



CÓMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Vargas-Chaves, I., Trujillo-Florián, S. y Guerrero-Veloza, J. P. (2023). Inventiones inmorales: un análisis crítico sobre la prohibición de patentar inventiones que atentan contra la moral. *Jurídicas*, 20(1), 223-247. <https://doi.org/10.17151/jurid.2023.20.1.12>

Recibido el 22 de marzo de 2022
Aprobado el 26 de agosto de 2022

Inventiones inmorales: un análisis crítico sobre la prohibición de patentar inventiones que atentan contra la moral

IVÁN VARGAS-CHAVES*
SERGIO TRUJILLO-FLORIÁN**
JUAN PABLO GUERRERO-VELOZA***

RESUMEN

El presente artículo permite describir el conflicto existente entre lo moral y lo legalmente establecido en relación con la verificación de patentes que pueden afectar la moral pública, con el propósito de responder la pregunta: ¿Cuáles son los parámetros para delimitar el conflicto existente entre lo moral y lo legalmente establecido en relación con la verificación de patentes que pueden afectar la moral pública? Se tiene como impresión de sentido que el conflicto surge cuando la moral es cuestionada por la moral pública y que debe analizarse a partir del daño causado. El método es teórico-cualitativo con enfoque hermenéutico crítico, y la información se obtuvo mediante la consulta bibliográfica de textos, artículos de revistas indexadas, normatividad y jurisprudencia. La conclusión principal es que la democracia ligada a la globalización es un medio que permite establecer los parámetros de respeto por el *otro*, y sus gustos sexuales en relación con las patentes.

PALABRAS CLAVE: patentes, inventiones, derechos sexuales, lesividad, moral.

* Doctor en Derecho. Profesor de carrera de la Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá, Colombia. E-mail: ivan.vargas@unimilitar.edu.co. [Google Scholar](#). ORCID: 0000-0001-6597-2335.

** Doctor en Bioética. Profesor de carrera de la Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá, Colombia. E-mail: edwin.trujillo@unimilitar.edu.co. [Google Scholar](#). ORCID: 0000-0003-2203-7704.

*** Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá, Colombia. E-mail: est.juan.guerrero1@unimilitar.edu.co. [Google Scholar](#). ORCID: 0000-0002-5030-1421.



Immoral inventions: a critical analysis of the prohibition of patenting inventions which are against morality

ABSTRACT

This article allows describing the conflict between what is moral and what is legally established in relation to the verification of patents that affect public morality, in order to answer the question: What are the parameters to delimit the conflict between what is moral and what is legally established in relation to the verification of patents that can affect public morals? The impression of meaning is that the conflict arises when the immorality is questioned by public morality and that it must be analyzed from the damage caused. The method is theoretical-qualitative with a critical hermeneutical approach, and the information is obtained through the bibliographic consultation of texts, articles from indexed journals, regulations and jurisprudence. The main conclusion is that democracy linked to globalization is a means that allows establishing the parameters of respect for the other, and their sexual tastes in relation to patents.

KEY WORDS: patents, inventions, sexual rights, injury, morality.

Introducción

El objetivo central de este artículo es describir el conflicto existente entre lo moral y lo legalmente establecido en relación con la verificación de patentes que pueden afectar la moral pública. Las diferentes posturas permiten establecer que los derechos humanos deben ser positivizados y que al menos en Colombia el tema ya ha sido discutido por el alto tribunal constitucional en temas como el consumo de estupefacientes, en el cual se traza el contexto de lo moral y las libertades humanas.

Lo considerado como *moral* puede convertirse en un discurso sin fin. El fundamento de la ética de Kant (1983) afirma que el imperativo categórico debe considerarse una premisa que no debe atarse de ninguna religión o ideología. Ahora bien, el hombre debe obrar con un principio (lo considera máxima), que pueda pretender al mismo tiempo que se torne en un mandamiento general. En este mismo sentido, el concepto de religión civil extraído de Rousseau (1762) viene a ser paralelo a la religión tradicional; en Estados ecuménicos se ha trazado una religión común a las religiones sobrenaturales a fin de crear un sentimiento común de unidad social. Nussbaum (2014) estudia la importancia y la influencia que tiene la enseñanza de las emociones por medio de la filosofía y la ética. Por lo tanto, lo *moral* debe obedecer a lo plasmado por la sociedad para su supervivencia.

El primer objetivo específico es determinar los lineamientos de aquello que se puede denominar inmoralidad sexual y los límites que se establecen para que ciertos derechos sean garantizados. En este punto es necesario reseñar los bienes jurídicos tutelados que están ligados con la libertad sexual (formación e integridad sexual) para delimitar entre lo moralmente aceptable y los gustos sexuales de cada persona a fin de respetar la autonomía del ser. La conexión con el garantismo permite deducir que debe existir un vínculo entre el derecho y la política y no con la moral para evitar arbitrariedades del sistema. Sin embargo, el dilema entre moralismo legal o moralismo individual entra en discusión para establecer lo que realmente hace o no daño a la sociedad basada en una democracia deliberativa.

El segundo objetivo específico consiste en describir el concepto de las patentes y la exclusividad sobre las invenciones y modelos de utilidad —si bien a lo largo del artículo nos referiremos a ambas, de forma general, como invenciones; siendo el mismo interés jurídico tutelado dentro del concepto de nuevas creaciones—. Por lo tanto, se analizan en este contexto los requisitos para patentar una invención, en el cual entran en conflicto los motivos legales frente a los económicos o políticos según el interés propuesto.

En este sentido, es necesario referirse a las exclusiones de patentabilidad para centrarse en las invenciones sujetas a ser excluidas cuando afecten la moral

pública. En efecto, resulta complejo establecer una normatividad que le permita a quien examina la viabilidad de patentes realizar juicios de valor sobre la invención, lo cual sí se presenta en las dos tendencias europeas acogido por el sistema Andino, tal como se tratará más adelante.

En el tercer y último objetivo específico se proponen soluciones frente a los dilemas planteados. En primer lugar, se menciona el principio de neutralidad tecnológica como presupuesto de desarrollo de los derechos de las personas para lograr sus deseos. En segundo lugar, se propone el realismo jurídico como solución para que los jueces basen sus decisiones en su libertad creadora del derecho conforme a la realidad y no en los presupuestos legales endogámicos. En tercer lugar, se hace mención a lo subjetivo del concepto de inmoralidad sexual para comprender que la concepción depende del cúmulo de diversidades, las cuales construyen una moral social unificada. Por último, se discute acerca de la inmoralidad de las invenciones de los aparatos sexuales para conectar lo hallado con las propuestas que se hacen en desarrollo del presente objetivo.

El artículo, producto del ejercicio académico de los autores como profesores de la Universidad Militar Nueva Granada, es resultado de una investigación documental e interpretativa propia, desde un enfoque teórico y hermenéutico crítico. La base del proceso reflexivo se sustenta en la información obtenida y analizada, mediante la consulta bibliográfica de textos y artículos de revistas indexadas de contenido *iusfilosófico* que sustentan un enfoque aplicable en términos de Justicia: ¿Cuáles son los parámetros para delimitar el conflicto existente entre lo moral y lo legalmente establecido en relación con la verificación de patentes que pueden afectar la moral pública?

La moral como concepto

La expresión de las costumbres y de los valores avalados en una comunidad dan paso a la moral. Quiere decir, que la moral hace parte de la vida en sociedad, por lo que una persona es moral si acata los lineamientos costumbristas y axiológicos establecidos por un grupo determinado de personas (Boff, 2003).

