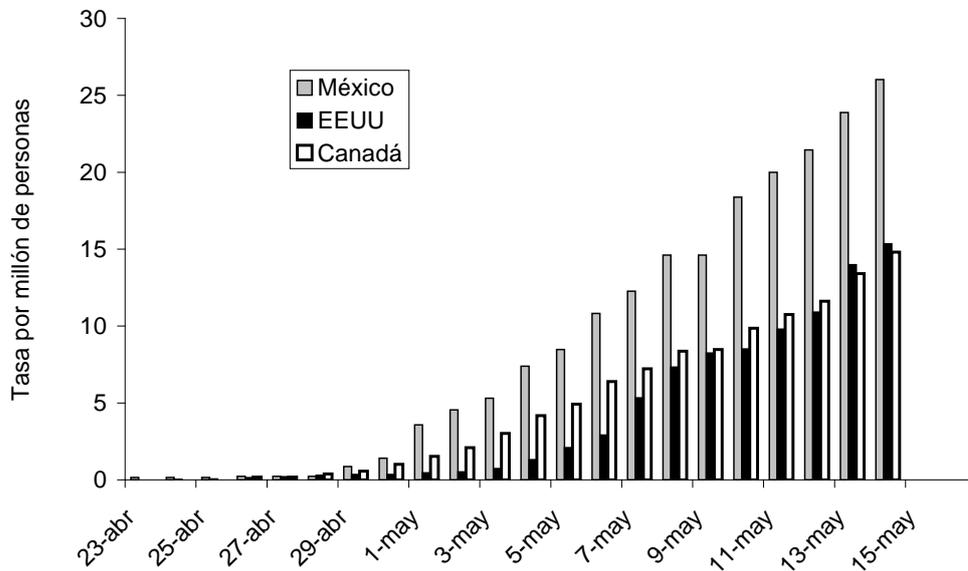
Casos Confirmados



(Fuentes: CIA Factbook (populations, est. July 2009), WHO, Public Health Canada, CDC, Secretaria de Salud (Mexico))

Figure 3b: Casos confirmados por millón de personas en Norteamérica (23 de abril de 2009 – 14 de mayo de 2009)

Casos por millón



(Fuentes: CIA Factbook (poblaciones, est. julio 2009), OMS, Public Health Canada, CDC, Secretaría de Salud (México))

La percepción de que México era la fuente del problema sucedió principalmente por tres razones. Primero, México comenzó a reportar los *casos sospechosos* (un número mucho mayor que los casos confirmados) mientras que Estados Unidos sólo reportó los *casos*

*confirmados*⁵⁵. Segundo, México aplicó serias medidas de mitigación antes y de forma más amplia que otros países⁵⁶. Esto no solamente le ayudó a México a contener un número mayor de casos en su territorio, sino que también evidenció un compromiso serio para afrontar una amenaza global de salud, la cual también beneficiaba a otros países⁵⁷. En tercer lugar, la mayoría de los casos confirmados inicialmente fuera de México estaban ligados a los viajes hacia dicho territorio⁵⁸. Los primeros casos confirmados en Estados Unidos son una importante excepción a ese patrón⁵⁹. Por lo tanto, las medidas de comercio y viaje discriminatorias a México más bien basaron en una *percepción de riesgo* en lugar de una prueba científica del mismo. Uno solamente necesita comparar el número de casos confirmados en México en el momento en que muchas de estas restricciones fueron implementadas en contra de México con el número de los casos confirmados en otros lugares cuando las restricciones fueron implementadas (o no) en contra de otros países (ver Tabla 1 abajo).

Tabla 1 Casos confirmados (sospechosos) vs. restricciones comerciales y de viaje

Fecha	Casos Confirmados (posibles)	Restricciones a los pasajeros	Restricciones al comercio
23 de abril	°	--	--
24 de abril	México 18(1004); EUA 7(NA)	Brasil, Chile, Perú, Colombia, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, El Salvador y Panamá inician controles sanitarios a los pasajeros procedentes de México.	--
25 de abril	México 18(1400); EUA 20(NA)	Japón empieza a controlar los pasajeros de México que traigan fiebre. Argentina, Costa Rica, República Dominicana y Honduras inician controles sanitarios a los pasajeros procedentes de México.	Nicaragua restringe las importaciones de cerdo procedentes de México.
26 de abril	México 26(1614); EUA 40(NA); Canadá 6(NA)	EUA inicia la "vigilancia pasiva" a las llegadas de México. China y Rusia implementan cuarentenas. Hong Kong aconseja a sus residentes no viajar a México. Malasia, Corea del Sur y Japón revisan a todos los pasajeros aéreos para detectar signos de la enfermedad.	--
27 de abril	México 26(1995); EUA 64(NA); Canadá 6(NA)	El CDC recomienda que los estadounidenses eviten los viajes no-esenciales a México. La ministro de salud de la Unión Europea también pide a los europeos no realizar ningún viaje a México que no sea esencial, pero luego desmiente haber publicado una directiva.	China y Rusia prohíben las importaciones de cerdo procedentes de México y de varios estados afectados en EUA. Líbano prohíbe las importaciones de cerdo procedentes de Canadá, México y Estados Unidos.
28 de abril	México 26(2498); EUA 91(NA); Canadá 13(NA)	Reino Unido, Canadá, Francia, Alemania y Suiza recomiendan no hacer viajes no-esenciales a México. Australia recomienda a sus ciudadanos que viajen a Canadá consultar un médico si desarrollan síntomas. India y Malasia advierten a sus ciudadanos no viajar a México, Canadá o Estados Unidos. Japón requiere a los Mexicanos solicitar visas previamente a su llegada e impone cuarentenas en situaciones sospechosas. Reino Unido comunica a sus ciudadanos en México que consideren salir del país. Cuba y Argentina suspenden los vuelos a México por 48 horas. Air Canada, Westjet y Air Transat suspenden sus vuelos a los destinos de playa en México.	--
29 de abril	México 97(NA); EUA 109(NA); Canadá 19(NA)	Ecuador y Perú suspenden los vuelos a México. El ministro de salud de Francia propone que se suspendan todos los vuelos de la Unión Europea hacia México. Cinco líneas marítimas suspenden sus escalas de cruceros en México.	China prohíbe las importaciones de cerdos y productos de cerdo procedentes de México y

