

PORNOGRAFÍA, OBSCENIDAD Y PROPIEDAD INTELECTUAL

Por Natalia Tobón Franco* y Eduardo Varela Pezzano**

Resumen: Libros, fotografías, películas y en general todo tipo de objetos relacionados con la pornografía constituyen un negocio millonario. Sin embargo, pocos abogados han estudiado el tema, tal vez porque lo consideran obsceno, inmoral, degradado o vulgar. Pero, ¿qué es obsceno, degradado o vulgar?, ¿Quién determina qué es escandaloso o inmoral?.

Este artículo analiza las posibilidades de protección legal que tienen las obras literarias y artísticas que han sido catalogadas como pornográficas a través del derecho de autor. Así mismo, presenta un estudio sobre la posible aplicación de las normas sobre propiedad industrial a los objetos sexuales que se venden en los sex shops. Al final se presenta un análisis de casos de marcas que han sido negadas en varios países por ser consideradas escandalosas o inmorales.

Abstract: The commercialization of books, photographs, films and all kinds of objects related to pornography produces lots of money. However, few lawyers have studied the issue, perhaps because they consider it obscene, immoral, debased or vulgar. But what is obscene, debased or vulgar?, Who determines what is scandalous or immoral?.

This article examines the possibilities of legal protection for literary and artistic works that have been categorized as pornographic by copyright. It also presents a study on the possible application of the rules on industrial property to sexual objects that are sold in sex shops. In the end, it brings an analysis of trademarks that have been denied in several countries for being scandalous or immoral.

Palabras claves: *Pornografía, obscenidad, objetos sexuales, derecho de autor, diseño industrial, patente, marcas obscenas & escandalosas*

Keywords: *Pornography, obscenity, sexual objects, copyright, industrial designs, patents, obscene & scandalous trademarks*

I. Preámbulo

* Abogada de la Universidad de los Andes (Bogotá), magistra en Propiedad Intelectual, Comercio y Tecnología de Franklin Pierce Law Center (New Hampshire). Actualmente dicta varias cátedras en la Universidad del Rosario (Bogotá). 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*. ntonobon@gmail.com.

** Abogado y especialista en Propiedad Intelectual de la Universidad del Rosario (Bogotá), donde es profesor de la misma materia. Es autor del libro *Tecnologías peer-to-peer, derechos de autor y copyright* y coautor de la obra *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.

Independientemente del discurso moral, la pornografía es un negocio millonario. Revistas, DVD's, juguetes sexuales y la Web han transformado a esta industria, defendida por unos y desdeñada por otros, en un fenómeno cultural y comercial.

Ni hablar de las estadísticas. Tan sólo en 2003, más de 260 millones de páginas Web eran pornográficas¹. En 1985, la venta y alquiler de películas pornográficas dejaba más de un billón de dólares en ganancias, cifra que ascendió a 3.1 billones en 1991 y a 8.6 billones en 2006². Hoy se afirma que los dividendos de la industria llegan a los 50 billones de dólares anuales³.

Pero lo cierto es que la pornografía ha existido desde siempre. En la prehistoria el hombre esculpía mujeres con senos enormes⁴. El templo Khajuraho en la India, construido hace mil años, muestra ilustraciones sicalípticas⁵. Las dinastías chinas, asimismo, dibujaban arte erótico⁶. Es más, cuando las ruinas de Pompeya fueron excavadas, los arqueólogos encontraron estatuas, frescos y pinturas que tacharon de pornográficas⁷.

La concepción de lo “pornográfico”, sin embargo, es creación de la reina Victoria I de Prusia. En 1857, Victoria I prohibió por primera vez la creación de materiales encaminados —según ella—, a “depravar y corromper”⁸, dentro de los cuales, por supuesto, se encontraban las obras sexualmente explícitas.

La invención del cinematógrafo amplió todavía más la producción de pornografía, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial. La revolución sexual de los años sesenta permitió que temas de sexualidad se trataran más abiertamente. En la década de los ochenta, con la aparición del VHS, millones de personas tuvieron acceso a películas pornográficas en la privacidad de sus hogares. Con Internet, la industria adquirió dimensiones insospechadas.

¹ Legon, Jeordan, “Sex sells, especially to Web surfers”, *CNN.com*, diciembre 11 de 2003, <http://edition.cnn.com/2003/TECH/internet/12/10/porn.business>.

² Hong, Seong Choul. “Copyright protection of pornography in a global context”, *Annual meeting of the International Communication Association*, TBA, Montreal, Quebec, Canadá, mayo 22 de 2008, http://www.allacademic.com/meta/p232337_index.html.

³ Tobón, Natalia & Varela Pezzano, Eduardo, *Derecho de autor para creativos*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2009, p. (--).

⁴ Cfr. McGroarty, Patrick, “Venus of Hohle Fels: Prehistoric porn”, *The Huffington Post*, mayo 13 de 2009, http://www.huffingtonpost.com/2009/05/14/venus-of-hohle-fels-prehi_n_203418.html.

⁵ Sicalíptico es algo erótico, algo que muestra picardía sexual. Cfr. Maira, Shakti, “Lessons from Khajuraho”, *The Hindu. India's National Newspaper*, mayo 5 de 2002, <http://www.hinduonnet.com/mag/2002/05/05/stories/2002050500420200.htm>.

⁶ Véase Gulik, Robert Hans van, *Erotic colour prints of the Ming period: with an essay on Chinese sex life from the Han to the Ch'ing dynasty. B.C. 206 - A.D.1644*, Brill, 2003, t. I, pp. 155-205.

⁷ En 1819, las pinturas y estatuas encontradas en Pompeya que se estimaban obscenas fueron llevadas a un museo secreto —*Gabinetto Segreto*— dentro del Museo Arqueológico Nacional de Nápoles. Al respecto, véase Famin, César, *Musée royal de Naples: peintures, bronzes et statues érotiques du cabinet secret, avec leur explication*, Londres, Collectors Publications, 1871, pp. xi-xxviii.

⁸ *Obscene Publications Act 1857* (20 & 21 Vict. c.83).