La moral, etimológicamente, viene del latín *morali* que denota aquello que se realiza por costumbre. La moral es variable en el tiempo y en el espacio, o sea, puede que lo que hace unos años atrás en un lugar determinado era una conducta inmoral, en la actualidad y en ese mismo lugar sea moral. O, también puede que, en dos lugares, en un periodo de tiempo concreto, la connotación de una conducta moral sea distinta; esto es posible debido al cambio en las actuaciones y comportamientos de los seres humanos (Boff, 2003).

Entonces, es apropiado decir que para el autor Holbach (1840) la moral es:

(...) la ciencia de las relaciones que existen entre los hombres, y de los deberes que nacen de estas relaciones. O de otro modo: la moral es el conocimiento de lo que deben necesariamente hacer o evitar los seres inteligentes y racionales que quieren conservarse y vivir felices en sociedad. (p. 3)

Incluso, las sociedades han mostrado gran preocupación por estandarizar modelos de moral entre los ciudadanos. Por ello, desde que el ciudadano es un infante se le intenta inculcar valores y éticas que dirijan su comportamiento a la moral deseada. Sin embargo, en razón al cambio de épocas, a las variadas culturas, al pluralismo religioso y al escalonamiento económico globalizado, se ha pretendido construir una moral universal, que aplique a todos (Sarre, 1999).

La esfera de la moral está signada por la capacidad del hombre para comprender y respetar los distintos valores que se manifiestan en un grupo de individuos. Además, esta esfera se funda en el conjunto de saberes, voluntades, sentimientos y del discernimiento de un *deber-ser* que responsabiliza a quien no encamina su conducta entre los límites instituidos (Sarre, 1999).

La moral en la historia

El término *moral* es atribuido a Cicerón, por lo que Ferrater (1994), en su obra, imprime un apartado en el cual Cicerón acuña la palabra:

Como dice Cicerón (De fato I,1), "puesto que se refiere a las costumbres, que los griegos llaman *ethos*, nosotros solemos llamar a esta parte de la filosofía una filosofía de las costumbres, pero conviene enriquecer la lengua latina y llamarla *moral*". (p. 246)

Pero, ¿en dónde nace la moral? Según la teoría determinista biológica, los mandatos morales son propios de la naturaleza biológica de primates evolucionados, como los *Homo sapiens*. Por lo que el respeto, el socorro, la preservación del medio ambiente y demás se manifiestan antes de la conformación de la sociedad (Vélez, 1990).

Sin embargo, otras posiciones como la de Sánchez (1981) se inclinan en afirmar que la moral tiene su origen en los vínculos interindividuales y no en la biología humana; esto quiere decir que la moral, como regulación no escrita de las relaciones individuo-individuo e individuo-comunidad, aparece cuando el hombre irrumpe en su naturaleza social.

Sánchez (1981) indica que la moral responde al dinamismo social en el tiempo. Explica, además, que la moral ha adquirido diferentes formas en la historia de la sociedad. Así, han existido, entre otras, la moral primitiva, la moral esclavista, la moral feudal, la moral burguesa, la moral colonial y la moral contemporánea.

Ellas, ajustadas a las costumbres establecidas en las comunidades formadas en un determinado lapso. La moral esclavista, por ejemplo, se origina por el orden social de la época esclavista, en donde había una bifurcación de los grupos comunitarios; un grupo era los hombres libres, con su propia moral, y el otro grupo era el formado por esclavos con su moral definida, la esclavista.

Además, para este autor, la moral feudal se funda en aspectos socioeconómicos y en los espirituales; estos últimos, atribuidos a la importancia de la Iglesia dentro de la jerarquía feudal para marcar una moral con tinte religioso. La moral burguesa se justifica y arma regulatoriamente a la sociedad apoyada en la explotación del hombre por el hombre. La moral colonial, por otro lado, se ata a la paradoja dominación y explotación de poblaciones con fines políticos colonialistas. Y, la moral contemporánea, en la que el capitalismo dejó de ser ese capitalismo clásico por los avances científicos y tecnológicos; en donde se percibe una fuerte moral social parasitaria de explotación del hombre por el hombre, pero ya no brutal sino racionalizada.

Aun así, para Kropotkin (1945) la humanidad necesita un cambio sustancial, apartada de toda dogmática religiosa, de mitología metafísica y enlazada a sentimientos de prosperidad facilitada por el progreso de la ciencia. A lo que también responde a una moral real y no idealista, contenida en la vida y no exógena a esta.

La relación entre moral y derecho

El derecho es un mecanismo de control de la conducta relacional humana y opera a través de normas. A su vez, la moral puede considerarse, al igual que los usos sociales, como una modalidad para creación y aplicabilidad de normas. En cuanto a las diferencias entre moral y derecho existen varias, pero la más palmaria es que el derecho es un mecanismo de intervención social institucionalizado, la moral no (Galvez de Valdez, 2007).

Es más, las normas jurídicas son susceptibles de ser variadas repentinamente, mientras que las normas morales no cambian de un momento a otro. Así las cosas, el ámbito en el que se desenvuelve el derecho es el exterior de la conducta humana —dominio externo—; la moral, por el contrario, se limita a la conciencia particular del sujeto —dominio interno— (Galvez de Valdez, 2007).

En lo que toca a la relación entre derecho y moral ha existido un debate por varios siglos en torno a si la hay o no; cuestión dilemática entre dos escuelas: la iuspositivista y la iusnaturalista. Para los iuspositivistas radicales existe un total desligue entre el derecho y la moral, en cambio, los iusnaturalistas cimientan un vínculo entre estos dos a través de la justicia y de la moralidad social (Nino, 2019).

Todas estas observaciones se relacionan, también, con que los iuspositivistas incurren en la crítica que dicta que la teoría iusnaturalista busca adherir una moral absoluta —por lo regular teocrática— de hechos no comprobados empíricamente al derecho; los iusnaturalistas atacan las concepciones iuspositivistas con martillos nihilistas en el sentido de que estos, al no involucrar la moral con el derecho, legitimarían sistemas jurídicos sin importarles su contenido (Nino, 2019).

A su vez, hay quienes afirman que la moral enmarcada en la responsabilidad requiere de una integración jurídica, debido a la imposibilidad de exigir el acatamiento de normas válidas pues no existe un respaldo jurídico que garantice su cumplimiento, y otros afirman, como el derecho positivo, casi nulo en fundamentación, que lo correcto es convenir en una razón moral que avoque procedimientos imparciales (Cortina, 1988).

Es más, en el campo del derecho internacional de los derechos humanos se ha enablado una discusión en torno a la fundamentación de estos derechos. La vinculación de la moral a los derechos humanos extiende teorías, por ejemplo, la que expone que la moral y el derecho se diferencian entre sí, pero no hay una tajante separación pues el punto en donde confluyen son precisamente los derechos humanos, esto por ser el bastión histórico de la autonomía moral del hombre, basada en la libertad de elegir (Peces-Barba, 1989).

Se considera, por consiguiente, que para contemplar plenamente los derechos humanos es imprescindible su positivización, ya que con solo su origen moral no basta. En consonancia, la moral legalizada es el nicho de integralidad de los derechos humanos y la base para la observancia de la obligación del Estado de reunir todos los instrumentos para garantizarlos (Peces-Barba, 1989).

En definitiva, la contraposición entre las escuelas iuspositivista e iusnaturalista frente al abordaje del vínculo moral-derecho ha suscitado posturas a favor de una relación intrínseca entre estos y otras en contra. Aunque para la vertiente positivista el legislador es quien construye los derechos y para los naturalistas tan solo los reconoce, es claro que aún no se ha llegado a un consenso unívoco. No obstante, por lo general los ordenamientos jurídicos contemplan a la moral como elemento integrante e imperante para la regulación de las conductas humanas, lo que llevaría a concluir que la plena disociación entre moral y derecho ya ha sido superada, al menos en Colombia.