⁵⁵ *Ibidem.*

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ *Idem.*

			tres estados de EUA.
30 de abril	México 156(NA); EUA 109(NA); Canadá 34(NA)	La Unión Europea rechaza la propuesta francesa de suspender los vuelos a México. Taiwán publica una alerta roja para solicitando a sus ciudadanos no viajar a México; y una alerta amarilla en el caso de viajeros hacia Canadá y EUA.	--
1 de mayo	México 397(NA); EUA 141(NA); Canadá 51(NA)	Hong Kong declara un hotel en cuarentena. China suspende los vuelos de Shangai a México. Nestlé prohíbe a sus ejecutivos viajar a EUA y México.	--
2 de mayo	México 506(NA); EUA 160(NA); Canadá 70(NA); Unión Europea 39	Las autoridades de salud chinas imponen cuarentena a 164 de los 189 pasajeros de un vuelo de México a Shangai.	Ucrania, Filipinas y Serbia prohíben los productos de cerdo procedentes de Estados Unidos. Indonesia prohíbe el cerdo procedente de México, EUA, Francia, Canadá, Israel, España y Nueva Zelanda.
3 de mayo	México 590(NA); EUA 226(NA); Canadá 101(NA); Unión Europea 91	China mantiene la cuarentena a los mexicanos.	China detiene las importaciones de cerdo de la provincia canadiense de Alberta. .

4 de mayo	México 822(NA); EUA 403(NA); Canadá 140(NA); Unión Europea 107	Argentina declara que suspendió los vuelos a México debido a los brotes estacionales de influenza y dengue. China pone en cuarentena a 25 estudiantes canadienses y 2 ciudadanos estadounidenses. China también incrementa a 6 días el plazo de espera para obtener visas en Estados Unidos.	20 países prohibieron las importaciones de cerdo y otras carnes procedentes de países que reportaron infecciones. Rusia extiende la prohibición de importar cerdo a Canadá y España pero retira la prohibición a algunos estados de EUA.
5 de mayo	México 942(NA); EUA 642(NA); Canadá 165(NA); Unión Europea 127	México envía avión para que puedan regresarse los mexicanos detenidos bajo cuarentena en China. China envía avión para regresar a los chinos que permanecen en México. China aplicó la cuarentena a los canadienses y mexicanos basándose en la nacionalidad. Singapur ordena una cuarentena de siete días a todos los pasajeros procedentes de México, Canadá y EUA.	--

Notas: Los números sobre casos confirmados se basan en los informes de la OMS, con la fecha cambiada a un día anterior al informe para tomar en cuenta que existe un rezago de un día para que las cifras de Norteamérica sean reportadas en Ginebra. Las restricciones a los pasajeros y al comercio se basan en lo que reportaron los medios de comunicación. México empezó a examinar los casos posibles el día 28 de abril, por lo que los casos confirmados empezaron a incrementarse a partir de esa fecha.

En sexto lugar, la OMC fue notoriamente lenta en abordar las desproporcionadas restricciones al comercio, a pesar de que es la organización internacional con jurisdicción sobre tales materias⁶⁰. La respuesta inicial del Director General de la OMC cuando fue abordado por un reportero, únicamente fue en el sentido de que los miembros de la OMC no le había notificado formalmente a la OMC de ninguna restricción al comercio⁶¹. A dicha institución le tomó ocho días después del inicio de la epidemia para emitir un comunicado conjunto con la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), la Organización Mundial de Sanidad Animal y la OMS respecto a que los productos de cerdo tratados de acuerdo a las prácticas de higiene correspondientes, no eran un foco de infección del virus H1N1(09)⁶². La OMC es una organización conducida por sus miembros, lo que establece límites a las capacidades del Director General para responder de manera rápida ante el uso desproporcionado o injustificado de restricciones al comercio durante los brotes de enfermedad cuando no existen notificaciones o quejas formales⁶³. Lo anterior sugiere que las reglas de la OMC deben modificarse para permitirle al Director General tomar acciones ante este tipo de situaciones, como sucedió con el RSI (2005), el cual le permitió a la OMS recabar información de los brotes de enfermedad de fuentes no gubernamentales.

Asimismo, la falta de acceso a los equipos precisos de pruebas obstaculizó la capacidad de México para confirmar rápidamente la causa de muerte y enfermedad⁶⁴. Esto llevó a la percepción de que la epidemia de México era mucho peor que la de cualquier otro país⁶⁵. Como hemos señalado anteriormente, mientras que inicialmente México reportó los casos sospechosos día con día, Estados Unidos se limitó a la divulgación de la información de los casos confirmados, lo que reforzó la percepción de que México

⁶⁰ *Idem.*

⁶¹ *Idem.*

⁶² *Idem.*

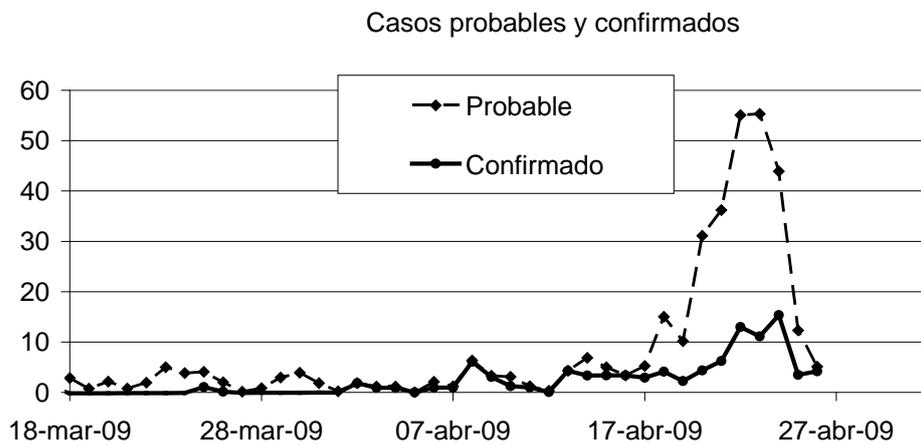
⁶³ Condon, Bradly J., *El Derecho de la Organización Mundial de Comercio: Tratados, Jurisprudencia y Práctica*, 2007, p. 74.

⁶⁴ Condon, B. y Sinha, T., *op. cit.*, nota 1, Anexo A.

