

PORNOGRAFÍA Y PROPIEDAD INTELECTUAL

Natalia Tobón Franco*
Eduardo Varela Pezzano*

Independientemente del discurso moral, la pornografía es un negocio millonario. A pesar de que es tan antigua como el hombre –en las cavernas hay ilustraciones de sexo explícito–, la aparición del betamax, el video, las líneas telefónicas para adultos y la internet han convertido a esta figura, defendida por unos y atacada por otros, en un fenómeno cultural y comercial. Veamos algunas cifras relacionadas con la Internet¹:

- El 12% de las páginas web son pornográficas
- El 25% de las búsquedas en Internet son pornográficas
- El 35% de las descargas en Internet son pornográficas
- Cada segundo 28.258 usuarios de Internet están viendo pornografía
- Cada día nacen 266 nuevos sitios pornográficos en Internet
- La palabra “sexo” es la más buscada en Internet

Por otro lado, las estadísticas indican que hacia 1985 la venta y alquiler de las películas XXX dejaba más de un billón de dólares en ganancias, cifra que ascendió a 3.1 billones en 1991 y a 8.6 billones en el 2006. Hoy en día se afirma que las ganancias de este sector llegan a los 50 billones de dólares al año².

I. ¿Qué es y desde cuando existe la pornografía?

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la pornografía es un concepto que hace alusión al carácter obsceno, impúdico y torpe de ciertas obras literarias, artísticas o audiovisuales³.

* Abogada de la Universidad de los Andes (Bogotá D.C. - Colombia), magistra en Propiedad Intelectual, Comercio y Tecnología de Franklin Pierce Law Center (New Hampshire, Estados Unidos). Actualmente dicta varias cátedras en la Universidad del Rosario (Bogotá D.C. - Colombia). Es autora de los libros *Gerencia jurídica y responsabilidad profesional*, *Marketing jurídico y Secretos industriales, comerciales y know how* y coautora del libro *Derecho de autor para creativos*. ntobon@gmail.com.

* Abogado y especialista en Propiedad Intelectual de la Universidad del Rosario (Bogotá D.C., Colombia), donde es profesor de la misma materia. Es autor del libro *Tecnologías peer-to-peer, derechos de autor y copyright* y coautor del libro *Derecho de autor para creativos*. Miembro de número del Centro Colombiano de Derecho de Autor (Cecolda) y de la Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI). Actualmente es abogado asociado de la firma Reyes & Reyes Abogados. evarela@reyes-abogados.com.

¹ El porno manda en Internet Publicado por redaccion el 23 de Mayo del 2007 [youtube][http://www.youtube.com/watch?v=QOFTQpNhsWE&eurl=\[/youtube\]](http://www.youtube.com/watch?v=QOFTQpNhsWE&eurl=[/youtube]).

² Hong, Seong Choul. *Copyright protection of pornography in a global context. Paper presented at the annual meeting of the International Communication Association, TBA, Montreal, Quebec, Canada, 22 de mayo de 2008.*

³ Diccionario de la Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición. Combinación de definición de pornografía y obsceno. <http://buscon.rae.es> <visitado el 23 de febrero de 2009>.

En este artículo nos referiremos a la pornografía que está permitida –no a la pornografía infantil- a la luz de las normas sobre propiedad intelectual.

Se puede decir que la pornografía ha existido desde el principio de la humanidad. En tiempos prehistóricos se dibujaban en las cavernas figuras con caracteres sexuales exagerados: senos enormes o falos prominentes. En la India, por ejemplo, hay templos hinduistas construidos hace más de 2.500 años con ilustraciones que muestran parejas en el momento de la cópula. En China se han descubierto dibujos y grabados de la época de la dinastía Chin con representaciones en pleno acto sexual. Es más, cuando las ruinas de Pompeya fueron excavadas, los arqueólogos encontraron una variedad de estatuas, frescos y pinturas que podrían tacharse de pornográficas.

Sin embargo, la concepción de lo “pornográfico” como se conoce hoy en día es una creación de la época Victoriana en el Reino Unido. La reina Victoria I de Prusia era una mujer remilgada que decidió prohibir, en 1857 y por primera vez en la historia, la creación de materiales encaminados a “depravar y corromper”⁴, dentro de los cuales, por supuesto, se encontraban las obras sexualmente explícitas.

La invención del cinematógrafo amplió aún más la producción de pornografía, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial. En los Estados Unidos, la llamada revolución sexual de los años sesenta permitió que temas de sexualidad se trataran más abiertamente y en la década de 1980, con la aparición del video millones de personas en todo el mundo pudieron ver películas porno en la privacidad de sus hogares. Con la internet, este fenómeno ha adquirido dimensiones insospechadas.

