

**LOS TATUAJES COMO OBJETO DE PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS DE AUTOR**

**FELIPE JIMÉNEZ GAVIRIA
ALEJANDRO GRAJALES GALLEGO**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLIN**

2017

**LOS TATUAJES COMO OBJETO DE PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS DE AUTOR**

**FELIPE JIMÉNEZ GAVIRIA
ALEJANDRO GRAJALES GALLEGO**

Trabajo de grado presentado para optar al título de Abogado

Asesora: Mónica Restrepo Ruiz

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLIN**

2017

Nota de aceptación:

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Medellín, abril de 2017

Contenido

	Pág.
Resumen	5
Introducción.....	7
1. Historia de los Derechos de Autor	8
2. Propiedad intelectual.....	13
2.1 Derecho de Autor.....	14
2.1.1 “Copyright” versión anglosajona y el “derecho de autor”	16
2.1.2 Titulares del Derecho de Autor.....	17
2.2 El derecho moral	18
2.2.1 Derecho a la paternidad	20
2.2.2 Derecho de divulgación	20
2.2.3 Derecho al respeto y a la integridad de la obra.....	21
2.2.4 Derecho de modificación	21
2.2.5 Derecho de retracto o de retiro.....	22
2.3 Derechos Patrimoniales	23
3. Objeto del derecho de autor	25
3.1 Obras artísticas	26
3.2 Obras por Encargo	28
4. Derechos personalísimos	29
5. Los Tatuajes.....	29
5.1 ¿Obras de arte?.....	31
6. Derechos morales del tatuador vs Derechos Personalísimos del tatuado	35
6.1 Casos relevantes	37
7. Derechos patrimoniales en los tatuajes y casos relevantes	41
8. Conclusiones	51
9. Referencia.	52

Resumen

El contenido del trabajo a desarrollar pretende analizar cuáles son los alcances de los derechos de autor al momento de la materialización de una obra artística original plasmada en la piel humana. Y es que, una actividad considerada artística como los tatuajes, que hasta ahora ha sido poco estudiada por parte de los juristas, podría llegar a ser objeto de estudio si partimos de la relación tatuado – tatuador, para ponderar los derechos personalísimos del primero, como el derecho a disponer de su propio cuerpo, a la imagen, a la libertad personal y el libre desarrollo de la personalidad, protegidos por la Constitución Política, con la titularidad y los derechos de Autor del segundo plasmados en la Ley 23 de 1982 y la Decisión 351 de 1993.

Palabras clave: Derechos de Autor, Derechos Personalísimos, Copyright, obras artísticas, Tatuajes, reproducción de obras, obras por encargo, lienzo humano, explotación económica.

Abstract

The content of the work to be developed aims to analyze the scope of copyright at the moment of the materialization of an original artistic work embodied in human skin. This, since an activity considered artistic as tattoos, which until now has been little studied by the jurists, could become the object of study if we start from the relationship tattooed - tattooer, pondering the personalities rights of the first, such as the right to dispose of their own body, the image, the personal freedom and the free development of the personality, protected by the political constitution, with the ownership and copyrights of the second established in Law 23 of 1982 and Decision 351 of 1993.

Key Words: Copyright, Personal Rights, artistic works, Tattoos, reproduction of works, works by employment contract, human canvas, economic exploitation.

Introducción

El siglo XXI ha supuesto para la sociedad un proceso de transición importante en la manera de abordar diferentes temáticas en distintos campos y esferas de la vida. Muchas discusiones nunca antes contempladas, como situaciones que antes parecían lógicas y claras en materia de política, música, arte, economía, derecho y ciencia, entre otros temas, hoy por hoy son sinónimo de debate y análisis. Y es que, en la actualidad es común sorprenderse, y encontrar en situaciones de la vida cotidiana, poco discutidas, problemáticas.

Es allí donde aparece el Derecho estudiando, amoldándose, y regulando invenciones, instituciones u actividades propias de los cambios culturales que ha sufrido la humanidad (Perico, 2012). En este punto están los tatuajes, creaciones artísticas discutidas a lo largo de la historia, plasmadas en la piel humana, y que al convertirse en tendencia actual han empezado a ser objetos de análisis jurídico especialmente en la esfera de los derechos de autor.