⁶⁵ *Ibidem.*

estaba mucho más afectado que su vecino del norte⁶⁶. Esta percepción dio lugar a restricciones comerciales y de viaje más graves para México en comparación con Estados Unidos o con cualquier otro país (ver Tabla 1), así como medidas nacionales de mitigación más severas que en otros lugares. Una vez que México tuvo la capacidad para analizar muestras, constriñó la divulgación de la información a los casos confirmados, como había hecho Estados Unidos desde un principio⁶⁷. Estos acontecimientos subrayan la importancia de la capacidad de las pruebas nacionales y de una estrategia de comunicación eficaz, tanto para el público nacional como internacional. En la Figura 4 (abajo) se comparan los casos probables y confirmados en México. La Figura 4 muestra además que hay una brecha entre los dos, lo que directamente se debe a la falta de capacidad y de equipos disponibles en los estados más pobres de México, donde es probable que surjan las epidemias. Esto contrasta fuertemente con la situación de Estados Unidos, donde la confirmación preliminar de un caso reportado probable está disponible luego de 24 horas⁶⁸.

Figura 4: Casos probables y confirmados del virus de la pandemia H1N1(09) en México entre el 15 de marzo de 2009 y el 26 de abril de 2009



(Fuente: <http://www.cdc.gov/mmwr/>)

Si la disposición de México de reportar rápidamente los brotes se basaba en la noción de que de esta forma se activarían las recomendaciones de la OMS que ayudarían a reducir el riesgo de restricciones desproporcionadas al comercio y a los viajes, este incidente ayudaría a socavar los requisitos de informe del RSI (2005). No obstante, no es del todo cierta cuál fue la motivación de México para cumplir rápidamente. Una explicación factible es que el liderazgo político mexicano reconoció la necesidad de responder rápidamente con medidas de mitigación para minimizar los riesgos sanitarios para su población. La respuesta inadecuada del gobierno durante el sismo de 1985 sucedido en la Ciudad de México es considerada por muchos como el inicio del fin del PRI, el partido que gozó un monopolio de poder por siete décadas hasta el año 2000⁶⁹. Una respuesta inadecuada a la epidemia de gripe podría haber producido consecuencias

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ *Idem.*

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ *Idem.*

similares indeseables para el partido en la Presidencia de la República (PAN) o el partido al frente del Gobierno de la Ciudad de México (PRD)⁷⁰. Efectivas y puntuales medidas de mitigación probablemente minimizarían el daño a la economía de México, independientemente de las recomendaciones de la OMS y de las respuestas de otros países a dichas recomendaciones⁷¹.

Otro factor que creó incentivos para que México reportara y respondiera relativamente rápido fue la existencia de casos confirmados en Estados Unidos, debido a que esto le permitiría a México beneficiarse del poder de negociación de dicha potencia con otros países. Sin embargo, esto no fue así. Varios países impusieron restricciones al comercio y emitieron recomendaciones de viaje, o bien restricciones, que se aplicaron a México pero no a Estados Unidos⁷². No está claro si esto se debió a las diferencias entre ambos países respecto a sus estrategias de comunicación (especialmente con relación a la difusión de la información de casos sospechosos), la vigilancia y la capacidad de evaluación (la cual le permitiría a Estados Unidos confirmar o descartar casos de manera más expedita), poder de negociación internacional (por ejemplo, presionar a la ministra de salud europeo para retractarse de su declaración respecto a los viajes hacia territorio estadounidense⁷³) o una combinación de las anteriores. No obstante, sus distintas estrategias de comunicación tuvieron un impacto importante sobre los medios, los cuales a su vez influyeron en las percepciones y las respuestas de otros países. No se sabe cuál hubiera sido el impacto en caso de haber existido incentivos para reportar sólo los casos confirmados, en lugar de ambos números.

Las Directrices de la OMS para la comunicación con el público durante un brote epidémico

Las Directrices de la OMS para la comunicación con el público durante un brote epidémico (“directrices”) determinan las mejores prácticas en esos casos⁷⁴. Las mismas se enfocan en dos cuestiones primordiales: (1) cómo puede la comunicación apresurar la contención de un brote; y (2) ¿cómo puede la comunicación ayudar a mitigar el impacto social y económico?

Las directrices primero identifican las circunstancias únicas, comunes a los brotes de enfermedad, que generan retos únicos a la comunicación con el público: (1) los brotes son emergencias urgentes en las cuales las decisiones y las acciones deben tomarse rápidamente, con frecuencia con el apoyo de un público que esté informado; (2) el curso de los brotes es impredecible, lo que crea retrocesos no anticipados o bien sorpresas; (3) los brotes normalmente alarman al público en general, causando gran ansiedad y compartimientos extremos que provocan trastornos sociales y pérdidas económicas fuera de la proporción de la verdadera naturaleza del riesgo (incluyendo portar mascarás, evitar viajar, tener miedo a los hospitales, estigmatizar pacientes y grupos de minoría, pérdida de confianza en el gobierno y considerables descensos en el consumo); (4) los brotes tienen un alto perfil político, lo que les imprime una alta prioridad e impide su

⁷⁰ *Idem.*

⁷¹ *Idem.*

⁷² Véase Tabla 1, *supra*.

⁷³ Condon, B. y Sinha, T., *op. cit.*, nota 1, Anexo A.

⁷⁴ OMS, Guía de la OMS para planificar la comunicación en caso de brotes epidémicos (Ginebra, 2005), http://www.who.int/csr/resources/publications/WHO_CDS_2005_32web.pdf, consultado el 29 de abril de 2009.

control cuando la información es minimizada u ocultada para evitar las consecuencias económicas; (5) los brotes generan una cobertura mediática que puede ayudarle al público a estar informado, o bien exacerbar la ansiedad del público fuera de proporción de la amenaza actual; (6) los comportamientos humanos usualmente contribuyen a la propagación de la enfermedad⁷⁵. Estos factores varían de acuerdo a la naturaleza de la enfermedad: se transmite por aire, existe una alta mortalidad y propagación internacional, y se carece de una vacuna o cura, por lo que aumentará la ansiedad. Esto son los aspectos que el RSI (2005) toma en cuenta para determinar si un brote constituye una emergencia de salud pública de importancia internacional⁷⁶. Los desincentivos para reportar brotes incluyen el impacto económico, la falta de capacidad de diagnóstico de los laboratorios para confirmar una enfermedad inusual y la dificultad de detectar una enfermedad inusual en países donde hay una constante y alta tasa de enfermedad y mortalidad por otras enfermedades infecciosas⁷⁷. La mayoría de estos factores, sino es que todos, estaban en juego durante la epidemia H1N1(09).