II. Tipos de pornografía

Existen varias formas de clasificar la pornografía y una de ellas es haciendo alusión a la cantidad de sexo explícito que contiene: *softcore*, que es el género pornográfico en el que las escenas de sexo son más light, es decir, aquél en el que gracias a la cámara no se incluyen primeros planos de genitales (masculinos ni femeninos) y tampoco muestra en detalle penetraciones. Le sigue el *mediumcore* o pornografía convencional, que es aquella donde los modelos enseñan la totalidad del cuerpo en posturas más o menos provocativas. Es el caso de las revistas pornográficas. El *hardcore* es el género pornográfico más extremo, pues muestra explícitamente el acto sexual, ya sea vaginal, anal u oral, o con aparatos o cualquier otro tipo de utensilios.

La pornografía también se clasifica según la orientación sexual del producto o de sus destinatarios: heterosexual, homosexual (masculino o femenino) y bisexual.

⁴ *Obscene Publications Act 1857* (20 & 21 Vict. c.83).

Las primeras películas pornográficas y la gran mayoría de las películas actuales son heterosexuales; las películas gays son las segundas más vendidas y producidas. Existe también la variante del género transexual (hombres transformados en mujeres por medio del consumo de hormonas y uso de vestimenta) y la zoofilia (actos sexuales con animales).

En cuanto al tema, especialmente en las obras audiovisuales, se habla de pornografía gonzo y pornografía feature. La primera es aquella que no tiene ningún argumento pues lo único importante es filmar el acto sexual de manera explícita y la feature, es aquella en la cual hay un argumento, una historia, con nudo y desenlace.

III. Críticas

La pornografía provoca un fuerte rechazo en determinadas culturas o sectores conservadores de la sociedad. Los argumentos en su contra son, entre otros, los siguientes:

- Puede convertirse en un vicio adictivo pernicioso para el individuo.
- Es degradante para la mujer.
- Induce a personas sin criterio formado a objetizar al sexo opuesto.
- Desvirtúa el acto sexual como la máxima manifestación del amor.
- Genera insatisfacción y el deseo por nuevas experiencias.

Mención aparte merece su ilegalidad, cuando trata situaciones como la bestialidad (relaciones sexuales con animales), cautiverio y tortura, actividad homosexual y travestismo, pederastia (relación sexual entre un niño y un adulto), incesto, violación sexual y otros actos de violencia, necrofilia (relaciones sexuales con cadáveres), satanismo y brujería. En Colombia, por ejemplo, la Ley 679 de 2001 pretende prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores de edad.

IV. ¿Qué es la propiedad intelectual?

La propiedad intelectual es la propiedad que recae sobre intangibles que han sido creados por la mente humana como marcas, invenciones y obras literarias y artísticas⁵.

El Derecho de la Propiedad Intelectual (DPI) es el conjunto de normas que regulan ese tipo de propiedad y se divide en dos categorías:

1. El derecho de autor
2. El derecho de la propiedad industrial

⁵ Definición de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual-OMPI-. www.wipo.int/about-ip/es/

1. El derecho de autor es el conjunto de normas que protegen los derechos subjetivos del creador de la obra, entendida ésta como la manifestación personal, original de la inteligencia expresada de forma tal que pueda ser perceptible⁶.

2. El derecho de la propiedad industrial es el conjunto de normas que regulan los signos distintivos de los comerciantes y las nuevas creaciones de los inventores. Son signos distintivos las marcas, los nombres comerciales, las enseñas comerciales; y son nuevas creaciones todos aquellos inventos que el Estado certifica a través de patentes, modelos de utilidad, diseños industriales, secretos empresariales, trazados de circuitos integrados y derechos de los obtentores vegetales.

El legislador de la mayoría de los países, incluido el colombiano, protege las creaciones artísticas y las innovaciones científicas como una forma de incentivar al artista o al inventor por el esfuerzo que ha realizado.

V. ¿Qué es obsceno, y qué no lo es?

¿Es relevante determinar si una obra es obscena o no para concederle protección a través de las normas sobre propiedad intelectual?

La respuesta varía según las concepciones morales, religiosas o políticas de cada cual. Durante mucho tiempo se sostuvo que las obras obscenas no merecían protección del derecho y menos del derecho de la propiedad intelectual mientras que hoy en día la posición más generalizada (excepto en países islámicos) es que el tema o la destinación de una obra no es relevante para su protección por lo que una obra, sea obscena o no, si es original y se puede reproducir puede ser objeto de protección por parte del derecho de autor. Algo similar se predica de los objetos sexuales: se protegen a través de las figuras de la propiedad industrial si cumplen los requisitos de cada una.