La idea entonces, radica en esbozar, a partir, del estudio de esta actividad artística a la luz de las normas colombianas e internacionales, en materia de derechos de autor, las implicaciones jurídicas existentes, si tenemos en cuenta que en la relación tatuado – tatuador aparece la necesidad de ponderar, entre los derechos personalísimos del primero, como el derecho a la imagen o a la disposición del propio cuerpo, y la titularidad y los derechos de autor, que surgen al segundo siendo este el creador de la obra.

Para esto, resulta entonces fundamental realizar un proceso de investigación que involucre el estudio de normas, doctrina, jurisprudencia y casuística, que a la postre nos permita resolver interrogantes como: ¿puede el ser humano catalogarse como un lienzo?, ¿se pueden realizar negocios jurídicos con una obra plasmada en la piel humana?, ¿qué derechos podría tener un tatuador sobre una obra plasmada en el cuerpo humano?, ¿modificar o borrar estas obras podría tener consecuencias jurídicas?

Sin embargo, antes de dar respuesta a estos interrogantes, debemos partir por estudiar los conceptos útiles para este análisis, en materia de derechos de autor, y así edificar un análisis serio, entretenido e innovador, que nos permita enunciar las consecuencias jurídicas de encontrar una relación entre esta rama del Derecho y los tatuajes.

1. Historia de los Derechos de Autor

El surgimiento del concepto de derechos de autor se remonta a la época de mayor desarrollo a nivel artístico en las civilizaciones griega y romana, allí se dieron las primeras pinceladas en el análisis de los aspectos morales y patrimoniales de lo que en su momento se consideraba como una obra artística, al respecto:

(...) los autores romanos tenían conciencia del hecho de que la publicación y la explotación de la obra ponen en juego intereses espirituales y morales. Era el autor quien tenía la facultad para decidir la divulgación de su obra y los plagios eran mal vistos por la opinión pública (Dock, 1974, pág. 144).

Luego, a mediados del siglo XV con la llegada de la imprenta y el descubrimiento del grabado se abrió la posibilidad de reproducir libros masivamente, lo que supuso la necesidad de regular y definir los parámetros de esta actividad. Es entonces, donde aparecen “los privilegios”, los cuales:

(...) eran monopolios de explotación que el poder gubernativo otorgaba a los impresores y libreros por un tiempo determinado, a condición de haber obtenido la aprobación de la censura – con lo cual servían como resorte político para controlar la difusión de las doctrinas que se consideraban peligrosas– (Lipszyc, 2006, págs. 29 - 30).

Los gobernantes necesitaban encontrar una forma de control de las ideologías. Esto de acuerdo a las políticas de gobierno. Daban concesiones, pasaban por el filtro para ver que se hacía conocible para las personas.

Es ese el primer acercamiento a conceptos que hoy en día tienen aplicación en las legislaciones actuales, pues con la creación de los privilegios se abordaron temas como el de los derechos exclusivos, plazos limitados y medidas coactivas.

Con la entrada del siglo XVIII en Inglaterra, se desarrolló lo que en su momento se conoció como “El Estatuto de la Reina Ana”, el cual propició un avance trascendental en materia de regulaciones y derechos. Con este “*se establecieron las reglas bajo las cuales se buscaban proteger los derechos exclusivos que allí mismo se le atribuían a los autores o propietarios de los libros*” (Bercovitz, y otros, 2009, pág. 17), situación que significó el punto de partida hacia el control de un fenómeno que nos aqueja también en la actualidad, como es la piratería.

Mientras tanto, en Francia también se empezaría a trazar el camino para proteger innumerable cantidad de obras artísticas, y fue así como desde principios del siglo XVIII algunos filósofos franceses abogaban “*por la propiedad del autor respecto de sus escritos basados en una posición iusnaturalista*” (Pabón, 2009). De este modo, se entiende que en un país tradicionalmente moralista como Francia, se sostuvo la idea que al momento de la creación de una obra los derechos morales surgen de manera intrínseca para el autor de la misma. Posteriormente el Concejo de Estado Francés, que ya reconocía la importancia de los derechos morales que recaían sobre el autor, hizo público el reconocimiento a los autores y compositores de obras literarias y musicales, los derechos patrimoniales sobre sus obras.