En este trabajo se realiza un análisis de la pornografía a la luz de la propiedad intelectual en el derecho comparado. Al comienzo se hace una presentación general del tema que incluye una descripción de los diversos tipos de pornografía y un pequeño análisis del concepto de obscenidad. Posteriormente se exponen las diversas clases de obras pornográficas y finalmente se presenta un estudio sobre la forma en que se pueden proteger jurídicamente las obras y objetos relacionados con la pornografía a través del derecho de autor y la propiedad industrial.

II. Tipos de pornografía

Las feministas radicales, lideradas por la norteamericana Chatharine MacKinnon, sostienen que la pornografía representa la “(...) subordinación de las mujeres presentada gráficamente de forma sexualmente explícita, ya sea en retratos o en palabras e incluye uno o más de los siguientes elementos: 1) las mujeres se presentan deshumanizadas como objetos sexuales, cosas o bienes; 2) como objetos sexuales que disfrutan del dolor o la humillación; 3) como objetos sexuales que experimentan placer sexual en la violación; 4) como unos objetos sexuales amarradas, cortadas, mutiladas, golpeadas o físicamente heridas; 5) en posturas de sumisión sexual, servilismo o en exhibición; 6) exhiben partes del cuerpo femenino —incluyendo, pero sin limitarse, a vaginas, senos y nalgas— de manera tal que las mujeres quedan reducidas a esas partes; 7) las mujeres se presentan como prostitutas por naturaleza (...)”⁹.

Otros, en cambio, definen lo pornográfico como aquello que hace alusión al carácter obsceno e impúdico de las obras literarias, artísticas y audiovisuales¹⁰. Sin embargo, lo cierto es que existen diferentes formas de clasificar la pornografía, y una de ellas es haciendo alusión a la cantidad de sexo explícito que contenga.

De esta manera, el *softcore* es el género pornográfico en el que las escenas de sexo no muestran ni primeros planos de genitales ni de penetraciones. Le sigue el *mediumcore* o pornografía convencional, donde los modelos enseñan la totalidad del cuerpo en posturas provocativas —v. g.r. revistas pornográficas—.

⁹ MacKinnon, Catherine, “La pornografía no es un asunto moral”, *Derecho y Pornografía*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997, pp. 71-72. No todas las feministas sostienen lo mismo. Existen grupos de feministas a favor de la pornografía que sostienen que su prohibición sólo la haría más atractiva y, además, que existe cierta pornografía que le permite a las mujeres vencer ciertos tabús sobre su sexualidad. Incluso, hay feministas que llegaron a sostener que prohibir la pornografía era simplemente una expresión de una falsa conciencia burguesa —Al respecto, véase Purcell, Natalie, “Feminism and pornography: Building sensitive research and analytic approaches”, *Electronic Journal of Human Sexuality*, vol. 12, 2009, <http://www.ejhs.org/Volume12/Feminism%20and%20Porn.htm>—.

¹⁰ Posner considera que es necesario diferenciar entre las expresiones “pornográfico”, “obsceno”, “impúdico” y “erótico”. *Pornográfico* es aquello que “busca estimular o moderar el apetito sexual, lo sexualmente explícito y lo que pretende degradar a las mujeres —el último es el significado que las feministas quieren imponerle a la palabra—” —Vease Posner, Richard, “Arte erótico, pornografía y desnudez”, *Derecho y Pornografía*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997, pp. 88-89—.

En último lugar, está el *hardcore*, que es el más extremo, ya que muestra explícitamente el acto sexual, ya sea vaginal, anal u oral, o con aparatos.

La pornografía también se clasifica según la orientación sexual del producto o de sus destinatarios: heterosexual, homosexual y bisexual. Del mismo modo, existen géneros como el sexo transexual (hombres transformados en mujeres por medio del consumo de hormonas y uso de vestimenta) la zoofilia (actos sexuales con animales) y, recientemente, la robofilia (sexo con máquinas)¹¹.

III. El concepto de obscenidad

La obscenidad es un concepto moral¹². Como anota Richard Posner, la palabra “obsceno” es una “expresión de fuerte reproche” la cual, no obstante, “cuenta con varias acepciones”, por lo que “no se hace una mala utilización del mismo cuando se usa en frases no relacionadas con el sexo, como *El Holocausto fue obsceno*, o *La silla eléctrica es obscena*”¹³. No obstante, la pregunta sigue siendo la misma: ¿qué es obsceno, y qué no lo es?

Desde el punto de vista jurídico ha sido imposible llegar a una única respuesta. Así lo demuestra el fracaso del *Miller Test*¹⁴, sugerido por los jueces norteamericanos y según el cual una obra será obscena si responde positivamente a cualquiera de las siguientes preguntas:

- ✓ Si una persona promedio, aplicando las normas de la comunidad en la que vive, 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;
- ✓ Si la obra, en su conjunto, carece de seriedad literaria y/o artística, política o científica.

No obstante, en la práctica surgieron dificultades para determinar en qué casos una obra, en su conjunto, carecía de seriedad literaria y/o artística, política o científica. Es por ello que hoy en día en la jurisprudencia estadounidense prima la opinión del juez William J. Brennan, quien en su salvamento de voto al caso *Paris Adult Theatre v. Slaton* dijo¹⁵:

“[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

¹¹ Cfr. <http://www.fuckingmachines.com/site/?c=1>.

¹² *Idem*, pp. 46-47 (“la legislación contra la obscenidad se ocupa del mismo tema superficial y subyacente en la pornografía”).

¹³ Posner, Richard, *op. cit.*, nota 9, p. 89.

¹⁴ *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

¹⁵ *Paris Adult Theatre v. Slaton*, 413 U.S. 49, 109-110 (U.S. 1973).

validar un estatuto que socava sustancialmente las garantías de la [libertad de expresión]”.

Lo obsceno será obsceno dependiendo de quién lo observe. Por esta razón, a una obra pornográfica no se le debe negar, simplemente por su temática, la protección de los derechos intelectuales. Lo verdaderamente relevante, como se podrá apreciar más adelante, es la originalidad que imparta su creador en el caso de obras protegibles a través del derecho de autor o la novedad, especialidad y altura inventiva, si se trata de obras susceptibles de protección a través de las normas sobre propiedad industrial.