Para aseverar lo anterior, la Corte Constitucional colombiana en Sentencia C-224 de 1994 es ostensible en expresar la indudable relación entre derecho y moral. En este aspecto, dispone la dependencia de la validez de algunos actos jurídicos a la aplicación de normas basadas en la moral vigente. Conforme a esto, deduce el alto tribunal que la separación de la moral y del derecho no es absoluta, lo

que recurre a un intrínseco vínculo entre estas, sin embargo, las normas jurídicas pueden estar precisas a la moral, o contrarias a ella.

La inmoralidad sexual: del moralismo al garantismo

Libertad sexual

Se ha reconocido a la libertad internacionalmente como un derecho humano, así se manifiesta en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, impregnada en su totalidad de la protección a las libertades propias del hombre; de igual manera y con base en ella, se estableció la libertad sexual en la *Declaración Universal de los Derechos Sexuales*, formulada en 1997 en Valencia, España. Este último instrumento desarrolla lo concerniente a las libertades sexuales como un derecho y es claro en difundir universalmente a la sexualidad como un elemento integral de la personalidad del ser humano.

Del mismo modo, el autor Abascal (2010) predica que las libertades sexuales se podrían entender como:

(...) derechos indiscutibles, imprescriptibles, irrenunciables, universales, como todo derecho humano, por el simple hecho de ser personas. La dignidad de la persona humana constituye un valor absoluto, como el de la vida misma desde su concepción hasta la muerte natural. Así como tienen derechos las mujeres, los niños, los ancianos, los indígenas, los migrantes, también lo tienen los homosexuales por su condición humana. (p. 13)

Por ende, el libre ejercicio de la sexualidad debe concebirse como un derecho humano que requiere protección, respeto y garantía de los Estados y de los ciudadanos. Además, la igualdad como eje fundamental de la sociedad también es un representativo para el balance y equilibrio de la convivencia colectiva, cuando de la libertad sexual se trata.

Desde hace varios siglos atrás la libre sexualidad ha sido constreñida por la moral, y más por la católica. Se avocó a una sexualidad limitada, circunscrita a reglas teocráticas, coartada por partidos políticos permeados de catolicismo. Dado que un Estado confesional impone infundadamente sus creencias y doctrinas a través de reglas a la sociedad, se conflictúa con la dignidad humana, con los derechos y libertades de los adscritos (Vaggione, 2009).

Pero, un Estado laico no implica la plena libertad sexual; se asegura el respeto a esta libertad con el apoyo de valores y principios acordes a la realidad social, no establecidos por instituciones paternalistas ni religiosas que distorsionen la verdadera naturaleza de los seres humanos, seres sexuados que necesitan de

este derecho para expresarse y llevar a cabo su plan de vida, por supuesto, con responsabilidad (Barrios y Pons, 1995).

De todas maneras, la diáspora de los derechos humanos ha fortalecido la legitimación de los derechos y libertades sexuales. Se ha extrapolado la sexualidad de una moral puritana a una moral moderna en donde priman los derechos a la intimidad, a la libertad sexual, al libre desarrollo de la personalidad, a la libre disposición del cuerpo, entre otros. La democracia y la globalización son herramientas que han coadyuvado a la difusión de una moral no crítica de la sexualidad, protectora de las minorías, cada vez más respetuosa de los gustos y de las orientaciones sexuales.

Garantismo

En primer lugar, la teoría jurídica-política del garantismo nace en el derecho penal y luego, debido a la adopción de modelos constitucionales, pasa a ser parte de un derecho más amplio, el constitucional. El garantismo, para Bobbio y Ferrajoli, posee dos vertientes: una metodológica, enlazada al iuspositivismo —defensora de la separación entre derecho y moral— y, la otra, política, adscrita al iusnaturalismo moderno —pensamiento liberal— (Salazar, 2011).

Al respecto conviene decir que, según el garantismo ferrajolista, la decisión de una autoridad política —v. gr. poder constituyente— es la llave para integrar los derechos fundamentales a la Constitución y para la aplicación de sus garantías. Bajo esta premisa, el derecho no está en función de la política, sino viceversa; luego, la teoría del garantismo se expresa por el vínculo derecho-política y no por la relación derecho-moral.

En suma, para Ferrajoli (2008), el garantismo puede describirse como:

(...) el conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes —públicos y privados, políticos (o de mayoría) y económicos (o de mercado), en el plano estatal y en el internacional— mediante los que se tutelan, a través de su sometimiento a la ley y, en concreto, a los derechos fundamentales en ella establecidos, tanto las esferas privadas frente a los poderes públicos, como las esferas públicas frente a los poderes privados. (p. 62)

Justo es decir que, para Ferrajoli (1995), los jueces no están facultados para actuar con arbitrariedad, por ende, deben sujetarse a las normas preestablecidas y no a sus convencimientos morales, sin importar el conflicto entre estos con las normas; cuando las actuaciones del operador judicial se fundan en razonamientos morales o estrategias políticas, la teoría garantista se desploma. A este propósito, para el garantismo, la operación judicial debe constatar las consecuencias de aplicar el derecho a los hechos de un caso concreto.

La idea es que el garantismo podría considerarse una ideología de índole jurídica y política, consistente en proteger y desarrollar los principios y valores —así como las prácticas y comportamientos enmarcados en este fin—, reconocidos e integrados a las constituciones modernas. Dicho esto, el garantismo se presenta como un obstáculo al autoritarismo y arbitrariedad de las actuaciones judiciales, en pro del respeto al principio de legalidad y a las demás garantías de los derechos y libertades individuales (Barrere, 1992).

Moralismo legal

Para Devlin (1965), el moralismo legal hace referencia al derecho como instrumento de protección jurídica de la moral pública. Es decir, basta con un acto inmoral para darle derecho a la sociedad, en procura de su integridad, de legislarlo, condenarlo y castigarlo. Lo cierto es que, cuando se comprometa la estabilidad y el orden justo en una sociedad por intromisión a la moral social, el derecho entra a regular las conductas inmorales, pues es esa sociedad la encargada de establecer las prerrogativas morales para instaurar las reglas de comportamiento.

Un detractor de esta teoría es Mill (1859), quien afirma que, si bien la moral pública puede ser un elemento esencial en la regulación de la conducta humana, no es suficiente para coaccionar jurídicamente un acto inmoral pues habría una incorrecta injerencia en la libertad individual, funcionaría más como un método de persuasión. La única manera para poder ejercer el poder de coacción sobre el individuo inmoral es si con su acto se ha causado un daño a un tercero, o en su defecto, para prevenirlo.

Acéptese o no, Mill (1859) recurre a la libertad individual del asociado y a una sociedad para robustecer su teoría. Según él, la felicidad del individuo depende de ejercer su voluntad como le plazca, siempre y cuando evite inferir daño a otro; en este orden, el derecho entraría a corregir la conducta dañina por medio de la coacción. Por su parte, Devlin (1965) sostiene lo prescindible del daño para castigar el acto inmoral; porque, para este autor, la libertad individual debe ser compatible con la integridad social.

En efecto, la pata coja del moralismo legal es la insuficiencia de criterios objetivos para determinar el nivel de las conductas inmorales sujetas a ser castigadas. De cualquier modo, no se tienen baremos que instruyan categóricamente la inmoralidad social de las conductas que merecen ser prohibidas por el legislador. En este punto, es acertado deducir que, dentro de esta teoría, la moral y la democracia están atadas para dar contenido a las normas de derecho (Páramo, 1994).

Individualismo moral

Se considera a la ética kantiana como la fuente del individualismo moral porque, para Kant, la moral deviene del hombre aislado y no de la sociedad. Lo que para otros autores es incorrecto por cuanto es el individuo quien recibe de la sociedad los principios y valores para realizarse. Entonces, se diría que el individualismo moral es como todas las morales, un constructo social (Ramírez, 2010).