A partir de ahí, la internacionalización de la normas en materia de derechos de autor era cuestión de tiempo, fue entonces cuando gran cantidad de legislaciones comenzaron a regular sobre la materia, lo que conllevó, que a finales del siglo XIX, y durante el siglo XX, se firmara y aceptara la implementación de diferentes convenciones internacionales, todas de gran importancia, como la Convención de Berna, la Convención Universal suscrita en Ginebra en 1952, la Convención de Roma de 1961 y los Tratados de la OMPI de 1996.

Lo cierto es que, con la implementación de tantas regulaciones multilaterales de carácter internacional para los Estados, que aún no habían manejado estas temáticas, surgía la necesidad de regular en sus ordenamientos todo lo relacionado con derechos de propiedad intelectual en general, y los derechos de autor en particular, esto mediante la inclusión de disposiciones en sus constituciones y la expedición de leyes propias sobre la materia.

Fue así entonces como finalmente el derecho de autor se universalizó, lo que se fundamenta en el artículo 27 de la Declaración de los Derechos Humanos, el cual versa:

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes, y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le corresponden por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora (ONU, 1948).

De esta manera, a partir de la participación del hombre en la sociedad con sus creaciones, es que el derecho de autor resulta tan preponderante y al día de hoy ha logrado convertirse en un atributo inherente al ser humano, lo que significa que su protección, como derecho, en ningún momento puede ser desconocido.

En Colombia, por su parte los derechos de autor han tenido un desarrollo importante desde el siglo XIX, sus primeras manifestaciones vinieron consagradas en el Acta de la Federación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada en 1811. Es a partir de ahí que fueron apareciendo las primeras regulaciones, con miras a la protección de los mismos. Lo que conllevó a la inclusión de disposiciones propias de la materia en los diferentes códigos y constituciones políticas colombianas expedidas en el siglo XIX.

Aparecen, entonces, para regular el tema el Código Civil de Cundinamarca de 1859, la Constitución Política de 1886, la Ley 32 de 1886. Más adelante en 1887, con la promulgación del Código Civil colombiano aún vigente, se trae a colación un concepto de derecho de dominio sobre

activos intangibles propios del talento o el ingenio humano, englobados en el término de propiedad intelectual.

Sin embargo, los derechos de autor no se analizarían únicamente en materia civil. Desde la Ley 32 de 1886 ya se habían planteado sanciones penales a quien infringiera las normas de propiedad intelectual. Posteriormente surgió el Código Penal Colombiano de 1890, el cual había dejado insubsistente los apartados penales de la mencionada ley. Dadas estas circunstancias se promulgó la Ley 86 de 1946 sobre propiedad intelectual, la cual aunque buscaba regular el tema de una manera general, incluyó en sus disposiciones algunas sanciones de carácter penal (Márquez, 2004).

A su vez vale la pena mencionar que el derecho de propiedad intelectual, en los que se encuentran incluidos los derechos de autor en Colombia, se ha nutrido de los aportes jurisprudenciales de las Altas Cortes, siendo importante mencionar sentencias como la de la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena del 10 de febrero de 1970, la cual habla sobre la propiedad intelectual y sobre las mismas garantías que tiene como lo tienen la propiedad privada y los derechos adquiridos con justo título; o como la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, del 17 de marzo de 1994 en la que se dice sobre qué obras recaen los derechos de autor en Colombia.

Ya en 1982 apareció la Ley 23, la cual ha sido objeto de algunas modificaciones estipuladas por la Ley 44 de 1993, sin embargo, estas normatividades en materia de derechos de autor deben ser interpretadas en conjunto con la doctrina y con los tratados internacionales, de manera que,

cada caso propio de la materia requiere de una interpretación sistemática para ser resuelto. Al respecto, *“la comisión del Acuerdo de Cartagena, mediante decisión 351 de 1993, estableció el régimen común de derechos de autor para los países signatarios. Esta estructura normativa prevalece sobre el derecho interno de cada país”* (Velásquez, 2010, págs. 238 - 237).

2. Propiedad intelectual

La propiedad intelectual se define como la protección jurídica sobre toda creación del intelecto o de las capacidades humanas. En Colombia y de acuerdo con lo estipulado por los tratados de la OMPI, la propiedad intelectual debe tratarse como el todo, lo que quiere decir, que de ésta se dependen dos ramificaciones del derecho bien diferenciadas: el derecho de autor y la propiedad industrial.