De cualquier forma, en esta discusión subyace un problema aun mas difícil de resolver: determinar qué es o no obsceno. Desde el punto de vista netamente jurídico ha sido casi imposible llegar a una respuesta como lo demuestra el fracaso del *Miller Test*⁷, sugerido por los jueces estadounidenses, según el cual una obra es obscena si responde positivamente una cualquiera de las siguientes preguntas:

- Si una persona promedio, aplicando las normas de su comunidad, se encuentra con una obra que, en su conjunto, hace un llamamiento a intereses lascivos;
- Si la obra representa/describe, en forma claramente ofensiva, una conducta sexual;

⁶ Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2-2007-6021 24-05-2007 y 2-2007-2427 01-03-2007

⁷ *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

- Si la obra, en su conjunto, carece de seriedad literaria y/o artística, política o científica.

Como es obvio, hubo muchas dificultades para determinar cuándo una obra, en su conjunto, carecía de seriedad literaria y/o artística, política o científica por lo que terminó primando en el país del norte la opinión del juez William J. Brennan⁸:

“[E]l esfuerzo para suprimir la obscenidad en filmes se basa en indemostrables hipótesis sobre el comportamiento humano tales como la moral, el sexo y la religión. La existencia de estos supuestos no puede validar un estatuto que socava sustancialmente las garantías de la [libertad de expresión]”.

VI. Obras de arte pornográficas

1. Literatura “pornográfica”

Una obra literaria es una obra escrita⁹, original, que se pueda divulgar o reproducir por cualquier medio conocido o por conocer. Son obras literarias los libros, folletos y cualquier tipo de obra expresada mediante letras, signos o marcas convencionales¹⁰, independiente del ámbito literario al que pertenezcan¹¹. Las obras literarias pueden ser de varios géneros según su tema: románticas, policíacas, de ficción y pornográficas.

Las obras literarias pornográficas se protegen bajo el manto del derecho de autor si son una producción de la mente de una persona, son originales y se pueden reproducir a través de cualquier medio conocido o por conocer. En consecuencia, se puede afirmar que aunque la pornografía sea la representación de actos sexuales con ausencia absoluta de valores literarios, artísticos o de verdadera información sexual seria y responsable, ello no impide que el derecho de autor proteja estas obras.

Es más, ni el Convenio de Berna ni la mayoría de legislaciones excluye la protección del derecho de autor a aquellas obras que eventualmente puedan considerarse contrarias a la moral o al orden público. Así lo explica Ricardo Antequera Parilli: “(...) es de recordar que creaciones juzgadas en algún momento de la historia como inmorales, hoy son consideradas obras maestras del arte universal. Por ello, si la condición de “moralidad” fuera necesaria, resultaría entonces lícito usurpar la paternidad del autor o atentar contra la integridad de la

⁸ Paris Adult Theatre v. Slaton, 413 U.S. 49, 109-110 (U.S. 1973).

⁹ Véase Boyta, ob. cit., p. 146.

¹⁰ Art. 4, lit. a), D.351/93. Las marcas convencionales son la base de la escritura simbólica.

¹¹ En Colombia, el Decreto 1360 de 1989 dispuso que “de conformidad con lo previsto en la Ley 23 sobre Derechos de Autor, el soporte lógico (software) se considera como una creación propia del dominio literario”. Asimismo, la Decisión Andina 351 afirmó que el software se protegería “en los mismos términos que las obras literarias”, es decir, mediante los derechos de autor.

obra estimada, en algún momento, contraria a la moral o a las buenas costumbres, en razón de carecer de tutela”¹².

Un aparte especial merece la discusión sobre si los títulos de obras pornográficas merecen alguna protección. La mayoría de las legislaciones protege los títulos individuales y originales de las obras literarias y artísticas, sólo que algunas lo hacen a través del derecho de autor y otras, en cambio, a través de las normas que regulan el derecho de la competencia.

En Colombia, el artículo 86 de la ley 23 de 1982 dispone que el título de una obra que fuere individual y característico no podrá ser adaptado para otra obra análoga¹³ sin autorización de su autor.

Está claro que el legislador colombiano al adoptar esta norma decidió proteger la propiedad del autor sobre los títulos individuales y característicos. El problema es que lo hizo de una manera ambigua, por lo que los tratadistas no se han puesto de acuerdo si esa protección se produce a través de las normas que conforman el derecho de la competencia o de las normas que regulan el derecho de autor.

2. Música pornográfica

Si una obra musical es una combinación original de sonidos, con o sin letra, susceptible de reproducción a través de cualquier medio tecnológico, independientemente de su destinación¹⁴ entonces podemos hablar de obras musicales pornográficas.

No son muy comunes las obras musicales pornográficas pero si existieran, lo que se protegería de ellas mediante el derecho de autor no sería la letra de la canción sino la melodía, es decir, la combinación de notas musicales y sonidos en sus diferentes alturas, escalas e intervalos¹⁵.

¹² Antequera Parilli, Ricardo. *Las obras literarias y artísticas como objeto del derecho de autor y su relación con las prestaciones protegidas por los derechos conexos*, VII Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina, Costa Rica, 2002, p. 9.