Así, para Durkheim (2004), el individualismo moral fundado en el deber kantiano implica el respeto a la libertad individual, no por ser la libertad congénita al individuo, sino por ser el individuo el objeto central de respeto. Esto último, materializado por el Estado a través del reconocimiento de los Derechos del Hombre. Por ende, existe una innegable dependencia del individuo al Estado, pues es este quien desarrolla y establece las condiciones libertarias de aquel, dado que es una obligación del Estado garantizar la libertad individual.

Un punto expuesto por Hart (1981) es el relacionado con la imposibilidad de condenar un acto inmoral. En otras palabras, impulsa la tesis de si la conducta es juzgada como inmoral por la moral social, entonces, no es una razón válida y suficiente para reglamentar en su contra. El motivo de tal afirmación predica la exigencia de una justa razón para coartar la libertad individual, no basta con que la conducta transgreda la moral pública.

Por lo tanto, Mill (1859) y Hart (1981) están de acuerdo con la tesis de la imposibilidad de castigar una conducta individual tachada como inmoral por la moral social; también, coinciden en el daño como factor diferenciador de la conducta coaccionada. Esto es, el Estado solamente puede inmiscuirse en la libertad individual y condenar la conducta inmoral si con esta se ha ocasionado o podría llegar a ocasionarse daño a otro; se deduce, por supuesto, la oposición a la teoría del moralismo legal.

En resumen, el individualismo moral va dirigido más que todo a una protección del derecho a la libertad individual, de la autorrealización y de la dignidad humana. Es un presupuesto el respeto de la intimidad personal para el desarrollo de una moral social estable, no arbitraria.

En consecuencia, la moral catalogada como inmoral por la moral pública no debe ser castigada si no se ha cometido daño alguno. Conviene en este instante y, para finalizar este apartado, memorar lo expresado por Giddens y Durkheim (1993):

(...) el individualismo moral se funda en un sentimiento de respeto por los otros y por la dignidad del hombre en general (...) la fuerza motivadora del individualismo moral no es la 'glorificación de uno mismo' sino más bien una simpatía por todo lo que es humano. (p. 31)

Las patentes y la exclusividad sobre invenciones

La *patente* es considerada como aquel conjunto de derechos que recaen sobre una invención, nace en el derecho privado, específicamente, de una derivación de la propiedad privada. El rastreo histórico asume la aparición de la primera patente en Europa, siglo XV. Es más, se encuentra que los primeros sistemas de patentes fueron los establecidos en Francia, Inglaterra y Estados Unidos, debido a las diversas formas de apropiación de los avances tecnológicos que se dieron en estos países (González, 1999).

Por otro lado, aunque no haya una definición impresa en instrumentos internacionales, para Contreras (2015) una *invención* es aquella idea creadora de un método técnico y, mediante el uso de metodologías, interviene en los recursos naturales para producir conocimiento.

Massaguer (2006) ilustra con una noción más completa de *patente* y, por supuesto, es pertinente en esta parte resaltarla:

La patente es, junto con el modelo de utilidad, la modalidad de propiedad industrial o, si se prefiere, de propiedad intelectual a través de la que se organiza la protección jurídica de las invenciones. En este sentido, la patente es un concepto extraordinariamente rico en significados que se presenta, al mismo tiempo, como el derecho exclusivo (derecho subjetivo de naturaleza patrimonial) atribuido sobre una invención (...) esto es, como conjunto de aspectos institucionales, formales y sustantivos mediante los que se establece la protección jurídica de las invenciones. (p. 173)

Como se ha dicho anteriormente, las disposiciones internacionales referentes a la propiedad intelectual, específicamente el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio —ADPIC— (OMC, 1994) y la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones —CAN— (Comunidad Andina, 2000), no contienen una definición expresa de *invención*. Sin embargo, en este último instrumento —Decisión 486 de 2000— se encuentra una aproximación, de hecho, en el artículo 15 se enlista aquello no considerado invención.

Para hacerse una idea de lo encuadrado en la Decisión 486 de 2000 se tiene los siguientes literales dictados en el artículo 15: a) los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos; b) el todo o parte de seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza o aquel que pueda ser aislado, inclusive, el genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural.

También se enlista: c) las obras literarias y artísticas o cualquier otra protegida por el derecho de autor; d) los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, juegos o actividades económico-comerciales; e) los programas de ordenadores o el soporte lógico, como tales, y f) las formas de presentar información.

En consonancia con lo expuesto, se abrirá un espacio, basado en el artículo 14 de esta misma disposición —Decisión 486 de 2000—, para describir los tres elementos necesarios para patentar una invención. En estricto, una invención será patentable si reúne: 1) novedad, 2) nivel inventivo y 3) aplicación industrial.

Entonces, la inexistencia de una solicitud de patentamiento de una invención traduce novedad; en otros términos, si una persona no ha gestionado con anterioridad el registro para patentar una invención, se tendrá como *novedosa*.

En cuanto al *nivel inventivo*, es la falta de obiedad técnica de una persona de nivel medio; se suma a esta condición que no sea evidente bajo el estado de la técnica descubierto. Así también lo ratificó el Tribunal Andino en Sentencia 0028-IP-2008:

(...) una invención goza de nivel inventivo cuando a los ojos de un experto medio en el asunto de que se trate, se necesita algo más que la simple aplicación de los conocimientos técnicos en la materia para llegar a ella, es decir, que de conformidad con el estado de la técnica el invento no es consecuencia clara y directa de dicho estado. (Tribunal Andino, 2008)

Con respecto a ser susceptible de *aplicación industrial*, se persigue un aporte real a la sociedad con la invención, una utilidad. Por consiguiente, la invención debe funcionar y poder ser producida en serie. Luego es una exigencia llegar al mismo resultado con las reproducciones de la invención para ser utilizadas en cualquier industria; así se incentiva la investigación y desarrollo económico. Aquí también es dable traer a colación lo indicado en Sentencia 153-IP-2015 del Tribunal Andino:

Para que un invento pueda ser protegido a través de una patente debe ser susceptible de aplicación industrial, es decir, que pueda ser producido o utilizado en cualquier actividad productiva o de servicios, como lo manifiesta el artículo 19 de la Decisión 486 (...). Este requisito de la invención encuentra su justificación en el hecho de que la concesión de una patente estimula el desarrollo y crecimiento industrial, procurando beneficios económicos a quienes la exploten, por esto, sólo son susceptibles de patentabilidad las invenciones que puedan ser llevadas a la práctica. (Tribunal Andino, 2015)

Ahora, llega el momento de aclarar dos circunstancias en torno a la patentabilidad de las invenciones: lo considerado patentable y lo excluido de patentabilidad. El primero se presenta cuando la invención reúne los tres requisitos anteriormente

expuestos, el segundo indica el eventual cumplimiento de los tres requisitos, pero por motivos económicos o políticos la legislación los excluye (Aleman, 2001).

Exclusiones de patentabilidad

Las exclusiones o también llamadas prohibiciones de patentabilidad predicen de aquellas invenciones que el legislador no contempla dentro del marco regulatorio de patentes por diversas variables económicas, políticas, culturales, y por intereses públicos. En este orden, la Decisión 486 de 2000 excluye a través de su artículo 20 aquellas invenciones que no pueden llegar a ser patentables. Puede que las invenciones excluidas cumplan en rigor los requisitos para ser patentables —novedosa, nivel inventivo y aplicación industrial—, pero, como se ha dicho, por motivos ajenos a estos se imparte la prohibición.

Con base en ello, el precepto mencionado de la Decisión 486 de 2000 es taxativo al formular las invenciones que no pueden ingresar al registro de patentes; así las cosas, se tiene aquellas que: 1) menoscaben el orden público o la moral; 2) afecten o amenacen la salud o la vida de las personas, animales, plantas vegetales y al medio ambiente; 3) sean animales, plantas y procedimientos, principalmente biológicos, para generar animales o plantas no biológicos o microbiológicos; 4) se constituyan como métodos operatorios, terapéuticos o de diagnóstico para el tratamiento de las personas o animales.