Al respecto, la sentencia C-276 de 1996 de la Corte Constitucional menciona que:

(...) las creaciones del intelecto, y aquellas relacionadas con su divulgación y difusión, en cuanto bienes inmateriales han sido agrupadas, para efectos jurídicos, en los denominados derechos de propiedad intelectual, los cuales, a su vez, comprenden los derechos de autor, los derechos de propiedad industrial y los derechos sobre descubrimientos científicos, así como otras formas y manifestaciones de la capacidad creadora del individuo.

De esta manera, al hablar en un sentido estricto de propiedad intelectual, debemos hacerlo considerando esta:

(...) como la parte del ordenamiento jurídico que define las creaciones humanas protegidas en el campo literario y artístico, así como en el campo de la industria y el comercio; el nivel de protección que se reconoce a cada una de ellas; los requisitos que en cada caso permiten acceder a esa protección; y las condiciones a que queda sujeto su ejercicio y su tutela legal. Dependiendo del campo al que pertenezcan las creaciones protegidas, la propiedad intelectual se clasifica en dos grandes ramas: el derecho de autor y la propiedad industrial (Registro de Propiedad Intelectual, 2017).

Es menester en este punto enunciar que si bien se hace un marco general de tipo conceptual, histórico y jurídico, de cara a profundizar en el tema de los tatuajes, nos concentraremos en lo relativo a los derechos de autor.

2.1 Derecho de Autor

El derecho de autor es *“la rama del derecho que regula los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que presentan individualidad resultantes de su actividad intelectual, que habitualmente son enunciadas como obras literarias, musicales, teatrales, artísticas, científicas y audiovisuales”* (Lipszyc, 2006, pág. 11). Dichos derechos precisamente deben estar en cabeza del autor, el cual necesariamente deberá ser aquella persona natural que, a causa de su ingenio y manifestación propia, plasma una obra que deberá ser protegida por las leyes. Así lo determinó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones el 28 de abril de 2007, en su interpretación prejudicial 20 IP 2007, en la que define que la finalidad de los derechos de autor es *“proteger todas las manifestaciones originales, literarias, artísticas y científicas, que sean fruto*

del ingenio humano, cuando ellas puedan ser objeto de reproducción por cualquier medio apto para tal finalidad”.

Por su parte, Rodrigo Bercovitz en su libro Manual de Propiedad Intelectual, establece sobre la materia que *“una característica esencial del derecho de autor es que tiene por objeto un bien inmaterial, la obra, que no se identifica con su soporte material o de cualquier otro tipo”.* (2009, pág. 18).

Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones el 28 de abril de 2007, en la ya mencionada interpretación prejudicial 20 IP 2007, establece que la protección se *“ejerce sobre un bien inmaterial soportado en obras de naturaleza artística científica o literaria”.*

Sin embargo, el análisis no termina allí, y es que para estudiar los derechos de autor íntegramente debemos necesariamente identificar cuáles derechos están en cabeza del creador de una obra, pues es allí donde encontramos dos cualidades o aspectos que nacen con cada manifestación artística, científica o literaria a saber los derechos morales y los patrimoniales, los cuales se abordarán a fondo posteriormente, pero que a priori podríamos decir sobre los mismos, que su finalidad es, para el aspecto moral *“resaltar y estimular la labor del creador, otorgándole suficientes facultades para defender su obra y hacer valer su condición de autor”* y para el patrimonial *“concederle suficiente seguridad para su explotación comercial con las limitaciones de usos autorizados por la ley”* (Barreto & Peña, 2012, pág. 16).

De ahí entonces, que cuando nos referimos a propiedad intelectual frente a los derechos de autor debemos hacerlo teniendo en cuenta que esta incluye todo tipo de creación artística, científica y literaria que emana de la imaginación y originalidad de su creador.