IV. Obras pornográficas y su protección por el derecho de autor

El derecho de autor protege las obras del intelecto independientemente de su temática, su mérito y su finalidad pues no se puede “transformar al juez en crítico de arte, bajo pena de arbitrariedad y subjetividad sin límites”¹⁶. En otras palabras, “al derecho de autor no le importa si la obra objeto de protección tiene o no mérito artístico o literario, ni el fin para el cual está creada la obra”¹⁷.

1. Literatura pornográfica

Una obra literaria es una obra escrita, original, que se puede divulgar o reproducir por cualquier medio conocido o por conocer¹⁸. Son obras literarias libros, revistas, folletos y cualquier tipo de expresión en letras, signos o marcas convencionales, independiente del ámbito literario al que pertenezcan. De igual manera, 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 divulgar, reproducir o expresar¹⁹. En efecto, y aunque la pornografía sea la representación de actos sexuales con una ausencia absoluta de valores literarios, artísticos o de verdadera información sexual seria y responsable²⁰, ello no impide que el derecho de autor la proteja como una obra en si misma.

Ni el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas²¹ ni la mayoría de legislaciones excluyen la protección del derecho de autor a obras que eventualmente puedan considerarse contrarias a la moral o al orden público. Así lo explica Antequera²²:

¹⁶ Antequera Parilli, Ricardo, *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Madrid, Reus, 2007, p. 61,

¹⁷ Márquez, Santiago, *Principios del derecho de autor*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2007, p. 55.

¹⁸ Esta definición es una adaptación que mezcla elementos de la definición de “obra” en la Decisión 351 de 1993 de la Comisión de la Comunidad Andina. Véase el artículo 3º de esta norma.

¹⁹ *Idém.*

²⁰ Véase *Miller v. California*, nota 18.

²¹ Adoptado en Berna el 9 de septiembre de 1886. La última revisión se llevo a cabo en París el 24 de julio de 1971, enmendada el 28 de septiembre de 1979.

²² Antequera Parilli, Ricardo, *op. cit.*, nota 16, p. 63.

“(…) ninguna disposición convencional o legal excluye de la protección por el derecho de autor a aquellas obras que, en un determinado momento, puedan considerarse en algún país como atentatorias a la moral, al orden público o a las buenas costumbres”.

Ahora bien, que se puedan reconocer derechos de autor sobre una obra pornográfica que cumpla los requisitos legales no impide que el Estado dicte normas de orden público para limitar su distribución y explotación. La Corte Constitucional colombiana se refirió a este punto al señalar que no se podía prohibir la posesión de material pornográfico en las cárceles pero que sí era posible reglamentar su uso²³:

“Resulta extraño que la ley pretenda limitar actividades que dependen de la libre opción de cada individuo, es decir, del ejercicio de sus gustos y aficiones, y de las cuales no se deriva perjuicio o atentado contra los derechos ajenos”.

“Como ya ha tenido oportunidad de sostenerlo la Corte: el establecimiento de un régimen disciplinario que busque el orden en los recintos carcelarios, no implica que el recluso no pueda poseer material pornográfico —o de cualquier otro tipo—, porque cada persona es libre de escoger sus lecturas y pasatiempos mientras no afecte los derechos de los demás”.

“Junto al reconocimiento que hace esta Corporación de la libertad que los internos tienen para poseer material pornográfico, hay que advertir que el ingreso o circulación de este tipo de documentos debe cumplir con los requisitos legal y reglamentariamente exigidos para el ingreso y circulación de cualquier otro tipo de material cuya tenencia sea permitida”.

Otra discusión es si los títulos de obras pornográficas merecen alguna protección. La mayoría de las legislaciones protegen los que son individuales y originales, sólo que algunas lo hacen a través del derecho de autor y otras, en cambio, a través de normas que regulan la libre competencia.

Así, por ejemplo, desde el punto de vista del derecho de autor, el artículo 86 de la Ley 23 de 1982 colombiana dispone que el título de una obra que fuere individual y característico no “podrá ser adaptado para otra obra análoga sin autorización de su autor”. En México, en cambio, el artículo 14 de la Ley Federal del Derecho de Autor señala que los nombres, los títulos y las frases aisladas no son objeto de protección.

2. Cine pornográfico

²³ Sentencia C- 184 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Técnicamente, las películas pornográficas son obras audiovisuales que, según el Convenio de Berna, se asimilan a “obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía” (art. 2º, num. 1º)²⁴. Del mismo modo que las obras literarias, éstas gozan de protección por el derecho de autor si son originales y susceptibles de divulgación o de reproducción.

La obra audiovisual, y por consiguiente la película pornográfica, se considera una obra colectiva en la que intervienen varias personas físicas con diferentes aportes creativos: el escritor del guión, el compositor de la música, los actores, el director de fotografía, el escenógrafo, el director de la película y el productor, entre otros.

La legislación colombiana señala específicamente que el productor es el titular del derecho de autor patrimonial sobre la obra cinematográfica (arts. 97 y 98 de la Ley 23 de 1982). Igualmente, precisa que las diversas personas que intervienen en su proceso de creación son titulares de los derechos morales sobre la misma pero con respecto a sus propias contribuciones (arts. 95 y 99 *ibidem*).

En Perú, en cambio, la Ley sobre Derecho de Autor establece que, salvo pacto en contrario, se presumen coautores de la obra cinematográfica el director, el autor del argumento, el de la adaptación, el del guión, el de la música especialmente compuesta para la obra y el dibujante en caso de diseños animados (art. 58). Igual situación ocurre con La Ley Federal del Derecho de Autor en México, sin perjuicio de los derechos que correspondan a los demás coautores en relación con sus respectivas contribuciones (art. 22).

De todas formas, en la industria pornográfica el problema no es establecer quién es el titular del derecho de autor, pues esta cuestión casi nunca se debate. Lo que en realidad causa dificultades son las parodias de producciones de *Hollywood*, tales como *Whore of the Rings*²⁵, *Edward Penishands*²⁶ y *Porn Wars*²⁷. Sátiras como éstas, a pesar de estar amparadas en las excepciones y limitaciones del derecho de autor, en ocasiones pueden provocar demandas millonarias que invocan desde difamación y daño a la imagen hasta infracción del derecho de autor²⁸.