De manera semejante, el ADPIC estatuye en el artículo 27, numerales 2 y 3, las materias propias de exclusión facultativa por los Estados miembros. Se comprende que no es una obligación y, por tanto, pueden o no moldear sus legislaciones a fin de prohibirlas. Entre las demás dispuestas en esta parte del ADPIC (OMC, 1994) se presenta:

2. Los Miembros podrán excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente. (Art. 27 num. 2)

Podría deducirse, entre tanto, la obligatoriedad de los Estados adheridos a ambos instrumentos de prohibir la patentabilidad de las invenciones insertas en las materias dispuestas como excluidas. Por eso, ante asuntos sociales, políticos o económicos, el legislador debe entrar a analizar las consecuencias positivas y negativas de una invención, previo a otorgar el derecho de exclusividad al interesado.

Se ha hecho una breve exhibición de las prohibiciones de patentabilidad, pero para el tema que atañe a este trabajo se centrará únicamente en aquellas invenciones sujetas a ser excluidas cuando se subsuman en una alteración a la moral pública.

Prohibición de patentar invenciones que atentan contra la moral

Como se dijo en el aparte anterior, los instrumentos internacionales reguladores de patentes estipulan la imposibilidad de otorgar la patente a invenciones atentatorias contra la moral social. Por lo tanto, para abordar lo preceptuado se requiere, primeramente, recurrir a lo entendido como ‘buenas costumbres’ por el Tribunal Andino de Justicia; esto por cuanto guarda una estrecha correspondencia con la moral social.

De acuerdo con el Tribunal Andino de Justicia, en providencia Proceso 4-IP-88, se debe considerar por ‘buenas costumbres’ la adecuación entre la conducta y la moral reconocida o hegemónica en un determinado tiempo y lugar. Por lo general, suelen asociarse las conductas contrarias a las ‘buenas costumbres’ a las incorrectas al ojo de la moral conservadora: la prostitución, la necrofilia, el alcoholismo, la ludopatía, la homosexualidad, los actos sexuales no deliberados, la pereza, entre otras.

En consecuencia, las ‘buenas costumbres’ no son más que comportamientos exigidos al individuo, alineados hacia una moral pública incólume. Lo desfavorable para quien está interesado en adquirir una patente es la multiplicidad de morales concurrentes en un mismo lugar. Por ejemplo, si una moral religiosa, predominante en una sociedad, excluye determinadamente a las invenciones contrarias a sus dogmas, entonces, la solicitud de patente será rechazada con base en esa moral (Bergel, 1996).

Por otro lado, la generalidad del contenido de los preceptos prohibitivos de patentamiento en relación a la moral no es del todo nociva. Las diversas interpretaciones de moral dan lugar a la aplicación de nuevas disciplinas como la bioética, cuyos principios podrían cambiar la perspectiva moral de los encargados del registro de patentes. En tal contexto, la defensa de los seres humanos o del medio ambiente, perseguida por la bioética, ayudaría a evitar la titularidad de patentes de las invenciones contrarias a los postulados bioéticos (Fuentes, 2006).

Limitar la actividad inventiva con los principios morales es una de las más suscitadas controversias en el Derecho de Patentes. Si bien la valoración técnica-legal de la invención sometida a estudio es una tarea difícil, aun más compleja es su evaluación moral. Por tal motivo, se ha hecho uso en algunos sistemas de patentamiento de tendencias para facilitar la definición del juicio de valor del examinador de patentes (Rengifo, 2016).

Entre las tendencias de valoración moral se encuentran: *First patent, then ask*, USPTO —Estados Unidos—; EPO —Oficina de Patentes Europea— y Positivización de invenciones inmORAles —Unión Europea—. De estas, lo que diferencia a la implementada en Estados Unidos de las otras dos es el análisis moral posterior

al otorgamiento de la patente, es decir, hay una presunción de moralidad de la invención (Bagley, 2003).

Posterior al registro, le competará al designado por el ejecutivo o legislativo estadounidense, quien hasta el momento está fuera del sistema de patentes, determinar si la patente adquirida por el interesado es contraria a la moral social. Esto, debido a la inexistencia de una ley especial que exhorte al examinador de patentes a realizar el juicio de valor sobre la invención sometida a registro. Caso contrario con las dos tendencias europeas, allí sí fijaron normas específicas imperativas, dirigidas al examinador para su estudio previo de moralidad sobre la invención (Bagley, 2003).

En cuanto al sistema Andino, se asemeja a las tendencias europeas; inclusive, la reglamentación de la Decisión 486 de 2000 coincide en este y varios aspectos con el promulgado por la tendencia EPO y la de la Unión Europea. Evidencia de esto se encuentra en el artículo 20 de la Decisión 486 de 2000 y en el artículo 27 del ADPIC, antes citados, para la Comunidad Andina; para la EPO, el artículo 53 del Convenio de Múnich sobre la Concesión de Patentes Europeas y, para la Unión Europea, el artículo 5 de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Relativa a la Protección Jurídica de las Invenciones Biotecnológicas (Timmermann, 2013).

Como se observa, no hay una estandarización internacional unificada de normas reguladoras de criterios de evaluación para las invenciones que afecten o puedan llegar a afectar la moral social. Además, a pesar de las tendencias regionales de interpretación ya existentes, es notable el dinamismo de la realidad inventiva y del constante cambio de moral social, por lo que estas legislaciones podrían quedarse obsoletas debido a su categórico estatismo. Por demás, el acaparamiento tecnológico globalizado aumenta cada minuto; se encuentra, por tanto, un desbalance legislativo entre el derecho de patentes y los nuevos avances tecnológicos.

Un redimensionamiento de la prohibición de patentar invenciones que atentan contra la moral

El principio de neutralidad tecnológica como paradigma

El principio de neutralidad tecnológica apunta a no vincular el ordenamiento jurídico a una exclusiva tecnología; se permite el desarrollo de nuevas tecnologías, sin aferrarse a una sola, y, con ello, se evita la obsolescencia de la norma jurídica. El autor Osio (2001) clarifica este principio al revelar que:

(...) la ley debe permanecer neutra en cuanto a los tipos de tecnología y el desarrollo de las mismas, por demás cambiantes en forma constante. La ley no debe inclinarse u orientarse a un tipo

de tecnología, ni limitarse a una forma de transmitir los mensajes. Esto es de suma importancia, debido a que no sólo puede excluir tecnologías existentes, sino quedar obsoleta en un periodo relativamente corto. (p. 7)

Se acepta, con la neutralidad tecnológica, la no segregación de tecnologías, con el objeto de abrir la puerta a la adopción de nuevos avances que permitan cumplir con las finalidades de la ley. Implica, por consiguiente, regular los efectos de la técnica y no la técnica como tal, así, si un nuevo método ejecuta y cumple la finalidad de la ley de manera más eficiente que un método antiguo, puede reemplazarlo (Alonso, 2009).

Las cualidades del principio, en general, son propender a la no taxatividad de las normas, a la imparcialidad y eliminación de la discriminación entre tecnologías, para formar un sistema jurídico eficiente, efectivo y neutro. Para la no taxatividad de la norma, el legislador debe contemplar el uso de las nuevas tecnologías con determinadas funciones y requisitos y no limitarse a cerradas circunstancias para otorgarle su valor jurídico (Trivelli, 2003).