¹³ ¿Qué es una obra análoga? Delia Lipszyc sostiene que una obra literaria es análoga a una obra literaria y una obra de bellas artes es análoga a una obra de bellas artes. Ricardo Antequera Parilli, en cambio, considera que una obra análoga es cualquier tipo de obra protegida por el derecho de autor —Véase ambas opiniones en la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el Proceso 41-IP-98. cit., supra—.

¹⁴ Tobón Natalia, Varela Eduardo, *Derecho de autor para creativos*. Editorial Gustavo Ibáñez, 2009.

¹⁵ Según Lipszyc, “no se pueden adquirir derechos exclusivos sobre la armonía porque la forman los acordes, cuyo número es limitado. Tampoco sobre el ritmo, porque no sería lógico otorgar exclusividades sobre el bolero, la mazorca, el *samba*, la *bosa nova*, la gavota, etc., del mismo modo que no se pueden adquirir derechos exclusivos sobre los géneros literarios: la poesía, la novela, el cuento, el drama o la comedia”. Lipszyc, Delia. *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO / CERLALC / ZAVALIA, Buenos Aires, 2004., p. 74

3. Cine pornográfico

Técnicamente una obra cinematográfica es una obra audiovisual producida de manera exclusiva para la industria del cine¹⁶. “Se trata, en primer lugar, de lo que comúnmente se conoce con el nombre de “películas”, mudas o sonoras, sea cual sea su género (documentales, actualidades, reportajes, películas dramáticas realizadas con arreglo a un guión, etc.), su duración (largometrajes o cortometrajes), su modo de realización (“en directo”, “en estudio”, dibujos animados”), el procedimiento técnico empleado (película impresionada en celuloide, videocinta electrónica, magnetoscopio, etc.), su destino (proyección en salas cinematográficas, transmisión por televisión, etc.) y su realizador (firmas de producción comercial, organismos de televisión o simples aficionados)”¹⁷.

En Colombia una película pornográfica será protegida por el derecho de autor si es una creación intelectual original susceptible de reproducción a través de cualquier medio conocido o por conocer. Sobre su titularidad, la Ley 23 de 1982 establece una presunción legal de cesión de derechos patrimoniales de autor a favor del productor así:

“Artículo 98.- Los derechos patrimoniales sobre la obra cinematográfica se reconocerán, salvo estipulación en contrario, a favor del productor”.

Según esta disposición legal, los derechos patrimoniales de autor sobre una obra cinematográfica se encuentran de manera automática en cabeza del productor — de manera similar a lo que ocurre en el sistema del copyright— a menos que exista una estipulación en contrario.

4. Fotografías pornográficas

El Convenio de Berna, que es la columna vertebral de la legislación sobre derechos de autor en el mundo, define las obras fotográficas como aquellas que se expresan a través de procesos análogos a la fotografía. Algunos países como Colombia, al desarrollar esta disposición, han considerado que las fotografías son objeto del derecho de autor bajo la condición de ser originales y susceptibles de reproducción por cualquier medio conocido o por conocer. ¿Cómo se establece que una fotografía pornográfica es o no original? En Estados Unidos se considera que una fotografía es original en los siguientes casos¹⁸:

¹⁶ Lipszyc ha citado, con acierto, al artículo 86 de la ley española de propiedad intelectual, el cual define la obra audiovisual mejor que cualquier otra norma de su especie. La disposición anotada indica que las obras audiovisuales, sinónimas de las obras cinematográficas, son “las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obra” —véase Lipszyc, ob. cit., p. 89—.

¹⁷ Rogel Vide, *Estudios completos...* ob. cit., p. 192.

¹⁸ *Mannion v. Coors Brewing Co.*, cit., supra.

- Porque ha plasmado la realidad de manera única
- Porque fue tomada en el momento perfecto.
- Porque recrea una escena muy especial
- Porque contiene una chispa de creatividad
- Porque es diferente de todas las obras conocidas del mismo género

Aunque difícil de aterrizar estos requisitos a un caso concreto, creemos que esta lista, sin ser taxativa, es uno de los más completos acercamientos a una definición de originalidad no solo en las fotografías sino en otras obras de arte como cine, música o literatura.

Sin embargo, no se puede pasar por alto que existen quienes sostienen que ninguna creación pornográfica es novedosa u original por lo que no merece la protección de la propiedad intelectual. Al fin y al cabo, en todas las películas, novelas, fotografías se representa lo mismo.¹⁹

VII. Propiedad intelectual y objetos “sexuales”

Llamamos “objetos sexuales” a todos aquellos productos que se venden en los sex shops: vibradores, bolas chinas, geles, colonias con feromonas que supuestamente ayudan a "atraer a la pareja", muñecas inflables, pintura corporal que además se come, los polvos para el cuerpo con sabor a cereza, fresa o chocolate, lencería atrevida, etc....