²⁴ Lipszyc anota que las obras cinematográficas son “obras complejas”, pues están protegidas “(...) en sí mismas como una clase particular de obras en colaboración (por ejemplo, Argentina, art. 20; Francia, art. 14; España, art. 87) con independencia de las creaciones y de los aportes artísticos que concurren a su realización (...)” —véase Lipszyc, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO, 1993, p. 89—.

²⁵ <http://www.imdb.com/title/tt0412063>.

²⁶ <http://www.imdb.com/title/tt0101799>.

²⁷ http://www.private.es/movies/movie.php?a=a&movie_id=PPG081&agreed_terms=agreed.

²⁸ *Vease Lucasfilm Ltd. v. Media Market Group*, 182 F. Supp. 2d 897 (2002), caso en el cual se decidió una demanda millonaria interpuesta por George Lucas y LucasFilm Ltd., creadores de la saga Star Wars, contra los productores del film animado (aunque pornográfico) Starballz. Lucas y LucasFilm alegaban que Starballz, más que una parodia, era una estrategia publicitaria para difamar a Star Wars. Sin embargo, la juez Claudia Wilken sentenció a favor de los productores de Starballz: “(...) Starballz es una parodia de Star Wars, en el sentido de que es una obra literaria o artística en general que imita un estilo característico del autor y la mantiene hasta el ridículo’ (...) En este caso no es razonable pensar que los consumidores



Portada de la película Whore of the Rings (2001)

En Colombia, el artículo 15 de la Ley 23 de 1982 señala que el parodista siempre debe obtener autorización expresa del titular de la obra primigenia para parodiar a su antojo. Es decir que la parodia "(...) está ubicada dentro de la categoría de obras derivadas, las cuales se caracterizan por requerir para su realización la autorización expresa del titular de la obra original"²⁹.

Algunos autores consideran que la norma colombiana es exagerada, limita la libertad de expresión y la parodia debe ser libre³⁰. Después de todo debería ser permitido burlarse de las obras de otros autores mientras no se induzca al público a error sobre su procedencia ó se irroque algún daño a la obra original.

En España, el artículo 39 de la Ley de la Propiedad Intelectual (Ley 22 de 1987) dispone que "(...) no será considerada transformación que exija consentimiento del autor la parodia de la obra divulgada, mientras no implique riesgo de confusión con la misma ni infiera un daño a la obra original o a su autor". Aún cuando esta norma genera problemas en su aplicación, pues es difícil determinar cuándo hay confusión y cuándo se genera un daño, sí resulta más acorde con el derecho a la libertad de expresión que la norma colombiana.

En países de tradición jurídica anglosajona, como Estados Unidos e Inglaterra, tampoco se exige permiso alguno y existe plena libertad para parodiar, pues se

pueden confundir Star Wars y Starballz, la cual se etiqueta como una película para adultos, es animada y rara vez se vende en los mismos canales de comercialización de Star Wars. Además, los productores de Star Wars son tan famosos que es muy poco probable que los consumidores creen que Starballz está relacionado con Star Wars o Lucasfilm".

²⁹ Rengifo García, Ernesto. *Propiedad intelectual. El moderno derecho de autor*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 139.

³⁰ Tobón, Natalia & Varela Pezzano, Eduardo, *op. cit.*, nota 3, p. (--).

estima que la parodia es una demostración del respeto al derecho fundamental de libertad de expresión³¹.

3. Fotografías pornográficas

La fotografía es “(...) una imagen fija producida sobre una superficie sensible a la luz o a otra radiación, cualquiera que sea la naturaleza técnica del procedimiento (químico, electrónico, etc.) utilizado para realizar la imagen”³².

Algunas legislaciones como la mexicana (art. 27) y la estadounidense (17 U.S.C. §102) señalan que las fotografías son objeto del derecho de autor bajo la simple condición de que sean originales. Otras, como la alemana, española y colombiana exigen que la fotografía tenga al menos una chispa de creatividad artística³³.

En Estados Unidos se considera que una fotografía es original en los siguientes casos³⁴:

- 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 es difícil aterrizar estos requisitos a un caso en concreto, esta lista, sin ser taxativa, es un acercamiento completo a la 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 jueces que sostienen que ninguna creación pornográfica es novedosa u original y por lo tanto no merecen la protección de la propiedad intelectual³⁵. Al fin y al cabo, en las películas, novelas y fotografías pornográficas se representa lo mismo: sexo explícito.

V. Propiedad industrial y objetos sexuales

³¹ Vease *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 575 (1994).

³² Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 20, p. 83.

³³ Para mayor información sobre el tema, véase Goldstein, Paul. *International copyright: Principles, law and practice*, Oxford University Press, 2001, pp. 172-173. En Colombia, si bien la legislación expresamente establece que la obra de carácter fotográfico debe incluir “mérito artístico” (art. 89, L.23/82), lo cierto es que la Dirección Nacional de Derecho de Autor registrará como obra protegida por el derecho de autor cualquier tipo de fotografía, siempre que sea original y sin importar su condición artística.

³⁴ *Cfr. Mannion v. Coors Brewing Co.*, 2005 U.S. Dist. LEXIS 14686.

³⁵ *Cfr. Mitchell Brothers Film Group v. Cinema Adult Theater*, 604. F 2d, 852,863 (1979).

Objetos sexuales son todos aquellos productos que se venden en los *sex shops*: vibradores, bolas chinas, 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. Estos artículos, en principio, se protegen a través de dos de las figuras de la propiedad industrial: diseños y patentes.

1. Diseños industriales de objetos sexuales

Los diseños (dibujos y modelos) industriales, en la mayoría de legislaciones, protegen la apariencia de la totalidad o de una parte de un producto que resulta de una combinación de líneas, contornos, colores, formas, textura, y/o materiales. Uno de los requisitos fundamentales para optar por esta protección es que la nueva apariencia no esté determinada por la función que cumple el producto y además, que no cambie la finalidad o destino para el cual fue creado³⁶. En consecuencia, un objeto sexual tendría la protección de un diseño industrial si cumpliera con los siguientes requisitos:

(a) **Novedad**³⁷: Se requiere que el objeto tenga una apariencia diferente de la que tienen los demás productos de su clase. En la Comunidad Andina y Europea, por ejemplo, no habrá 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 industrial.