Con respecto a la imparcialidad y no discriminación de la neutralidad tecnológica, el creador de las normas debe formularlas de acuerdo a los derechos de los asociados del Estado; no hay lugar a la especificidad de tecnologías dentro de un ordenamiento jurídico. Esta cualidad se extiende a los ciudadanos, pues no hay exclusiones; toda persona sin importar su condición puede tener acceso a los nuevos desarrollos tecnológicos y, puede en el uso de su derecho a la libertad, escoger la tecnología que más considere conveniente (van der Haar, 2007).

A este propósito, la neutralidad tecnológica es un principio base de la regulación de los efectos de la tecnología y no de los métodos usados para llegar a esos efectos. En el mismo camino regulador, la no discriminación entre tecnologías es fundamental para una constante promoción de inventivas; se asegura la estabilidad jurídica (Cullell, 2010).

El realismo jurídico como horizonte

Algunos estudiosos han abordado la cuestión de la verdadera naturaleza del derecho, unos la precisan desde las normas, otros desde un componente axiológico y, otros más, desde los hechos y actuaciones del operador judicial. Aquí, entra la escuela del realismo jurídico que parte de premisas dirigidas a un derecho enraizado en la acción —hechos, experiencias y actuaciones judiciales— (Campos, 2010).

De esto, surge en el realismo jurídico un directo rechazo a las normas y a estándares axiológicos, en tanto, lucha por un derecho alimentado por la práctica dentro de un campo preeminentemente teórico, normalizado. El ejercicio realista es construir

una teoría destacada por el sometimiento de la legislación a la realidad, pues, según el realismo, la creación de normas se hace posible gracias a su careo con la realidad. Y ocurre, indefectiblemente, que en algunos casos la norma queda corta para resolver un conflicto, por lo que, ante lagunas normativas, antinomias y demás, se hace inevitable acudir a la realidad (Castignone, 2007).

Entre las concepciones más conocidas del realismo jurídico se encuentra el norteamericano, caracterizado por su notable influencia en la regulación jurídica de Norteamérica. Desde sus inicios, ha afirmado que la lógica no es el motor del Derecho, sino la experiencia misma, estudiada para dar vida al Derecho y llevada a casos concretos (Campos, 2010).

El realismo se ha valido de la sociología para ampliar sus consideraciones jurídicas, conducidas hacia la implementación de factores perceptivos para desenlaces pragmáticos. Tanto así que los jueces norteamericanos se han convertido en los autores principales de las actividades y de los precedentes judiciales, con lo que sus decisiones, en la mayoría de los casos, adquieren más relevancia que la ley (Soriano, 1997).

Por lo tanto, los jueces norteamericanos, para ser justos, deben acudir a su libertad —discrecionalidad— en lugar de guiarse por el contenido de la norma, pues, para ellos, la norma trunca la regulación de nuevas realidades y promueve la involución de la sociedad. No cabe duda de los fines proteccionistas de los jueces a los intereses individuales y colectivos, por ende, ellos deben recurrir a la sociología para comprender los cambios sociales y encontrar justas soluciones a los casos que lleguen a su conocimiento (Soriano, 1997).

Lo subjetivo de la inmoralidad sexual

La subjetividad, desde lo cultural, es aquella área en donde se elaboran los componentes que vinculan al individuo con el mundo (Aquino, 2013); desde el pensamiento de Foucault (1980), se comporta como el resultado de preceptos disciplinarios de normalización en el individuo, conectados unos a otros, para generar una mentalidad adecuada con el esquema cultural del momento.

Desde la perspectiva sociológica, la subjetividad se forma por el conjunto de disposiciones que encaminan los actos, opiniones, sentimientos y anhelos del individuo, en interacción con otros y bajo los estándares sociales en los que se construyeron (Bourdieu, 2007). Por cierto, el ser humano, a veces sin notarlo, contribuye a transformar la sociedad por medio de la facultad que tiene para solicitar el respeto a su existencia individual y al libre desarrollo de su personalidad (Aquino, 2013).

Durkheim (2004) describe el acoplamiento entre lo social y lo individual, de la siguiente manera:

Si se puede decir, en ciertos rasgos, que las representaciones colectivas son exteriores a las conciencias individuales, es que ellas no derivan de los individuos tomados aisladamente, sino de su concurso; lo que es bien diferente. Sin dudas, en la elaboración de un resultado común cada uno tiene su contribución; pero los sentidos privados se tornan sociales solamente al combinarse bajo la acción de fuerzas sui generis que la asociación desarrolla; como consecuencia de esas combinaciones y de las alteraciones mutuas que en ella se producen, ellas se convierten en otra cosa. (p. 34)

Por lo tanto, si hay una coexistencia de lo social con la conciencia individual, se puede decir que los actos eróticos, la tensión sexual y los valores sexuales se relacionan estrechamente con las contiendas religiosas y políticas. Verbigracia de esto son las manifestaciones sociales del siglo XIX en Inglaterra y Estados Unidos, dirigidas a coartar la sexualidad a través de acciones educativas y políticas; criticaban fuertemente a la literatura obscena, los bailes en público, desnudos artísticos, propagandas de control de reproducción; promulgaban la abstención de conductas tendientes a la prostitución, masturbación y los demás representativos de la liberalidad sexual (Gurrea, 1985).

Algunas de las ideas moralistas de aquella época continúan presentes en la actualidad. Si se habla, por ejemplo, de la masturbación y el orgasmo, en ese entonces, eran considerados actos dañinos para la salud física y mental. Para evitarlo, adquirieron prácticas malintencionadas para reprimirlos, a tal punto que los médicos optaban por extirpar el clítoris de las mujeres que se masturbaban. En el tiempo actual, estos métodos de control ya no son frecuentes, pero la inmoralidad de estos comportamientos subsiste en algunas sociedades y en sus legislaciones (Rubin, 1989).

Desde otrora, en la prehistoria se dieron dos monogamias en diferentes momentos: la monogamia natural y la monogamia patrimonial. Luego, en el judaísmo, el hombre podía tener más de una compañera sexual; en la cultura egipcia se permitía el incesto; los griegos no tachaban al homosexualismo entre adultos y jóvenes; en la Edad Media la Iglesia no compartía las relaciones sexuales fuera del matrimonio y solo podían darse con la intención de procrear. En la época victoriana la masturbación era inconcebible (Vera-Gamboa, 1998).

Más tarde, surgieron movimientos y estudiosos que propendieron socavar estas conservadoras ideas moralistas, con alcances acogedores para quienes la practicaban. Se ha llegado a cambiar el pensamiento radicalista por uno liberal, en el que para algunos la masturbación, la compra de dispositivos sexuales, el homosexualismo, los actos sexuales como diversión, el control de natalidad, entre otros, ya no son para todos aspectos contrarios a la moral.

Se desprende de lo anterior que el cambio de la moralidad sexual depende del conjunto de diversidad de subjetividades, constructoras de contextos sociohistóricos y de culturas —conocimiento social— arraigadas a una determinada comunidad. Luego, la suma de subjetividades individuales representa la moral social y esta, a su vez, se dispersa sobre otras subjetividades en determinado tiempo y lugar.

Sobre la inmoralidad de las invenciones de aparatos sexuales

La tecnología ha provocado, desde donde se vea, cierto apego o desapego entre los individuos; es el caso de los aparatos que asisten a la masturbación individual o de pareja. La invención de dispositivos sexuales —vibradores, vaginas mecánicas, etc.— ha expandido las prácticas de la autosatisfacción. Pero, llegar a asimilar estas invenciones no ha sido fácil, pues la masturbación ha sido un tema ajeno a las sociedades con morales conservadoras y a otras que, al igual que estas, han sido juzgadoras de conductas sexuales no reproductivas.

Se estima que aproximadamente el 60% de las mujeres en Estados Unidos utilizan vibradores y, de estas, el 95% los implementan durante la relación sexual con su pareja. Ellas ven en esta alternativa un modo de satisfacer su sexualidad, de manera que lo hablan abiertamente con su pareja para contemplar su uso (Berman, 2004).