1. Objetos sexuales como posibles diseños Industriales²⁰

Los diseños industriales protegen la apariencia particular de un producto que se obtenga a partir de una reunión original, especial y visible de líneas, colores, texturas, materiales, contornos u ornamentaciones.

¹⁹ *Ibidem.* “Suppose you have written an essay or made an invention. Your intellectual work does not exist in a social vacuum. It would not have been possible without lots of earlier work —both intellectual and nonintellectual— by many other people. This includes your teachers and parents. It includes the earlier authors and inventors who have provided the foundation for your contribution. It also includes the many people who have discussed and used ideas and techniques, at both theoretical and practical levels, and provided a cultural foundation for your contribution. It includes the people who have built printing presses, laid telephone cables, built roads and buildings and in many other ways have contributed to the ‘construction’ of society. Many other people could be mentioned. The point is that any piece of intellectual work is always built on and inconceivable without the prior work of numerous people” —Martin, Brian. *Information liberation*, Freedom Press, Londres, 1998, pp. 37 y 38—.

²⁰ “Se considerará como diseño industrial la apariencia particular de un producto que resulte de cualquier reunión de líneas o combinación de colores, o de cualquier forma externa bidimensional o tridimensional, línea, contorno, configuración, textura o material, sin que cambie el destino o finalidad de dicho producto” —Art. 113, D.486/00—.

En consecuencia, un objeto sexual obtendrá reconocimiento como diseño industrial si cumple los siguientes requisitos:

* Es novedoso: Se requiere que el objeto tenga una apariencia diferente de la que tienen los demás productos de su clase. El legislador colombiano considera que no hay novedad en un diseño cuando éste sólo presenta diferencias secundarias con respecto a otras realizaciones anteriores, o cuando el público ha tenido acceso a él, en cualquier lugar del mundo y por cualquier medio, antes de la fecha de solicitud de reconocimiento como diseño industrial²¹. En este sentido, un consolador como los que existen hace siglos puede no ser novedoso pero uno con incrustaciones de diamantes puede serlo.

* Especialidad: Un objeto sexual tendrá un diseño especial cuando su apariencia no está determinada por la función que cumple²². Por ejemplo, una muñeca inflable que represente el cuerpo de una mujer voluptuosa, sobretodo en sus zonas erógenas, no sería algo especial, pues esas formas son esenciales para la función que cumple, ¿o no?

* Visible: El diseño debe ser visible durante el uso normal del producto.

Si un objeto sexual cumple los requisitos anteriores entonces su diseñador podrá presentar la solicitud de reconocimiento de diseño industrial directamente ante la Superintendencia de Industria y Comercio. Si la solicitud es aceptada, el diseñador tendrá el derecho de excluir a terceras personas de la explotación del correspondiente diseño y podrá perseguir judicialmente a quien produzca o comercialice un diseño que sea idéntico o presente diferencias secundarias por un término de diez (10) años contados a partir de la fecha de la presentación de la solicitud²³. Además, el diseño industrial otorgará a su titular el derecho exclusivo a “realizar, importar, vender, alquilar u ofrecer en venta artículos a los que se aplique el diseño o en el que esté incorporado el mismo”²⁴.

²¹ El artículo 115 de la Decisión 486 señala que no hay novedad cuando el público ya ha tenido acceso a una descripción, utilización ó comercialización del diseño en cualquier parte del mundo y por cualquier medio. Un diseño industrial no es nuevo por el mero hecho que presente diferencias secundarias con respecto a realizaciones anteriores o porque se refiera a otra clase de productos distintos a dichas realizaciones.

²² Como ejemplo de un producto cuya apariencia está determinada por la función que cumple, Felipe Rubio cita los tubos de agua, ya que su apariencia cilíndrica y hueca es indispensable para transportar agua —véase Rubio Torres, Felipe. *Propiedad intelectual para la MIPYME*, USAID, Bogotá, 2008, p. 72—.

²³ En la Unión Europea existe el diseño comunitario no registrado. “Esta protección se obtiene sin ningún trámite, simplemente poniendo el diseño a disposición del público, y dura tres años. Habida cuenta de que la mayoría de los diseñadores empiezan a preocuparse por la protección cuando han sido víctimas de la falsificación, el diseño comunitario no registrado ofrece una buena alternativa al registro” —Fischer, Fridolin. *Legislación relativa a los diseños en el sector europeo de la moda*, en *Revista de la OMPI*, n.º 1, 2008, pp. 12-14—.

²⁴ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). *Principios básicos de la propiedad industrial*, OMPI, Ginebra, publicación 895, p. 12.