En este contexto, las directrices se identifican cinco prácticas esenciales para la comunicación eficaz de los brotes, con base en las experiencias de varios países en situaciones de este tipo: (1) construir la confianza, (2) comunicar rápidamente, (3) ser transparente, (4) respetar las preocupaciones del público y (5) planificar con antelación⁷⁸. La confianza viene de la percepción del público de los motivos (incluida aquella de los medios de comunicación), la honestidad y la competencia de las autoridades deben desarrollarse antes del brote mismo de la enfermedad⁷⁹. La incertidumbre científica exacerba la desconfianza en el gobierno y las sospechas sobre sus motivos en la respuesta a un brote, lo que socava el cumplimiento de las medidas recomendadas de control y permite comportamientos contraproducentes. La desconfianza se crea o incrementa por la ocultación, la negación, la subestimación y la notoria tranquilidad no apoyada en evidencia científica, tanto nacional como internacionalmente. Por el contrario, cuando los funcionarios públicos informan sobre el brote de manera franca, abierta, exhaustiva y constante, y contratan a expertos externos, aumenta la confianza y las medidas de control son más efectivas. Las personas que están alerta a los síntomas son más propensas a buscar rápidamente tratamiento temprano y estar al tanto de las conductas adecuadas puede ayudar a prevenir nuevos casos⁸⁰. La primera comunicación sobre un brote influirá sobre la percepción pública de las comunicaciones posteriores; el retraso de la información o su ocultación puede generar desconfianza por más tiempo⁸¹. Aunque no toda la información debe ser revelada en tiempo real, para proteger la confidencialidad del paciente, por ejemplo, los límites en materia de transparencia deben ser cuidadosamente considerados⁸². La planificación previa de estrategias de comunicación, aunque no sea esencial para la comunicación efectiva durante el brote, ayuda a evitar errores⁸³.

Con la excepción de falta de coordinación entre los diferentes niveles de gobierno, la comunicación de la estrategia de México durante la epidemia de gripe de 2009 fue muy

⁷⁵ *Ibidem*, p. 7-9.

⁷⁶ RSI (2005), Anexo 2, p. 10.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 10-11.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 3.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 23.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 12-18.

⁸¹ *Ibidem*, p. 24.

⁸² *Idem*.

⁸³ *Ibidem*, p. 25.

consistente con las directrices de la OMS en cuanto a comunicación. México estaba en lo correcto al revelar los casos sospechosos de manera pronta y franca, aunque esto lo ponía en clara desventaja en relación con la estrategia estadounidense de sólo enfocarse en los casos confirmados. Dadas las limitaciones técnicas que México enfrentó al tratar de confirmar los casos de la manera más rápida posible, el únicamente centrarse en los casos confirmados podría haber dado la impresión de que México estaba retrasar y ocultando la información. Por lo tanto y dadas las circunstancias, es probable que la estrategia de comunicación internacional mexicana era la correcta.

La estrategia de comunicación interna de México, aunque relativamente bien llevada a la práctica, fue incapaz de superar la desconfianza pre-existente en el gobierno mexicano. El 30 de abril, una encuesta de 410 adultos de la Ciudad de México reveló que el 57% creía que el gobierno estaba disimulando los números de la pandemia; el 10% creía que los números eran exagerados; el 19% tenía fe en las cifras oficiales; y el 14% no estaba seguro sobre qué creer. Únicamente el 49% estaba algo o muy asustado por contagiarse con el virus; el 50% sintió poco o nada de miedo; y el 1% no sabía. La mitad pensó que las mascararas eran algo o muy efectivas para prevenir el contagio, y la mitad creyó que eran casi o totalmente inefectivas⁸⁴. Del 26 de abril al 8 de mayo, recolectamos información sobre el uso diario de las mascararas en el sistema de metro de la Ciudad de México, con un muestreo de 400 pasajeros al día por un total de 13 días. El porcentaje de pasajeros del metro que usaban mascararas alcanzó su pico el 27 de abril con un 60%. Posteriormente, descendió hasta prácticamente quedar en cero cuando el nivel de alerta se redujo al nivel 2 (amarillo)⁸⁵.

Restricciones al comercio, el RSI (2005) y el Derecho de la OMC

El RSI (2005) refleja la intención de sus redactores de evitar conflictos con otras obligaciones internacionales, particularmente con el derecho de la OMC. En particular, los redactores intentaron facilitar la compatibilidad entre recomendaciones temporales o permanentes bajo el RSI (2005) y las obligaciones relacionadas con el comercio al establecer criterios similares a los utilizados en el derecho de la OMC, especialmente en el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF)⁸⁶.

compatibles”. Esta norma acoge la presunción en contra del conflicto en derecho internacional. Debido a que el artículo 17 refleja el derecho de la OMC, es poco probable que un conflicto surja entre estos ordenamientos. No obstante, el artículo 57.1 estab

. Es muy improbable que esta norma impida que un panel de la OMC considere la evidencia científica que apoye cualquier recomendación emitida por el Director General de la OMS como una cuestión de hecho. Una interpretación más razonable apunta a que un panel de la OMC

⁸⁴ Condon, B. y Sinha, T., *op. cit.*, nota 10, p. 33.

⁸⁵ Bradly J. Condon, Bradly J. y Sinha, T., “Who is that Masked Person: The Use of Face Masks on Mexico City Public Transportation during the Influenza A (H1N1) Outbreak”, *Health Policy*, doi: 10.1016/j.healthpol.2009.11.009.

⁸⁶ Véase Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, Revisión del Reglamento Sanitario Internacional, Comunicación de la Organización Mundial de la Salud, Documento de la OMC, G/SPS/GEN/522, 21 de octubre de 2004, par. 6.

pueda tener la libertad de rechazar las determinaciones legales con respecto a si una medida comercial en particular es “más restrictiva al comercio internacional”...que otras opciones razonablemente disponibles que permitan lograr el nivel adecuado de protección de la salud”, como una cuestión de derecho. Esta interpretación es coherente con la OMC y con el GATT que ha tenido la evidencia científica de la OMS en cuenta en su análisis de las medidas sanitarias restrictivas del comercio en el artículo XX (b) ⁸⁷. También es compatible con la jurisprudencia de la OMC, que ha encontrado que los paneles de la OMC no están obligados a aplicar las resoluciones de tribunales ajenos a la OMC ⁸⁸.

El artículo XX(b) del GATT permite medidas restrictivas al comercio que sean “necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales”. El miembro de la OMC que haya impuesto la medida tiene la carga de la prueba para demostrar cómo ésta cumple con los requisitos del artículo XX(b). Primero, el miembro debe establecer *prima facie* que el objetivo de la política en cuestión entra dentro del ámbito de las políticas diseñadas para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales. Una vez que se establece que el objetivo encaja con la excepción, el miembro debe demostrar que la medida es “necesaria” para alcanzar el objetivo deseado ⁸⁹.