Las primeras patentes de invenciones relacionadas con prácticas sexuales emprendieron en agosto de 1846; sin embargo, se tiene que el primer derecho de exclusividad sobre un vibrador —funcionaba a vapor— se dio en 1869 (Yehya, 2001). Al igual que este invento, nuevas tecnologías de asistencia sexual, alejadas de la procreación, han surgido. Soto (2007) hace un recuento de algunas invenciones eróticas; se tienen: preservativos, diafragmas, masajeadores de clítoris, muñecas inflables, bicicletas automasturbatorias, circuitos de video con enchufes eróticos y otros más.

Otros dispositivos de autonomía erótica, también, fueron inventados: el *Dildo*, pene artificial para mayor satisfacción sexual; *Ben Wa*, bolas chinas para la obtención de placer; y otros más sofisticados como el *iBuzz*, aparato capsular sincronizado con un iPod o mp3 para el estímulo sexual, o la ‘teledildónica’ que ofrece una excitación remota interactiva ya que, a través de internet, alguien maneja el juguete sexual de otro (Crooks y Baur, 2010). Conviene decir que con la introducción del cibersexo en la sociedad moderna se ha llegado a un nivel no visto antes.

Según el autor Soto (2007), con la aparición del ciberespacio, alimentado por la cibercultura, se ha logrado digitalizar al sexo y a la sexualidad. Se crearon invenciones basadas en esta nueva tecnología, como *CyberSuit*, emisores de sensaciones conectados al cuerpo; también, *RoboSuck*, una bomba aspirante comandada desde internet; *Sex Plus’s Adapter (SSP)*, dispositivo para la interacción erótica con personas localizadas en lugares diferentes; *Virtual SexMachine*,

proveedora de vibraciones, masajes y vacíos mediante cables conectados a una computadora, y otras parecidas.

Algunos sectores han estado a favor de la existencia de estas invencciones y de las apologías a la sexualidad mecanizada o virtualizada. Otros, por lo contrario, adheridos a culturas conservadoras y obstinadas evocan una inmoralidad a este tipo de tecnologías. Los seguidores de las invencciones relacionadas con actos sexuales han promovido la idea de cambiar el pensamiento recalcitrante a uno que elimine la subjetiva connotación pornográfica de las invencciones sexuales, pues como dijo Soto (2007), "Lo pornográfico está en la mirada y no en los objetos, ni en la forma de representar la sexualidad" (p. 116).

De ahí que la perceptiva de inmoralidad de los actos de autoestimulación erótica ha hecho que algunas legislaciones tomen medidas restrictivas de producción, comercialización y distribución de aparatos sexuales. Entre los sitios con morales conservadoras que han prohibido el mercado de juguetes sexuales se destacan algunos estados que integran los Estados Unidos: Louisiana, Alabama, Virginia, Georgia, Mississippi e Indiana (Babcock, 2006).

Estas restricciones son un método absurdo para algunos autores como Coleman (2000), quien aduce que "la salud sexual de un individuo o de una sociedad se enriquece con el conocimiento, la tolerancia y la empatía frente a la diversidad de las identidades y expresiones sexuales que forman parte de la condición humana" (p. 4), o también para Lawless (2006), quien en una ocasión afirmó:

Los juguetes sexuales no deberían ser una cuestión de convicción personal con base en las creencias religiosas (...) Deberían estar regidos con las mismas bases con que se protegen los derechos a la privacidad en la recámara de cualquier adulto. (p. 1)

En suma, la sexualidad entra en el espacio en el que confluyen la política, la legislación y la subjetividad. El recorrido histórico ha demostrado que la moralidad pública y demás normas sociales influyen sustancialmente en la aceptación del uso de dispositivos sexuales en las practicas eróticas. Ello, ha mutado desde la prehistoria, gracias al empoderamiento personal de la libertad sexual que requiere un fino compromiso para llevar con responsabilidad las satisfacciones y gustos (Crooks y Baur, 2010).

Conclusiones y reflexiones

Los criterios establecidos permitieron contestar la pregunta planteada, por lo tanto, la libertad sexual es un derecho de corte utilitarista. Bentham (2002) estableció lo inconveniente que resulta castigar conductas como la homosexualidad, esto puede extenderse a la incompatibilidad que existe en la prohibición de asignar patentes a

ciertos aparatos sexuales que en últimas no afectan la moral pública. Por lo tanto, la democracia atada a la globalización es un medio que permite establecer los parámetros de respeto por el *otro*, y sus gustos sexuales.

La inmoral que es cuestionada por la moral pública debe ser analizada de acuerdo al daño causado, es decir, dentro de los límites materiales y formales al ejercicio del *ius puniendi* (como principios amparados por el garantismo) se encuentra el principio de lesividad, el cual indica que no es posible castigar a una persona si no existe un daño. Es más, si la conducta no se exterioriza, no debe ser de interés de ningún tipo de jurisdicción.

Incorporar elementos de juicio para establecer si una invención es patentable (sumadas a las ya existentes: novedad, nivel inventivo y aplicación industrial) no debe obedecer a presupuestos religiosos ni ideológicos. La motivación especial debe surgir de la realidad e incorporada en la normatividad que le permita al evaluador tomar decisiones en pro de los derechos de una pequeña población que los desea.

El progreso tecnológico permite el avance de la humanidad hacia nuevos paradigmas, sin embargo, Benjamin (2001) consideró a eso que se le denomina "progreso" como un ángel que va adelante pero con la mirada atrás, es decir, un avance tecnológico o progreso sin humanidad deja atrás ruina. Por lo tanto, es cierto que el principio de neutralidad tecnológica debe mantener ese criterio de ecuanimidad que promueve la inventiva en todas las áreas. Empero, es preciso decir que en el siglo XXI debe existir un puente entre lo tecnológico y lo humano o entre la bioética y lo jurídico, a esto se le denomina *biojurídica* que, según Trujillo-Florián (2020), tiene la función de reflexionar el derecho en su estructura ontológica, para que la ciencia y el derecho no se excedan en sus posturas dogmáticas.

La actualidad requiere de un juez que tenga un conocimiento que vaya más allá del derecho; la transdisciplinariedad permite que el juez falle con criterio realista, acudiendo a las distintas disciplinas para entender el contexto en el cual se encuentra. La tolerancia como derecho permite ver la subjetividad del otro sin traspasar los límites. No se trata de tolerar y patentar cualquier cosa o acto, por supuesto que debe hacerse un examen acorde a lo humano y el respeto por la otredad porque de lo contrario se estaría frente a la paradoja de Karl Popper (1963) quien adujo que existen límites para tolerar, por lo que no se puede aceptar sin reservas todo aquello que resulte dañino o intolerante a futuro. En este sentido, se debe tener suma precaución con los discursos excesivamente nihilistas, por ejemplo, tolerar a quienes proclaman un derecho de inventiva de un aparato sexual que involucre menores de edad.