2. Modelos de utilidad

El modelo de utilidad es toda nueva forma, configuración o disposición de elementos de algún objeto, artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo o parte de los mismos que redunde en un mejor o diferente funcionamiento del objeto que le incorpore o que le proporcione alguna utilidad, ventaja o efecto técnico que antes no tenía. Los modelos de utilidad se protegen a través de las patentes de modelo de utilidad, cuando cumplen ciertos requisitos:

- (i) Que no sea una creación puramente estética. Por ejemplo en una prenda de lencería sexi que desee ser protegida como modelo de utilidad deberá incluir una “pequeña invención” que sirva bien sea para mejorar la utilidad del producto ó para darle una nueva función. Es el caso del brassier que aumente el tamaño del busto o el panti “levanta colas”.
- (ii) Que sea una creación nueva. La legislación colombiana exige, para otorgar el reconocimiento de modelo de utilidad, que la creación sea nueva —no puede haber sido dada a conocer en ninguna parte del mundo con anterioridad a la solicitud—;

Si la solicitud de protección en Colombia es aceptada por la Superintendencia de Industria y Comercio, el creador del modelo de utilidad tendrá el derecho de excluir a terceros de la explotación de su nueva creación y podrá perseguir, judicialmente y durante 10 años, a quien produzca o comercialice un producto que incluya un modelo idéntico o que presente diferencias secundarias.

3. Obras de arte aplicado

Los objetos sexuales se pueden ubicar en lo que el derecho de autor denomina “obras de arte aplicado”, es decir, creaciones artísticas elaboradas no solo para ser contempladas sino también para cumplir funciones utilitarias²⁵, en este caso, relacionadas con el despertar o mantenimiento de la actividad sexual. Los requisitos para obtener tal protección son²⁶:

- Debe tratarse de una creación original susceptible de ser reproducida
- Debe cumplir con una función utilitaria. “Si bien, uno de los principios del derecho de autor es la omisión a la evaluación del destino de la obra, en este caso, sí requiere que la creación tenga funciones utilitarias o que esté

²⁵ La Decisión Andina 351 de 1993 define la obra de arte aplicado así: “Creación artística con funciones utilitarias o incorporada en un artículo útil, ya sea una obra de artesanía o producida en escala industrial”.

²⁶ Dirección Nacional de Derecho de Autor. Radicado 2-2005-5951 del 29 de junio de 2005.

incorporada en un artículo útil. La definición del artículo 3° de la Decisión 351 de 1993 plantea dos situaciones, una en que la misma creación tenga una función utilitaria, como por ejemplo una escultura que adicionalmente presta un servicio de iluminación, como una lámpara; y otra relacionada con la incorporación de una obra artística a un objeto utilitario, como un dibujo que es incorporado en un reloj”²⁷;

- Debe permitir su reproducción, ya sea de forma artesanal (elaboración de ejemplares manualmente) o industrial (producciones mecánicas en serie)²⁸.

Nos referimos entonces a objetos como los enchufes de la luz con forma de genitales, utensilios del diario vivir decoradas con escenas de sexo explícito.

Si el creador del objeto lo desea, puede optar no solo por la protección de la obra como una obra de arte aplicado sino también como un diseño industrial, si cumple con los requisitos de cada una de estas figuras y, además, para el caso del derecho de autor, si su valor artístico es separable física o conceptualmente de su carácter industrial²⁹. Lo anterior, por cuanto el derecho de autor concede un reconocimiento a la obra artística incorporada en el elemento utilitario, y no a éste en sí mismo considerado³⁰.

4. Patentes de Invención

Aunque resulta algo extraño hablar de patentes de invención y objetos sexuales, lo cierto es que se trata de una posibilidad real. En Colombia se pueden patentar productos o procedimientos que sean nuevos, entrañen una actividad inventiva y sea susceptibles de aplicación industrial. La protección de la patente será de 20 años contados a partir de la fecha de solicitud de la misma.

5. Marcas

Las marcas sirven para identificar un producto de otro y como garantía, para quien consume el producto, de su procedencia. Por lo tanto, quien vaya a comprar ropa interior comestible o colonias (con feromonas para atraer otros mortales) preferirá la que proceda de una marca conocida que aquella que no haya adquirido nombre en el mercado.

6. ¿Cómo proteger su PI si su actividad está relacionada con la producción o distribución de objetos sexuales?

²⁷ Dirección Nacional de Derecho de Autor. Radicado 2-2005-5951, cit. supra.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ “Las obras de arte aplicadas a la industria sólo son protegidas en la medida en que su valor artístico pueda ser separado del carácter industrial del objeto u objetos en las que ellas puedan ser aplicadas” —Art. 6, inc. 3°, L. 23/82—.

³⁰ Dirección Nacional de Derecho de Autor, Circular 10 del 5 de diciembre de 2003.