(b) **Especialidad**: Un objeto sexual será un diseño especial cuando su apariencia no esté determinada por la función que cumple. Por ejemplo, una muñeca inflable que represente el cuerpo de una mujer, sobretodo en sus zonas erógenas, no es algo especial, pues esas formas son esenciales para la función que cumple.

(c) **Singularidad**³⁸: Un objeto sexual que pretenda ser un diseño industrial tendrá carácter de singular "(...) cuando la impresión general que produzca en un usuario informado difiera de la impresión general producida en dicho usuario por cualquier otro dibujo o modelo que haya sido puesto a disposición del público antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro o, si se reivindica prioridad, antes de la fecha de prioridad (...)".

³⁶ Esta definición es una combinación del concepto de diseño industrial según los artículos 1(a) de la Directiva europea 98/71/CE de octubre 13 de 1998 sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos industriales; 3º del Reglamento europeo (CE) nº 6/2002 sobre dibujos y modelos de 12 de diciembre de 2001; y 113 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones.

³⁷ El artículo 115 de la Decisión 486 de la CAN 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.

³⁸ Al respecto, véase el artículo 5.1. de la Directiva europea 98/71/CE.

En la práctica, sin embargo, las autoridades tienen dificultades para reconocer objetos sexuales en la categoría de diseño industrial. Básicamente hacen uso de aquella exclusión a la protección que está plasmada en la mayoría de las legislaciones y que consiste en prohibir el reconocimiento de derechos de propiedad intelectual cuando se trata de productos o servicios contrarios a la moral, al orden público y a las buenas costumbres³⁹. Cuando estos principios se interpretan subjetivamente, es evidente que los diseños de contenido sexual, obsceno o pornográfico serán irregistrables, toda vez que los examinadores de las oficinas de propiedad industrial sufren de una tendencia obstinada a negar arbitrariamente todo aquello que atenta contra un mínimo sentido de decencia y moralidad⁴⁰.

Adicional a lo anterior, la protección de un diseño industrial no puede reconocerse si las características de apariencia del producto están dictadas exclusivamente por su función técnica⁴¹ y, por supuesto, hasta los elementos más ornamentales⁴² de un objeto sexual, como las puyas del vibrador más exótico o los orificios de una muñeca inflable, cumplen un propósito técnico⁴³: dar placer a quien las utiliza.

2. Patentes de inventos sexuales

Las leyes sobre patentes —sea de invenciones, modelos de utilidad o diseños— también consagran la prohibición de patentar materia atentatoria de la moral y del orden público⁴⁴. Sin embargo, y a diferencia de la protección del diseño industrial, la patentabilidad de un nuevo producto no está supeditada a

³⁹ Esta exclusión se encuentra presente en el artículo 116 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones, que señala: “(...) no serán registrables: (...) los diseños industriales cuya explotación comercial en el territorio del País Miembro en que se solicita el registro deba impedirse necesariamente para proteger a la moral o al orden público”. Esta misma norma se encuentra en el artículo 8º de la Directiva 98/71/CE y del Reglamento (CE) nº 6/2002 de la Unión Europea. La Ley mexicana de la propiedad industrial también dispone que no otorgará registro alguno sobre diseños contrarios a la moral y a las buenas costumbres.

⁴⁰ Cfr. Fernández Novoa, Carlos, *Derecho de marcas*, Madrid, Montecorvo, 1990, pp. 88-90.

⁴¹ Véase los artículos 130 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina y 7.1 y 8.1. de la Directiva 98/71/CE y del Reglamento (CE) nº 6/2002 de la Unión Europea.

⁴² Las cortes estadounidenses han señalado que un diseño industrial será ornamental cuando “no sea principalmente funcional” —véase *In re Carletti*, 51 C.C.P.A. 1094, 328 F.2d 1020, 140 U.S.P.Q. (BNA) 653 (CCPA 1964)—.

⁴³ Llobregat señala que no es fácil, sin embargo, establecer cuándo la forma de un objeto es separable o no del efecto técnico producido. Por tal razón hace referencia a los criterios empleados por los tribunales españoles para tal efecto: “(...) el primero de ellos es el criterio de la multiplicidad de las formas, es decir, de la posibilidad de llegar al mismo resultado técnico a través de una variedad de formas. El segundo criterio es el de la incidencia de la variación de la forma en el resultado técnico que se pretende alcanzar, de tal suerte que si cambiando la forma cambia el resultado técnico hay separabilidad —Llobregat, María Luisa, *Temas de propiedad industrial*, Madrid, La Ley, 2002, pp. 216-217—.

⁴⁴ Por ejemplo el artículo 35 § 171 de la ley de patentes en Estados Unidos y el artículo 20 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina.

su funcionalidad técnica, sino a su novedad⁴⁵, actividad inventiva⁴⁶ y aplicación industrial⁴⁷.

Por esta razón es normal encontrar antecedentes de patentes concedidas que versan sobre productos —o procedimientos— íntimamente relacionados con temas sexuales o, al menos, pornográficos.

La patente U.S. 6,694,980 protege, en el anterior sentido, un profiláctico que impide la transmisión de enfermedades producidas por microorganismos y espermatozoides, y que, además, actúa como una especie de barrera sexual durante el coito.

Asimismo, la patente U.S. 4,224,933 comprendía un estabilizador y estimulador sexual que incorporaba un manguito tubular de látex quirúrgico delgado, una constricción en los extremos opuestos de una parte principal del mismo, medios para mantener el pene erecto incluso cuando flácido, y un mecanismo para excitar a la pareja femenina en el acto sexual.