Referencias bibliográficas

- Abascal, S. (2010). Los “matrimonios” entre homosexuales y los derechos humanos. *Bien común*, 15(181), 65-66.
- Alemán, M. M. (2001). De las patentes de invención. Definición, requisitos y exclusiones. *Juris Dictio*, 2(4), 23-30. <https://doi.org/10.18272/íu.v2i4.551>
- Alonso, C. (2009). Network Information and the Principle of Technological Neutrality: The Freedom of Expression and Dissemination of Administrative Information. *Revista Derecho del Estado*, 22, 1-18. <https://ssrn.com/abstract=1476887>
- Aquino, A. (2013). La subjetividad a debate. *Sociológica*, 28(80), 259-278. <http://www.scielo.org.mx/pdf/soc/v28n80/v28n80a9.pdf>
- Babcock, B. (2006). Law changed for adult items. *The Kansas City Star*.
- Bagley, M. A. (2003). Patent first, ask questions later: morality and biotechnology in patent law. *Wm. & Mary L. Rev.*, 45, 469. <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol45/iss2/3/>
- Barrere, M. A. (1992). Feminismo y garantismo. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 9, 75-90. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142232.pdf>
- Barrios, W. y Pons, L. (1995). *Sexualidad y religión en los altos de Chiapas* (No. CH 306.7097275 B375S). <http://www.sidalc.net/cgi-bin/wxis.exe/?IisScript=INESI.xis&method=post&formato=2&cantidad=1&expresion=mfn=001212>
- Benjamin, W. (2001). *Tesis de filosofía de la historia*. Editorial Etcétera.
- Bergel, S. (1996). Requisitos y excepciones a la patentabilidad. *Inventiones Biotecnológicas*. En C. Correa (comp.), *Derecho de patentes* (pp. 13-82). Ediciones Ciudad Argentina.
- Berman, L. (2004). *The Health Benefits of Sexual Aids and Devices*. Northwestern University.
- Boff, L. (2003). *Ética y moral: la búsqueda de los fundamentos*. Editorial Sal Terrae.
- Bourdieu, P. (2007). *El sentido práctico*. Siglo XXI Editorial.
- Castignone, S. (2007). *La máquina del derecho. La escuela del realismo jurídico en Suecia*. Universidad Externado de Colombia.
- Coleman, J. (2000). *A history of political thought from the middle ages to the renaissance*. Blackwell.
- Colombia, Corte Constitucional. (1994). Sentencia C-224 de 1994. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-024-94.htm>
- Comunidad Andina. (2000). Decisión 486 de 2000.
- Comunidad Andina, Tribunal de Justicia. (2008). Sentencia 0028-IP-2008.
- Comunidad Andina, Tribunal de Justicia. (2015). Sentencia 153-IP-2015.
- Cortina, A. (1988). La moral como forma deficiente del Derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5, 69-85. <https://doi.org/10.14198/DOXA1988.5.04>
- Crooks, R. y Baur, K. (2010). *Nuestra sexualidad*. Cengage Learning.
- Cullell, C. (2010). El principio de neutralidad tecnológica y de servicios en la UE: la liberalización del espectro radioeléctrico. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 11, 1-10. <https://www.raco.cat/index.php/IDP/article/download/225848/307246>
- Devlin, P. (1965). *The enforcement of morals*. Oxford University Press.
- Durkheim, E. (2004). *Representações individuais e representações coletivas*. Ícone Editora.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y garantismo*. Trotta.
- Ferrater, J. (1994). *Diccionario de filosofía* (Tomo 3). Ariel.
- Foucault, M. (1980). *Historia de la sexualidad*. XXI Editorial.

- Fuentes, F. (2006). La moral, la ética y la bioética como limitantes sociales a la protección de las invenciones por la vía de las patentes. *Frónesis: Revista de filosofía jurídica, social y política*, 13(3), 9-31. <https://produccioncientificaluz.org/index.php/fronesis/article/view/2991/2990>
- Galvez de Valdez, A. (2007). *Supremacía de la moral sobre el derecho*. LibrosEnRed.
- Giddens, A. y Durkheim, E. (1993). *Escritos selectos*. Ediciones Nueva Edición.
- González, J. P. S. (1999). *Invencción, patentes e innovación en la España contemporánea*. Oficina Española Patentes y Marcas. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=147437>
- Gurrea, J. (1985). *La sexualidad*. Editorial Montesinos.
- Hart, H. (1981). *Law, Liberty and Morality*. Oxford University Press.
- Holbach, P. H. T. (1840). *La moral universal o los deberes del hombre fundados en su naturaleza*. Oficina del Establecimiento Central.
- Kant, I. (1983). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Porrúa.
- Kropotkin, P. (1945). *Origen y evolución de la moral*. Editorial Americalee.
- Lawless, L. (2006). Healthy vs unhealthy sex. <https://holisticwisdom.com/unhealthy-sex.htm>
- Massaguer, J. (2006). El contenido y alcance del derecho de patente. *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, 15, 173-187. <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1632/documento/art12.pdf>
- Mill, J. S. (1859). *Sobre la libertad*.
- Nino, C. (2019). *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del derecho*. Siglo XXI Editores.
- Nussbaum, M. (2014). *Emociones políticas. ¿Por qué el amor es importante para la justicia?* Paidós.
- Organización Mundial del Comercio. (1994). Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ADPIC/TRIPS.
- Osio, M. (2001). Comercio Electrónico: Los Mitos de una Ley sobre la Materia. Trabajo presentado en Seminario Profesional y Empresarial: Aspectos Jurídicos de Internet, Caracas, 2 de noviembre del 2000.
- Páramo, J. R. D. (1994). El moralismo legal contraataca. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 15-16(2), 571-580 <http://dx.doi.org/10.14198/DOXA1994.15-16.27>
- Peces-Barba, G. (1989). *Sobre el fundamento de los derechos humanos: un problema de moral y derecho*. Debate.
- Popper, K. (1963). *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones*. Paidós
- Ramírez, Y. C. (2010). Individualismo moral e individualismo egoísta: herramientas conceptuales en la teoría de Durkheim para el análisis de un problema contemporáneo. *Revista Colombiana de Sociología*, 33(2), 31-40. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/recs/article/view/19328/20282>
- Rengifo, E. (2016). *Derecho de patentes*. Universidad Externado de Colombia.
- Rousseau, J. (1762). *El contrato social*.
- Rubin, G. (1989). Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad. En S. Vance (Ed.), *Placer y peligro. Explorando la sexualidad femenina* (pp. 113-190) Editorial Revolución. http://xenero.webs.uvigo.es/profesorado/beatriz_suarez/rubin.pdf
- Salazar, P. (2011). *Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción*. Universidad de Alicante.
- Sánchez. (1981). *Ética*. Grijalbo.
- Sarre, P. L. (1999). *La moral regresa a la escuela*. Plaza y Valdés.
- Soriano, R. (1997). Sociología del Derecho. *Editorial Ariel*.
- Soto, J. (2007). Cibercultura y sexualidad. En M. Mora (ed.), *Entre escotomas y fosfenos: observatorio mexicano de tecnociencia y ciberculturas*. Editorial UOC.

- Timmermann, C. (2013). *Life sciences, intellectual property regimes and global justice* (tesis doctoral). Wageneningen University. <https://edepot.wur.nl/276714>
- Trivelli, M. (2003). El Principio de Neutralidad Tecnológica en la Ley N° 19.799. *Revista Chilena de Derecho Informático*, 4, 1-21. <https://doi.org/10.5354/0717-9162.2011.10675>
- Trujillo-Florián, E. (2020). El Desarrollo humano desde la biojurídica colombiana para los habitantes de la calle drogodependientes. *Revista Internacional de Cooperación y Desarrollo*, 6(2), 33-49 <https://doi.org/10.21500/23825014.4095>
- Vaggione, J. M. (2009). Sexualidad, religión y política en América Latina. *Diálogos Regionales*, 1-64.
- Van der Haar, I. (2007). Technological Neutrality; What Does it Entail? TILEC Discussion Paper No. 2007-009. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.985260>
- Vélez, A. (1990). *El hombre: herencia y conducta*. Universidad de Antioquia.
- Vera-Gamboa, L. (1998). Historia de la sexualidad. *Rev Biomed*, 9(2), 116-21. <https://www.imbiomed.com.mx/articulo.php?id=20255>
- Yehya, N. (2001). *El cuerpo transformado: cyborgs y nuestra descendencia tecnológica en la realidad y en la ciencia ficción*. Paidós.