Los mejores consejos que se les pueden dar a los empresarios del ramo desde el punto de vista de la protección de sus productos o procedimientos a través de las normas de propiedad intelectual, son:

* Tratar de escoger y posicionar una marca que no solo distinga sus productos de los demás sino que constituya una garantía de calidad para el público y sirva como *sales appeal*, para el nicho de consumidores al cual va dirigida.

* Sólo se aconseja adelantar el trámite para el reconocimiento de un diseño industrial cuando se trate de diseños con rasgos excepcionales o de diseños que pueden convertirse en iconos duraderos.

* Proteger información, conocimiento, know how y secretos a través de la figura de los secretos empresariales, que cubren no sólo la información relativa a la naturaleza, características y modo de fabricación de los objetos. Mediante los secretos empresariales también se pueden amparar los planes de desarrollo, las estrategias de comercialización e, inclusive, la lista de clientes.

7. Las páginas web per se no son objeto de derechos de autor en Colombia

Nuestra legislación define las páginas o sitios web como un medio de comunicación de características interactivas y sujeto a un cambio constante en sus contenidos³¹.

En principio, las páginas web no son consideradas como obras objeto de protección por el derecho de autor en Colombia. Sin embargo, es posible que los elementos que integran la página web, sean textos, dibujos, fotografías, soportes lógicos, obras musicales, fonogramas, etc., sean objeto de protección a través de las normas del derecho de autor de manera independiente³², incluso aunque temáticamente traten sobre pornografía. Al fin y al cabo uno de los principios que dirigen el derecho de autor desde el siglo XIX señala que la protección de las obras no depende del valor, calidad, destinación, temática, mérito ó destino de la obra.

Una página web tiene tres elementos susceptibles de ser protegidos mediante el derecho de autor:

- la información que contiene,
- el diseño gráfico y
- el código fuente que debe ser interpretado por el programa navegador o "browser".

Cada uno de esos elementos se podrá proteger mediante derechos de autor si cumplen los siguientes principios:

³¹ Dirección Nacional de Derechos de Autor, Rad. número 1-2005-7544.

³² Dirección Nacional de Derechos de Autor, Rad. número 1-2005-7544

- El derecho de autor protege solo la forma como se manifiestan, concretan y materializan las ideas, no las ideas mismas³³.
- La originalidad es condición necesaria para la existencia de los derechos de autor.
- La protección no está sujeta al cumplimiento de formalidades: El derecho del autor nace del acto mismo de creación y no del reconocimiento de la autoridad administrativa.

Un tema distinto serían los mundos virtuales, es decir aquellos mundos creados por navegantes de la internet donde pueden crear personajes que cobran vida. Allí, estos personajes no solo comen, se visten, estudian y compran cosas sino también en algunos casos, sostienen relaciones sexuales de manera explícita. Pues bien, hace poco se presentó una disputa relacionada con el derecho de autor en un mundo virtual: el caso de la cama SexGen³⁴. Se trataba de una cama comercializada en *Second Life* por la empresa Eros LLC que permitía a los usuarios del programa tener sexo virtual en más de 150 posiciones (a \$45 dólares cada una). El dueño de Eros LLC, Kevin Alderman, demandó al usuario “Volkov Cattaneo” (Robert Leatherwood) por copiar la imagen de su cama y vender las mismas posiciones (a \$15 dólares cada una). Además de ser el primer caso en un mundo virtual relacionado con una supuesta infracción al derecho de autor, Eros v. Robert Leatherwood también fue la primera ocasión en que una persona demanda a otra por copiar y luego vender algo que no existe.

8. Pornografía y parodias

La parodia es la imitación burlesca de una obra preexistente. En Colombia se tiene que si lo que se parodia está en el dominio público, el parodiante no tiene que pedir autorización para hacer la parodia y con su sola realización será el dueño de la misma. Pero si lo que se parodia está en dominio privado, es decir, está protegido por el derecho de autor, el parodista deberá obtener el permiso expreso del titular de la obra primigenia para parodiar a su antojo .

Si llegare a suceder que el parodista no obtiene autorización para utilizar la obra preexistente y sin embargo, realiza la parodia, entonces tendrá que asumir dos consecuencias: primero, su parodia no estará protegida por el derecho de autor; y segundo, podrá ser demandado por violación a los derechos de autor que se encuentren en cabeza del titular originario o derivado de la obra original, especialmente, del derecho moral a la integridad, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 23 de 1982.

³³ El artículo 6° de la Ley 23 de 1982 establece: “Las ideas o contenido conceptual de las obras literarias, artísticas y científicas no son objeto de apropiación. Esta Ley protege exclusivamente la forma literaria, plástica o sonora, como las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas en las obras literarias, científicas y artísticas”.

³⁴ Eros, LLC v. Robert Leatherwood & John Does 1-10, Dkt. No. 8:07-CV-0115-SCB-TGW (M.D. Fla., 2007).