No obstante, y con el paso de los años, los inventos sexuales pierden novedad y nivel inventivo. Así lo evidencia un fallo en 2009 de la Corte Federal de Apelaciones de Estados Unidos, en el que el juez Richard Posner declaró que un juguete sexual hecho a base de vidrio era una mejora “obvia” respecto del estado de la técnica actual⁴⁸:

⁴⁵ “(...) Lo novedoso, es lo que no está comprendido en el estado de la técnica (divulgación cualificada) o lo que no haya sido divulgado o hecho accesible al público en cualquier lugar (divulgación simple y novedad absoluta). La divulgación puede ser oral o escrita, puede resultar del uso o explotación, o producirse por cualquier otro medio. Esta divulgación debe ser detallada y, en todo caso, suficiente para que una persona del oficio pueda utilizar esa información para ejecutar o explotar la invención. Por otra parte, cuando un invento está en uso o explotación es porque ya fue patentado o porque es del dominio público. En estos casos el invento objetivamente perdió su novedad. (...) En el caso de patentes de invención, se supone que la creación científica o técnica viene a llenar una necesidad industrial que el estado de la técnica no estaba en capacidad de satisfacer. En el caso de las patentes de perfeccionamiento o mejora, en cambio, la creación científica o técnica no es tan radical, ya que el invento parte de algo conocido para tan solo mejorarlo (...) La fecha de presentación de la solicitud de patente determina el momento que la Oficina Nacional Competente debe tener en cuenta para apreciar la novedad, en el sentido de que tal fecha constituye un término ad-quem, o sea, un momento hasta el cual la divulgación del invento afecta el derecho a obtener el privilegio de la patente. Si el invento que se desea patentar se hizo accesible al público antes de la fecha de presentación de la solicitud, la Oficina Nacional Competente no puede otorgar la patente ya que el invento carecería de novedad” —Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 6-IP-89 de noviembre 6 de 1998—.

⁴⁶ “El requisito de nivel inventivo coincide con el concepto de actividad inventiva desarrollado en las leyes francesas y españolas, que consideran que una invención tiene actividad inventiva cuando, para un técnico en la materia, la invención no se hubiere derivado de manera evidente del estado de la técnica, y que corresponde a lo que se conoce en la legislación estadounidense como *no obviousness* (...)” —Pachón, Manuel & Sánchez Ávila, Zoraida, *El régimen andino de la propiedad industrial*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995, p. 61—.

⁴⁷ Una invención tendrá aplicación en la industria si es utilizable o, lo que es lo mismo, materialmente realizable en la práctica — Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 26-IP-99 de julio 23 de 1999—.

⁴⁸ *Ritchie v. Vast Resources, Inc.*, 563 F.3d 1334 (C.A. Fed., 2009).

“La patente de los demandantes (U.S. 6,132,366) reivindica una “ayuda sexual (...) fabricada a base de un vidrio común, basado en material lúbrico que contiene una cantidad apreciable de óxido de boro para hacerlo resbaladizo y resistente al calor, a productos químicos, a la electricidad y a la absorción de bacterias”. El vidrio que contiene óxido de boro se llama “vidrio de borosilicato”. El “silicato” es una referencia al hecho de que, como la mayoría de cristales, el componente predominante de borosilicato de vidrio es la sílice. Por “lasciva” (...) la patente sólo significa “resbaladizo”, que es el segundo significado de la palabra. El uso de la palabra en la patente, en ese sentido, es confuso, porque el vidrio es liso y no deslizante. Pero lo que quiere decir es que el vidrio, al contener óxido de boro, es más suave que el bicarbonato de vidrio de cal y por lo tanto se vuelve resbaladizo con menos lubricante que un dispositivo hecho a base de vidrio soda-cal. El uso de la expresión “cantidad considerable” de óxidos de boro también es problemático, porque es vaga. Pero al parecer, se entiende que todo lo que los demandantes están alegando es que su invención utiliza vidrio que tiene la cantidad de óxido de boro que usualmente se encuentra en vidrio borosilicato”.

VI. Marcas “escandalosas” o “inmorales”

Otra de las prohibiciones normalmente encontradas en las legislaciones sobre propiedad industrial es la referente al registro de marcas escandalosas o inmorales. Así acontece, por ejemplo, en las leyes sobre propiedad industrial y marcas de la Comunidad Andina (art. 135 literal p), México (art. 4) y Estados Unidos (15 U.S.C. §1052 2(a)).

Dentro de las definiciones para las palabras “escandaloso” e “inmoral” se encuentran, por supuesto, las expresiones “obsceno”, “vulgar”⁴⁹ y “pornográfico”. Sin embargo, las decisiones de las oficinas de marcas en la práctica son inconsistentes e impredecibles. Mientras algunas niegan el registro de ciertos signos alegando que su contenido adolece de una de estas características, en otras el carácter impúdico u obsceno del que pueda sobrellevar una marca pasa por inadvertido.

Históricamente, la oficina de marcas de Estados Unidos ha negado el registro de signos que a pesar de no estar compuestos por una palabra o una expresión obscena o vulgar si guardaban cierta conexión con contenido sexual

⁴⁹ La expresión “vulgar” en este caso no debe tomarse en el sentido de “vulgarización”, sino de obsceno. El término “vulgarización”, en materia marcaria, se refiere a cuando una denominación corriente o de uso común, si bien no era en sus inicios el nombre original del producto, “ha quedado por virtud de su uso, y con el paso del tiempo, consagrada como apelativo obligado de los productos o servicios identificados. Este fenómeno de la vulgarización de la marca provoca la pérdida de los derechos que el titular pueda tener sobre un signo que ha dejado de tener capacidad distintiva (...) Como ejemplos de la vulgarización de marcas se encuentran Chicléts, Aspirina, Vaselina, Creolina, DDT, Thermo y otros (...)” —véase Alemán, Marco Matías, *Marcas. Normativa subregional sobre marcas de productos y servicios*, Bogotá, Top Management International, 1995, p. 84—.

explícito⁵⁰, como en los casos de las marcas LIBIDO⁵¹ y 1-800-JACKOFF⁵². En otras oportunidades, y contradictoriamente, el examinador estadounidense ha permitido el registro de marcas como BIG PECKER BRAND⁵³ y BADASS⁵⁴.