Demostrar que la medida es necesaria implica sopesar y confrontar una serie de factores. El primero, entre más importantes sean los intereses o valores que la medida en cuestión busca proteger, es más factible que la medida sea necesaria. La jurisprudencia de la OMC ha encontrado que la protección de la salud humana tiene la más alta importancia. ⁹⁰ En segundo lugar, mientras más contribuya la medida al objetivo que se persigue, es más probable que la medida sea necesaria. ⁹¹ En tercer lugar, entre menor sea el impacto comercial de la medida en cuestión, también es más probable que la medida sea necesaria.

El cuarto aspecto es si podría esperarse que el miembro implicado emplee una medida alternativa consistente con la OMC que esté a su disposición, o bien una medida menos inconsistente con la OMC esté razonablemente a su alcance. El proceso de sopesar y confrontar los tres primeros factores también informa la determinación del cuarto. El partido que promulgó la medida puede señalar por qué las medidas alternativas no lograrían los mismos objetivos que la medida impugnada, pero no tiene ninguna obligación de hacerlo con el fin de establecer, en primer lugar, que su medida es “necesaria”. Sin embargo, si la parte que impugna la medida señala una medida alternativa compatible con la OMC que debería haber sido tomada, la parte demandada de la medida tendrá que demostrar por qué la medida impugnada sigue siendo “necesaria” a la luz de esa alternativa, o por qué la propuesta de alternativa no es, de hecho, “razonablemente disponible” a la luz de los intereses o valores que se persiguen y el nivel deseado de protección por parte del miembro ⁹².

⁸⁷ Informe del panel GATT, Tailandia — Restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos, 1990; Informe del Órgano de Apelación en *CE – Asbestos*, 2001.

⁸⁸ Informe del Grupo Especial, *Argentina – Derechos Antidumping sobre los Pollos*, 2003.

⁸⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Asbestos*, 2001.

⁹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Asbestos*, 2001; Informe del Grupo Especial, *Brasil – Neumáticos Recauchutados*, 2007.

⁹¹ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Neumáticos Recauchutados*, 2007.

⁹² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Juegos de azar*, 2005.

En el contexto del artículo XX (b) del GATT, la jurisprudencia de la OMC ha confirmado que los Miembros de la OMC tienen derecho a determinar el nivel de protección de salud que consideren apropiado en una situación determinada y que no están obligados a utilizar una medida alternativa que impida lograr el nivel deseado de protección de la salud⁹³. El artículo 3.3 del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF) confirma el derecho de los miembros de la OMC a establecer su propio nivel de protección sanitaria⁹⁴. Del mismo modo, el RSI (2005) determina que los Estados tienen derecho a aplicar las medidas de salud en caso de riesgos específicos para la salud pública o emergencias de salud pública de preocupación internacional, las cuales consigan un nivel igual o mayor de protección sanitaria que las recomendaciones de la OMS (Artículo 43.1 (a)). Cuando las medidas de salud afecten el comercio internacional, éstas tendrán que cumplir con las normas de la OMC. Sin embargo, el derecho de un miembro de la OMC para establecer su propio nivel de protección de salud o sanitario no debe convertirlo en un obstáculo insalvable. En el caso de prohibiciones a la importación de carne de cerdo en respuesta al brote del virus H1N1 (09), los países podrían argumentar que sus medidas tienen como objetivo eliminar por completo cualquier riesgo para la salud. Dado que la OMS indicó que no había ningún riesgo, siempre y cuando el cerdo se cocinara adecuadamente, los países podrían argumentar que el riesgo de la carne de cerdo mal cocida requiere de una prohibición a la importación para eliminar cualquier riesgo para la salud⁹⁵.

Si bien el derecho de un Miembro de la OMC para determinar el nivel adecuado de protección de la salud es favorable, la medida que elija para aplicar su política, la forma en que define el nivel adecuado de protección y la manera en que decida aplicar la medida pueden ser impugnados y descartados en la OMC⁹⁶. Con el fin de justificar una medida de salud en virtud del artículo XX (b) del GATT, los miembros de la OMC pueden confiar en la opinión científica⁹⁷. La base científica no tiene por qué representar la opinión de la mayoría de la comunidad científica⁹⁸. En virtud del artículo 3.2 del Acuerdo MSF, hay una presunción refutable de que las medidas sanitarias y fitosanitarias que se ajusten a las normas internacionales, directrices o recomendaciones son consistentes con el Acuerdo MSF y el GATT. En el Acuerdo MSF, los organismos de normalización están clara y exhaustivamente identificados⁹⁹. La desviación de las

⁹³ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Asbestos*, 2001.

⁹⁴ Véase Condon, Bradley J., “Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, Monografía”, Centro de Derecho Económico Internacional, 2011, http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/educacion/Monografia_MSF.pdf.

⁹⁵ Condon y Sinha, *op. cit.*, nota 1, Anexo A.

⁹⁶ Marceau, G. y Trachtman J., “The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade”, *Journal of World Trade*, Vol. 36, 2002, p. 811.

⁹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Asbestos*, 2001; Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, 1998.

⁹⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Mantenimiento de la suspensión en la diferencia CE – Hormonas*, 2008.

⁹⁹ El Anexo A prevé la siguiente definición de “normas, directrices y recomendaciones internacionales”:

- a) en materia de inocuidad de los alimentos, las normas, directrices y recomendaciones establecidas por la Comisión del Codex Alimentarius sobre aditivos alimentarios, residuos de medicamentos veterinarios y plaguicidas, contaminantes, métodos de análisis y muestreo, y códigos y directrices sobre prácticas en materia de higiene;
- b) en materia de sanidad animal y zoonosis, las normas, directrices y recomendaciones elaboradas bajo los auspicios de la Oficina Internacional de Epizootias;
- c) en materia de preservación de los vegetales, las normas, directrices y recomendaciones internacionales elaboradas bajo los auspicios de la Secretaría de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria

normas internacionales, directrices o recomendaciones pertinentes deben estar apoyada por una justificación científica (Artículo 3.3) y tener en cuenta las técnicas de evaluación del riesgo elaboradas por las organizaciones internacionales competentes (artículo 5.1). En el Acuerdo MSF, la exigencia de una evaluación de riesgo (artículo 5.1) y de los "testimonios científicos suficientes" (artículo 2.2) evitan el uso de medidas de salud para discriminar de manera arbitraria o injustificable entre los miembros o bien constituir una restricción encubierta al comercio internacional. Una medida sanitaria o fitosanitaria debe estar lo suficientemente apoyada o justificada por una evaluación de riesgo, que pueda ser realizada por el Miembro de la OMC en cuestión, otro miembro de la OMC o una organización internacional¹⁰⁰. El nivel de protección no debe afectar el rigor o la naturaleza objetiva de la evaluación de riesgo, la cual debe evaluar los posibles efectos adversos mediante métodos científicos¹⁰¹. Por último, en tanto el artículo XX (b) del GATT y artículo 2.3 del Acuerdo MSF, las medidas de salud no deben ser aplicadas de una manera que de lugar a una discriminación o una restricción encubierta al comercio internacional. Aunque no está claro si los países que impusieron las restricciones al comercio lo hicieron siguiendo una evaluación de riesgo que haya cumplido con los requisitos del Acuerdo MSF, la discriminación entre las importaciones de puerco de México y de otros países afectados por el virus H1N1 podría haberse justificado sobre la base de la mortalidad y la severidad de la epidemia en México, y debido a que la evidencia indicó que el virus referido se había originado en México.

La persistencia de la discriminación entre productos mexicanos y productos de otros países podría no pasar la prueba del preámbulo del artículo XX una vez que se haya hecho evidente que el riesgo de otros países era comparable a la situación de México. En otras palabras, siempre y cuando prealezcan las mismas condiciones en distintos países en relación con el nivel de riesgo, la discriminación sería arbitraria e injustificable.

En la mayoría de los casos, las medidas de salud estarán reguladas por el GATT y el Acuerdo MSF¹⁰². El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC) no se aplica a las medidas sanitarias y fitosanitarias. Sin embargo, las medidas extraterritoriales de salud, las cuales tienen por objeto proteger la salud fuera de la jurisdicción del país que promulga la medida, podrían caer bajo el ámbito del Acuerdo OTC¹⁰³. El preámbulo del Acuerdo OTC también permite a cada miembro de la OMC determinar el nivel de protección que considere apropiado. El artículo 2.2 sólo requiere que se considere la "información científica y técnica". Dado que el Acuerdo OTC no se refiere explícitamente a la evaluación de riesgo ni requiere de bases científicas para su regulación, la exigencia implícita de una base científica deben ser menos rigurosa que los requisitos explícitos del Acuerdo MSF¹⁰⁴. Sin embargo, el artículo 2.5 del Acuerdo OTC establece una presunción rebatible de conformidad con el artículo 2.2, bajo la cual

en colaboración con las organizaciones regionales que operan en el marco de dicha Convención Internacional; y

d) en lo que se refiere a cuestiones no abarcadas por las organizaciones mencionadas supra, las normas, recomendaciones y directrices apropiadas promulgadas por otras organizaciones internacionales competentes, en las que puedan participar todos los Miembros, identificadas por el Comité.

La OMS calificará las cuestiones del párrafo (d) si así lo identifica el Comité.

¹⁰⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormones*, 1998.

¹⁰¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormones*, 1998.

¹⁰² Acuerdo OTC, artículo 1.5.

¹⁰³ Marceau y Trachtman, *op. cit.*, nota 99.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

un reglamento técnico destinado a la protección de la salud estará en conformidad con las normas internacionales pertinentes. Por otra parte, en virtud del artículo 2.2, el análisis respecto a si un reglamento técnico es más restrictivo al comercio de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, será muy similar al análisis del artículo XX (b).

Puede ser difícil para los miembros de la OMC justificar las restricciones comerciales a los productos cuando no existe suficiente evidencia científica de que el producto representa un riesgo para la salud humana¹⁰⁵, o cuando las medidas comerciales realmente no abordan el riesgo¹⁰⁶. Sin embargo, el RSI (2005), como el RSI de 1969, no disuade seriamente a los países para que no implementen restricciones comerciales sin una sólida base científica. Mientras que la OMC establece las verdaderas normas en ese sentido, el proceso de la OMC no funciona lo suficientemente rápido porque los países pueden adoptar medidas severas de carácter temporal, mantenerlas mientras dure la crisis, y eliminarlas antes de que pueda tener lugar cualquier remedio legal en el contexto del sistema de solución de diferencias de esta institución.

Una vez que un brote de una enfermedad infecciosa se ha reportado, el país afectado puede tener un incentivo para cumplir con las recomendaciones de la OMS referentes a las respuestas apropiadas con el fin de minimizar el riesgo de reacciones desproporcionadas por parte de otros países. La evaluación de la OMS sobre los riesgos para la salud pública y las medidas apropiadas que deberán ser tomadas tendrá más peso que la evaluación de la situación por parte del país afectado. El incumplimiento de las recomendaciones de la OMS, o un cumplimiento inferior, podría tener un impacto negativo no sólo en la protección de sus ciudadanos, sino también en los esfuerzos del país afectado para persuadir a otros países para que eviten las restricciones al comercio y a los viajes. Debido a los incentivos económicos y políticos, probablemente no hay necesidad de que sea obligatorio cumplir con las recomendaciones de la OMS mientras éstas se apliquen al país afectado. La obligación fundamental es reportar el brote, momento en el cual el riesgo de consecuencias económicas negativas se vuelve realidad.

Sería redundante para el RSI (2005) establecer obligaciones legales exigibles para regular el uso desproporcionado de las restricciones comerciales en respuesta a un brote reportado puesto que dichas obligaciones se abordan en el derecho de la OMC. El papel clave de la OMS en esta materia es proporcionar una evaluación objetiva del riesgo y hacer recomendaciones sobre las respuestas apropiadas con base en pruebas científicas, según determina el RSI (2005). Las decisiones de la OMS sobre estos temas pueden ser relevantes para determinar si las medidas de salud restrictivas al comercio puede ser justificadas bajo las excepciones generales del Artículo XX (b) del GATT, o permitidas en virtud del Acuerdo MSF o el Acuerdo OTC.

Cuando los países imponen restricciones injustificadas al comercio, pueden transcurrir varios años antes de que se resuelva el asunto mediante el sistema de solución de controversias de la OMC, momento en el cual el daño económico ya ha ocurrido. En la era de Internet, correo electrónico y teléfonos móviles, se ha vuelto difícil para los países eliminar la información sobre los brotes de enfermedad. El uso de medidas comerciales desproporcionadas en respuesta a los brotes de enfermedades infecciosas

¹⁰⁵ Informe del Órgano de Apelación, *CE – Hormonas*, 1998.