Algunos consideran que la norma colombiana es extrema y limita la libertad de expresión de las personas pues la parodia debería ser libre como ocurre en otros países del mundo. Después de todo, dicen, debería ser permitido burlarse de las obras de otros mientras no se induzca al público a error sobre su procedencia ó se irroque algún daño a la obra original.

VII. Libertad de expresión artística

Según la Corte Constitucional de Colombia, la libertad de expresión artística es un derecho fundamental de aplicación inmediata, relacionado con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que es susceptible de ser amparado mediante la acción de tutela³⁵. Se divide en dos partes:

- La libertad para crear o proyectar artísticamente el pensamiento, la cual es absoluta, “no admite restricción alguna, aparte de las limitaciones naturales que la técnica escogida le imponga al artista, y las fronteras de su propia capacidad para convertir en realidad material lo que previamente existe sólo en su imaginación. Cualquier acto, particular o de autoridad, que pretendiese poner freno al desarrollo del impulso vital del hombre creador, constituiría una afrenta a su dignidad humana”³⁶.
- El derecho a difundir y dar a conocer sus obras al público, el cual es relativo, pues la comunidad puede decidir si desea o no apreciar determinadas obras de arte. “Es evidente que ningún pintor puede, en aras de ejercer su derecho a la libre expresión, exigirle al propietario de una galería privada que exponga sus obras sin el consentimiento de éste. En tratándose del uso de medios oficiales de difusión, o de medios particulares encargados de la prestación de un servicio público, la difusión artística debe someterse a la previa autorización que, con base en criterios acordes con la Constitución, otorguen las autoridades competentes”³⁷.

VIII. Límites al ejercicio del derecho patrimonial sobre obras pornográficas

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

³⁶ “En un Estado como el que define la Constitución, en el que las personas son moralmente autónomas, a nadie puede impedírsele difundir o tener acceso a las obras que quiera, so pretexto de su contenido inmoral o antiestético. El hacerlo, entrañaría un acto de censura, proscrito de nuestro ordenamiento constitucional y violatorio del derecho a la difusión de la expresión artística. La censura consiste, precisamente, en prohibir o recortar la difusión de cualquier idea por la sola razón de ser contraria a una ideología determinada, incluso si dicha ideología es la acogida por la mayoría de habitantes de una región o de todo el territorio colombiano”. Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Ahora bien, que la pornografía sea una actividad económica permitida³⁸ y el que se puedan reconocer derechos de autor sobre una obra pornográfica que cumpla los requisitos pertinentes no impide que el Estado dicte normas de orden público que limiten su distribución y explotación.

Los Estados pueden restringir “en determinadas situaciones, la circulación de los ejemplares o la comunicación pública considerada contraria a la moralidad o al interés general, como un límite al derecho de explotación. Esa limitación —que no es exclusión de la tutela—, es lo permitido por el Convenio de Berna, cuando pauta que sus disposiciones ‘no podrán suponer perjuicio, cualquiera que sea, al derecho que corresponde al gobierno de cada país de la Unión de permitir, vigilar o prohibir, mediante medidas legislativas o de policía interior, la circulación, la representación, la exposición de cualquier obra o producción, respecto a la cual la autoridad competente hubiere de ejercer este derecho’ (art. 17)”³⁹.

La Corte Constitucional de Colombia se refirió a este punto cuando dispuso que no se podía prohibir la posesión de material pornográfico en las cárceles pero que era posible reglamentar su uso⁴⁰ y cuando al fallar una tutela interpuesta por un artista contra un Centro Cultural cuyo director ordenó desmontar su obra por considerarla obscena y perniciosa (eran cuadros y fotografías de hombres desnudos con penes en erección rodeados de frutas colocadas de tal forma que aludían a genitales) concedió el amparo al creador, no porque la Corte considerase que se había violado su derecho fundamental a la libertad de expresión artística sino porque se estimó que se le había violado el debido proceso: era el Comité Evaluador quien podía tomar la decisión de descolgar los cuadros y no el director solo, con base en sus creencias personales⁴¹.

³⁸ Lo que está prohibido es la pornografía en la que participen menores, la presentación de material pornográfico en televisión abierta, y en general, la distribución y reproducción de material pornográfico en ciertas circunstancias. El Código Penal Colombiano consagra como delito la pornografía con menores así: “ART. 218.—Modificado. L. 1236/2008, art. 12. Pornografía con menores. El que fotografíe, filme, venda, compre, exhiba o de cualquier manera comercialice material pornográfico en el que participen menores de edad, incurrirá en prisión de diez (10) a catorce (14) años y multa de ciento treinta y tres (133) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes (...)”.

³⁹ Antequera, *Las obras literarias y artísticas...* ob. cit., p. 9.

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C- 184 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.