En 2006, la compañía Cybernet Entertainment, LLC solicitó el registro de la marca FUCKINGMACHINES ante la Oficina de Patentes y Marcas de Estados Unidos (USPTO) para identificar “servicios de espectáculos de carácter erótico y sexual, a saber, que proporcionan un sitio web ofreciendo clips de películas, fotografías y otros contenidos multimedia, con acceso limitado a espectadores adultos y con exclusión de cualquier uso de la marca salvo en medios de comunicación o sitios donde se ofrezca contenido erótico u orientado para adultos”⁵⁵. Inicialmente, la USPTO estimó que la marca era atentatoria de la moral pública por el uso de la expresión *fucking*, considerada ofensiva y vulgar⁵⁶.

El solicitante de la marca, sin embargo, argumentó su solicitud y explicó que la raíz de la palabra *fucking*, es decir, *fuck*, significaba, según el diccionario, “copular”, expresión que carecía de sentido vulgar u ofensivo. Agregó, además, que el público norteamericano utiliza dicha expresión no sólo para referirse a un acto sexual, sino también en otros contextos para expresar pasión (*absofuckinglutely!*), rabia (*fuck you*), deseo (*fuck me* o *fuck me harder*) o engaño (*to fuck*)⁵⁷. La marca, no obstante, fue negada en marzo 17 de 2008.

Por su parte, el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI) también ha negado el registro la palabra FUCK en varias oportunidades. Los casos más recientes son los de las marcas LULAFUCK IN HEAVEN ONE GOD...AND ONE LULAFUCK⁵⁸ y FUCKERS⁵⁹.

⁵⁰ Véase Andel-Khalik, Jasmine, “To live in in-“fame”-y: Reconceiving scandalous marks as analogous to famous marks”, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 25, núm. 173, 2007, pp. 205-209.

⁵¹ *Ex parte* Parfum L’Orle, Inc., 93 U.S.P.Q. (BNA) 481 (P.T.O. 1952) (argumentando que la expresión “LIBIDO” hace alusión a deseo sexual).

⁵² *In re* Boulevard Entm’t, Inc., 334 F.3d 1336, 1339 (Fed. Cir. 2003) (argumentando que la palabra “JACKOFF” significa masturbarse).

⁵³ *In re* Hershey, 6 U.S.P.Q.2d (BNA) 1470, 1471 (T.T.A.B. 1988) (argumentando que el empleo vulgar de la expresión “PECKER” para referirse a “pene” es arcaico).

⁵⁴ *In re* Leo Quan Inc., 200 U.S.P.Q. (BNA) 370, 371 (T.T.A.B. 1978) (argumentando que únicamente una porción de la población entendería que la expresión BADASS se compone de la palabra ASS).

⁵⁵ La explicación de la página web www.fuckingmachines.com aclara en mayor detalle los servicios que serán prestados e identificados bajo la marca FUCKINGMACHINES: “*Fucking Machines features kinky sex with hot naked girls that love hardcore machine fucking. At FuckingMachines.com, smoking hot girls get fucked by robotic dicks and dildos on high tech machines and machines straight from the garage or even kitchen! Video with girls fucking machines is in high definition for your viewing pleasure. We take kinky sex to a new level with our women fucked in many ways by sex toys and machines at speeds up to 350 RPM, leading to genuine orgasms. If you like seeing women getting fucked by machines and having genuine screaming, cum dripping orgasms, Fucking Machines is the Website for you*”.

⁵⁶ Véase el expediente No. 78680513 en la United States Patent and Trademark Office (USPTO).

⁵⁷ *Idem*. “*How many times did we double over in laughter as children when we heard Eddie Murphy call someone a motherfucker?*”, argumentó el apoderado de Cybernet Entertainment, LLC.

⁵⁸ Exp. 979513.

⁵⁹ Exp. 432808.

En mayo de 2009, la *Trademark Trial and Appeal Board* de la USPTO negó el registro de la marca PUSSY NATURAL ENERGY para identificar una bebida energizante, señalando que la expresión PUSSY era “(...) jerga para ‘genitales femeninos’ y, por lo tanto, escandalosa, porque dicho término es “(...) vulgar, ofensivo, tabú, obsceno y grosero”⁶⁰. En contraste, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia ha registrado la palabra PUSSY en más de una oportunidad, en los expedientes de las marcas PUSSY⁶¹ y PUSSYCAT⁶². En México, el IMPI también ha registrado PUSSY JEANS COMPANY⁶³.



PUSSY NATURAL ENERGY, negada por la USPTO por “escandalosa”

En cuanto a palabras obscenas o escandalosas en lengua castellana, el Tribunal Supremo español —Sala de lo Contencioso Administrativo— confirmó en 2009 la negación de las marcas AGUARDIENTE DE PUTA MADRE y AGUARDIENTE HIJOPUTA por parte de la Oficina Española de Patentes y Marcas⁶⁴. Sin embargo, la negación no se basó en la calidad impúdica o profana que pudieran llegar a tener ambas expresiones, sino en el carácter descriptivo que tendrían en el mercado:

“Sin perjuicio de lo ya dicho sobre su carácter contrario a las buenas costumbres, las dos expresiones adicionales que realmente identifican a los marcas denegadas (esto es, “hijoputa” y “de puta madre”) han llegado a convertirse en el lenguaje castellano vulgar en términos que, aplicados a ciertos artículos de consumo humano, se consideran por quienes emplean dichas expresiones como indicadores de productos de calidad excepcional. Se trata, pues, para quien los utiliza en este contexto, de términos que han transmutado su originario significado para adquirir la condición de superlativos casi absolutos, esto es, los que denotan el alto grado de cualidad que con ellos se expresa. Desde esta perspectiva, que es la adoptada por quien solicitó el registro de las dos marcas, ambas expresiones más que “sugerir” tratan de “describir” la cualidad máxima de un aguardiente y, precisamente por ello, incurren en la prohibición absoluta de registro que tanto la Oficina Española de Patentes y Marcas como la Sala de instancia acertadamente aplicaron”.

En Sur América, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOP) del Perú negó en 2009 el registro de la marca EL PEZWEON, solicitada para distinguir productos de la Clase 25

⁶⁰ *In re Shearer*, No. 78690531 (T.T.A.B. 2009).