¹⁰⁶ Informe del Panel GATT, *Tailandia — Restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos*, 1990.

menoscaba la protección de la salud internacional, pues desalienta la presentación de informes de este tipo y socava los incentivos para cumplir con las recomendaciones de la OMS establecidas en el RSI (2005). El derecho internacional sobre la salud y sobre el comercio internacional pueden y deben apoyarse mutuamente. No obstante, es poco probable que el sistema de solución de diferencias de la OMC sea eficaz en el tratamiento de este tema. Por el contrario, las restricciones desproporcionadas al comercio deberán ser tratadas en las negociaciones, donde los países están convencidos de que es en el mejor interés de todos cumplir con el marco jurídico vigente a fin de garantizar que tanto el sistema multilateral de comercio y la cooperación multilateral en materia de salud global funcionen adecuadamente.

Debe estimularse la transparencia (y desincentivarse las restricciones discriminatorias y excesivas al comercio y a los viajes) por interés de la salud pública. Por ejemplo, la información sobre el comportamiento del A (H1N1) en el invierno del hemisferio sur es importante para determinar si una vacuna es o no necesaria, de acuerdo a la OMS. En un esfuerzo por determinar cómo este virus podría comportarse en el próximo invierno del hemisferio norte, el CDC negoció con la Organización Panamericana de la Salud y los ministerios de salud de América Latina y otros países del hemisferio sur para controlar el virus durante su temporada de gripe invernal. Si los países perciben que van a sufrir severas restricciones al comercio y a los viajes por ser transparentes, se desincentivará el intercambio de información vital.

Patentes y acceso a medicinas antivirales

Se ha recurrido a la amenaza de licencias obligatorias en el contexto de una emergencia nacional de salud con el objetivo de reducir el costo de obtener reservas de medicamentos tanto en Estados Unidos como en Canadá. En 2001, estos países recurrieron a dicha amenaza para reducir el precio del ciprofloxacina en sus negociaciones con Bayer para amenazas reales e imaginarias respecto al ántrax. En la Conferencia Ministerial de la OMC de 2001 en Doha, la severidad de la crisis de VIH/SIDA y otros aspectos de salud pública en muchas partes de los países en desarrollo motivaron a los mismos a adoptar una posición común que llama a aclarar los derechos de los gobiernos para emitir licencias obligatorias para proteger la salud pública, y en particular, promover el acceso a las medicinas para todos. El resultado fue la Declaración sobre el Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública, el cual identificó una laguna en el Acuerdo sobre Aspectos de Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) en los cuales solamente los países con una capacidad adecuada para producir fármacos podían ejercer en la práctica el derecho de emitir licencias obligatorias para productos farmacéuticos. Dos años de negociaciones multilaterales sobre el tema finalmente desencadenaron en la decisión de enmendar el Acuerdo ADPIC (conocida como la Decisión del Párrafo 6), pero todavía faltarían dos años más para adoptar formalmente la enmienda, la cual aún debe ser aprobada por dos terceras partes de los miembros de la OMC para que entre en vigor.

A pesar de estos desarrollos en la OMC, la industria farmacéutica ha seguido usando su influencia política para desmotivar el recurso a las licencias obligatorias de patentes. Cuando Tailandia ejerció su derecho bajo el derecho de la OMC para expedir este tipo de licencia para algunos productos farmacéuticos (incluyendo la droga antiretroviral para su programa de tratamiento del VIH/SIDA), el Representante de Comercio de Estados Unidos lo puso en su lista prioritaria de observancia (“priority watch list”) y

catalogó la decisión del gobierno de Tailandia como “más indicaciones de un débil respeto a las patentes”. Esta clase de presión política de los gobiernos de las principales compañías farmacéuticas desincentiva el uso de licencias obligatorias para aumentar un acceso asequible a las medicinas en países en desarrollo, merma el derecho internacional y puede amenazar a la salud pública global al hacerle más difícil a los países en desarrollo almacenar las provisiones adecuadas de medicinas durante la preparación de la pandemia. Como destacamos antes, el acopio de México de medicinas antivirales para tratar la influenza es suficiente para atender las necesidades de 1,3% de su población, mientras que los países desarrollados han acumulado lo suficiente para tratar al 25-35% de la población que pueda necesitar tales medicamentos en una influenza pandémica.

Los derechos de patente para los productos farmacéuticos en los países en desarrollo no son necesarios para brindar incentivos a la investigación para que se creen nuevas medicinas. Las importaciones paralelas de medicinas más económicas provenientes de países en desarrollo probablemente no afectarán los incentivos de investigación en los mercados de países desarrollados. Los derechos de patente tienen en realidad el efecto de reprimir la innovación al brindar un incentivo a los titulares de la patente para invertir en una acción legal para extender la vida de sus patentes y para prevenir que otros desarrollen otras innovaciones. En términos económicos, esta es una manera eficiente de asignar recursos económicos. Establecer el equilibrio adecuado entre los incentivos para inventar nuevas medicinas y un acceso asequible a las mismas es un asunto clave para hacer frente a las enfermedades globales.

Los gobiernos otorgan patentes a los inventores en la esfera nacional, lo que significa que las mismas sólo tienen efectos legales en la jurisdicción donde la aplicación de la patente se ha otorgado. Una de las condiciones para justamente otorgar la patente es que el inventor revele la información utilizada para producir la invención. El Acuerdo ADPIC estableció los requisitos mínimos para la protección de los derechos de propiedad intelectual en las leyes nacionales de los miembros de la OMC. El Acuerdo ADPIC requiere que las patentes sean concedidas por un mínimo de 20 años y que les brinden a los titulares el derecho exclusivo para impedir que terceros hagan, usen, vendan o importen un producto patentado sin el consentimiento de aquel. No obstante, el Acuerdo referido permite ciertas excepciones, como el derecho de los gobiernos a otorgar licencias obligatorias bajo ciertas condiciones.

Una licencia obligatoria autoriza a un tercero a producir o vender la invención sin el consentimiento del titular. Esta excepción juega un papel muy importante en el equilibrio de los derechos del titular de la patente y las necesidades de los consumidores del producto patentado. El derecho a emitir una licencia obligatoria sobre un fármaco patentado les da a los países un poder de negociación para obtener concesiones de precio para las medicinas patentadas, o para dictar licencias obligatorias si fallan las negociaciones de precio. Sin embargo, este poder de negociación aplica solamente a los países que tienen la capacidad de producir medicamentos genéricos, debido a que este es el tipo de medicina que debe ser usado para predominantemente abastecer el mercado nacional del país que dicta la licencia obligatoria. Los países que no tienen esa capacidad deben ser capaces de importar medicinas genéricas en otros países bajo un esquema de licencias obligatorias para gozar de un poder de negociación comparable. La Decisión del Párrafo 6 estableció las reglas para que esto sea posible.