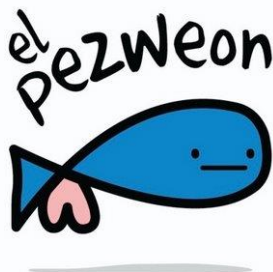
⁶¹ Exp. 92.270369, 92.270428, 92.270368.

⁶² Exp. 92.339865.

⁶³ Exp. 509982.

⁶⁴ Sentencia de abril 2 de 2009. Rec.1180/2007.

(prendas de vestir) de la Clasificación Internacional de Niza⁶⁵. La Dirección de Signos Distintivos de la entidad señaló que la partícula WEON era una contracción de la palabra “HUEVÓN” y, por consiguiente, resultaba contraria a “la moral y a las buenas costumbres”, prohibición legalmente establecida por la Decisión 486 de la Comunidad Andina⁶⁶.



EL PEZWEON, negada en Perú por ser contraria a la moral y a las buenas costumbres

Por otra parte, la Sala de Propiedad Intelectual de INDECOPI (el órgano que resuelve en apelación las resoluciones de las Direcciones de Signos Distintivos, Invenciones y Nuevas Tecnologías y Derechos de Autor) señaló en 2001 tres factores que deben ser considerados por el examinador de marcas en la Comunidad Andina, antes de rechazar el registro de un signo invocando razones de moralidad y buenas costumbres⁶⁷:

“1) La propia estructura denominativa o gráfica del signo solicitado, puesto que es indudable que en algunas ocasiones un signo es per se inadecuado para constituirse como marca, al margen de los eventuales productos o servicios a que pretende aplicarse, en la medida que chocan abiertamente contra la ley, el orden público, la moral o las buenas costumbres. Tal sería el caso de una expresión que atentase directamente contra la dignidad femenina o de una denominación de algún estupefaciente o droga. Con respecto a este tipo de denominaciones puede, no obstante, plantearse la cuestión de si el significado inmoral de la denominación es presumiblemente conocido por amplios sectores de la población o tan sólo por un segmento irrelevante de la misma. Esta cuestión no se planteará, en cambio, cuando pretenda utilizarse como marca denominativa o mixta que hiera directamente la sensibilidad de la mayoría de la población.

“2) Con respecto a ciertos signos habrá que tomar en consideración la naturaleza de los productos o servicios a los que pretenda aplicarse la marca. Esto es particularmente cierto en la hipótesis de las marcas

⁶⁵ La Novena Edición de la Clasificación Internacional de Productos y Servicios establecida en virtud del Arreglo de Niza puede consultarse en <http://www.wipo.int/classifications/nivilo/>.

⁶⁶ Resolución N° 015444-2009/DSD-INDECOPI.

⁶⁷ Resolución 1600 de noviembre 23 de 2001.

constituidas por efigies y distintivos del culto católico. La utilización de los mismos como marca será lícita cuando la marca distingue, por ejemplo, publicaciones religiosas, objetos destinados al culto, o incluso cierto tipo de bebidas alcohólicas. La marca constituida por una efigie o distintivo del culto atentaría, por el contrario, contra el orden público y las buenas costumbres en el caso de que se destinase a identificar artículos de la clase 25 de la Nomenclatura Oficial y

“3) La sensibilidad media del consumidor al que están destinados los productos o servicios identificados con la marca. La permisividad deberá ser menor cuando todos los sectores de la población van a tener libre acceso a los correspondientes productos o servicios, o bien a la publicidad relativa a los mismos. La tolerancia deberá, en cambio, ser mayor cuando los productos o servicios distinguidos con la marca son consumidos o adquiridos de ordinario tan sólo por un sector específico de la población cuya sensibilidad no es ciertamente excesiva”.

Pese a la claridad de estos factores, los mismos no son razonables para determinar en qué casos una marca es obscena o escandalosa, precisamente por ser subjetivos, ya que estas características no pueden sujetarse a la “sensibilidad media” del consumidor, ni mucho menos a las ideas preconcebidas o a la arbitrariedad del examinador de la oficina de marcas.

VII. Comentario final

Cuando se habla de pornografía se hace alusión a la presentación de sexo explícito de manera obscena o degradada, a través de fotografías, películas, libros y objetos sexuales.

Históricamente algunas sociedades han estimado que lo obsceno no merece protección legal pero esta posición ha resultado insostenible pues no existe un test infalible para determinar qué es o no obsceno: Lo obsceno será obsceno dependiendo de quién lo observe.

En consecuencia, resulta vital examinar la posibilidad de proteger estas creaciones a través del derecho y para efectos de este artículo, a la luz de las normas de propiedad intelectual.

En el ámbito del derecho de autor observamos que no existen disposiciones internacionales que excluyan de la protección a obras que eventualmente puedan considerarse contrarias a la moral o al orden público pero se advierte que una cosa es el reconocimiento del derecho y otra su explotación. Si una obra de contenido “pornográfico” es una creación intelectual, original y reproducible, entonces obtendrá la protección del derecho de autor. Otra cosa es que los Estados pueden expedir normas para limitar su distribución y explotación.

En cuanto a los productos que se venden en los *sex shops* como vibradores, bolas chinas y muñecas inflables, los autores de este artículo estiman que éstos se pueden proteger a través de diseños industriales o de patentes, siempre que cumplan con los requisitos de cada una de dichas figuras. En la práctica, sin embargo, las autoridades se han negado a reconocer a estos productos la categoría de diseño industrial por considerar que son contrarios a la moral, al orden público y a las buenas costumbres y, en el caso de las patentes, la negativa obedece a que cada vez es más difícil demostrar la novedad y el nivel inventivo.

Un tratamiento especial merecen las marcas escandalosas o inmorales pues muchas legislaciones prohíben su registro pero no son claras al determinar el alcance de estos conceptos. El resultado es que encontramos decisiones contradictorias e impredecibles. Mientras algunas niegan el registro de ciertos signos alegando que su contenido es inmoral, en otras el carácter impúdico u obsceno de una marca pasa inadvertido.