La Decisión del Párrafo 6 exceptúa la obligación de un exportador para abastecer predominantemente a su mercado doméstico, habilitando a cualquier país con capacidad de producción para que emita una licencia obligatoria para producir medicinas genéricas para exportar a países que no la tengan o sea insuficiente, pero sujeta a varias condiciones. No existen restricciones formales sobre los países que son candidatos a importar de acuerdo al sistema del Párrafo 6. Todos los miembros de la OMC, poniendo de lado a los países menos adelantados, deben notificar a la OMC de sus intenciones de usar el sistema ya referido. Algunos países han tomado el compromiso de no recurrir a este sistema como importadores, mientras que otros se han comprometido a usarlo en esas circunstancias sólo en casos de emergencia nacional o extrema urgencia. México está en esa última categoría, lo que significa que ha dado su consentimiento para no usar el sistema solamente para reducir los costos generales para la compra de medicamentos para los sistemas de salud pública. No existen restricciones en relación con los países que podrían exportar. Un tema vital para los países que carecen de la capacidad de producción suficiente para efectivamente ejercer su derecho a emitir licencias obligatorias es si el sistema del Párrafo 6 puede ser usado para almacenar medicinas antes de que ocurra la emergencia. El sistema del Párrafo 6 funciona muy lentamente y enfrenta muchos obstáculos políticos para ayudar a los países en una emergencia real. Esto significa que México, por ejemplo, debe asegurar que tiene una capacidad de manufactura adecuada para otorgar una licencia obligatoria con el objeto de adquirir suficientes reservas de medicinas antes de la pandemia, o bien usar la amenaza de una licencia obligatoria para bajar el precio en las negociaciones con los titulares de patente, también de cara a la pandemia.

El sistema del Párrafo 6 no se aplica a los países que tengan la capacidad suficiente para conceder estas licencias obligatorias para satisfacer las necesidades de su población. La pregunta en un determinado caso es si el país importador tiene la capacidad de fabricar el producto farmacéutico en cuestión. Por ejemplo, países como China, India y Brasil, si no tienen la capacidad para una medicina en particular, pueden recurrir al sistema del Párrafo 6 para importar medicinas de productores de genéricos en otros países. No obstante, si los países en desarrollo sí tienen la capacidad en cuestión, deberán determinar si y cómo el uso de las licencias obligatorias reducirá el costo de brindar el tratamiento al brindar licencias a sus propios productores de genéricos. Cuando un país emite una licencia obligatoria a sus propios productores de genéricos para que éstos satisfagan las necesidades del mercado, la Decisión del Párrafo 6 no se aplicará.

En el caso de una enfermedad global de rápido movimiento, como el SRAS o la influenza, o el uso de agentes biológicos en Guerra o terrorismo, como el ántrax, los gobiernos quisieran haber almacenado tratamientos médicos antes de que ocurra la enfermedad. En estas circunstancias, los miembros de la OMC pueden ejercer su derecho de emitir licencias obligatorias para el artículo 31 del Acuerdo sobre los ADPIC o el sistema del Párrafo 6, o recurrir a la amenaza de una licencia obligatoria para expandir su producción o disminuir el costo de las medicinas que requieran almacenarse.

Conclusión

La globalización acelerada ha cambiado el contexto en el cual trabaja la OMS, y ha precipitado la propagación de enfermedades contagiosas. Más aún, la multiplicidad de

actores involucrados en el seguimiento de asuntos relacionados con la salud pública ha incrementado la necesidad de un liderazgo internacional para concretar y coordinar actividades relacionadas con la salud internacional. En el inicio de la epidemia del SRAS, el RSI (2005) contempló obligaciones vinculantes (reporte de brotes) y recomendaciones no obligatorias de parte de la OMS. Adicionalmente, la OMS estudió las mejores prácticas relativas a las estrategias de comunicación durante el brote. Muchos países se remitieron a sus experiencias pasadas con pandemias para preparar sus planes correspondientes, incluyendo a México y Estados Unidos. Todos estos avances fueron puesto a prueba en la pandemia H1N1(09). Como resultado, puede mencionarse que la experiencia con esta pandemia es una fuente valiosa de información sobre cómo seguir mejorando las respuestas nacionales y globales a las amenazas de salud pública de preocupación internacional.

La falta de asistencia financiera para ayudar a muchos países en desarrollo a que construyan sus capacidades de vigilancia y respuesta bajo el RSI (2005) constituye una brecha importante en la preparación de la pandemia. El brote de A(H1N1) enfatizó las dificultades que pueden surgir para detectar rápidamente las amenazas de salud pública, aún en países de ingreso medio como México, o en un país rico como Estados Unidos, los cuales han participado intensamente en actividades de cooperación internacional y en la preparación de tales eventos. Asimismo, el brote reveló una aplicación asimétrica de las restricciones comerciales y de viaje entre México y Estados Unidos.

Desde nuestro punto de vista, a México se le aplicó un tratamiento más severo por las razones equivocadas. México reportó los brotes y determinó la seriedad del tratamiento con la misma rapidez que lo hizo Estados Unidos. De la misma forma, aplicó medidas de mitigación de forma más rápida y amplia que cualquier otro país. Comunicó todas sus acciones y todos sus avances de manera honesta y transparente. El trato ejemplar de México de este brote limitó la propagación del virus tanto dentro de México como en la esfera internacional. La respuesta desproporcionada de varios países hacia las acciones de México bien podría desincentivar a otros países a actuar de manera rápida, efectiva y transparente en futuras crisis, para perjuicio de todos los países.

La falta de un recurso efectivo bajo el RSI (2005) o la OMC exacerba el problema de restricciones desproporcionadas y asimétricas en el comercio y los viajes, y crea desincentivos para reportar brotes y tratar con ellos de una manera transparente y contundente. Esta es una preocupación relevante debido a la importancia de respuestas rápidas y transparentes a los brotes de enfermedad y sugiere la necesidad de una mayor atención al asunto de las restricciones referidas tanto por parte de la OMS como de la OMC. Encontrar vías para evitar estas respuestas inapropiadas también debe formar parte del proceso de preparación de la pandemia a nivel nacional.