2.1.1 “Copyright” versión anglosajona y el “derecho de autor”

El término Copyright lo podemos identificar con más facilidad en el derecho anglosajón, y aunque resulte similar en definición al derecho de autor, sea porque los tratados internacionales o porque las definiciones legales los confundan, su finalidad es distinta, ya que mientras el derecho de autor *“protege la creación intelectual expresada en obras que presenten originalidad o individualidad”* (Lipszyc, 2006, págs. 29-30) y los derechos morales y patrimoniales que surgen a estas, el *Copyright “tiene la vocación de proteger al que asume el riesgo financiero y no a quien asume el riesgo de crear”* (Barreto & Peña, 2012, pág. 20). Dicha situación nos lleva a diferenciar, en determinados casos, entre el autor y el propietario de una creación.

Hecha esta salvedad, podemos entonces decir que el *copyright* consiste básicamente en impedir todo tipo de copias posibles de una obra con la finalidad de proteger y salvaguardar los intereses del propietario de la misma, independientemente de que éste sea el autor o no de ella.

En este punto, conviene entonces precisar que:

(...) el derecho moral de autor es la cuestión principal que ha venido separando el sistema de protección de los autores y sus causahabientes en los ordenamientos jurídicos anglosajones, sistema del copyright, del sistema de protección en los ordenamientos jurídicos de tradición codificadora y de primacía de la ley (Bercovitz, y otros, 2009, pág. 25).

Al respecto, Juan Fernando Córdoba concluye que:

(...) precisamente al extenderse la protección a personas distintas de la del creador, entre ellas, las personas jurídicas, en el copyright es menos claro el vínculo personal entre el autor y la obra y, por ello, no existe una tradición consolidada de reconocimiento del derecho moral (2015, pág. 42).

2.1.2 Titulares del Derecho de Autor

El autor es una persona natural que, gracias a su intelecto o razón, es capaz de crear una obra original de carácter científica, literaria o artística.

Colombia, un país con gran influencia del derecho europeo en materia de derechos de autor, reconoce en el creador de la obra y en cabeza suya una teoría dualista, la cual se entiende como derechos morales y patrimoniales, los cuales van interrelacionados recíprocamente (Barreto & Peña, 2012, pág. 20).

La Corte Suprema de Justicia (1970), en sala Plena, reconoció esta modalidad bipartita del derecho, en la cual admite que el autor es titular de un derecho moral y de un derecho patrimonial. Estableció que en el ámbito del derecho de propiedad intelectual existe un objeto moral y otro patrimonial.

Es importante entonces analizar, que el derecho de autor le confiere al creador unas atribuciones morales y patrimoniales, siendo las últimas susceptibles de ser transferidas por el autor a otra persona natural o jurídica.

2.2 El derecho moral

Desconocer al hombre el derecho de autoría sobre el fruto de su propia creatividad, la manifestación exclusiva de su espíritu o de su ingenio, es desconocer al hombre su condición de individuo que piensa y crea esta racionalidad y creatividad como manifestación propia de su propia naturaleza (Corte Constitucional de Colombia, 1998)

A esto le llamamos derecho moral:

Todo autor sin importar cuál sea su actividad o manifestación artística o literaria, por el solo hecho de la expresión de sus ideas, de sus capacidades intelectuales o su habilidad. (...) cuenta con el derecho desde la perspectiva de la propiedad intelectual, (...) que representa el derecho de todo padre sobre su hijo y es el de ser reconocido como tal. (...) (Rey, 2005) citado por (Barreto & Peña, 2012, pág. 46).

El derecho moral que es considerado “fundamental”¹ por la Corte Constitucional Colombiana busca la protección de ese abstracto, que es la personalidad del autor, frente a su obra. Es aquí, donde realmente importa dicho amparo del derecho, pues la creación como se mencionó anteriormente no se analiza en razón del soporte material sobre el que fue recreada, sino en virtud de aquella labor inmaterial del autor, la cual “*transmite su propia visión del mundo, expresa sus ideas y refleja su personalidad a través de su arte o técnica*” (Corte Constitucional de Colombia, 1998).

¹ Los derechos morales de autor se consideran derechos de rango fundamental, en cuanto la facultad creadora del hombre, la posibilidad de expresar las ideas o sentimientos de forma particular, su capacidad de invención, su ingenio y en general todas las formas de manifestación del espíritu, son prerrogativas inherentes a la condición racional propia de la naturaleza humana, y a la dimensión libre que de ella se deriva (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-155 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell).

Al respecto, y según la Corte Suprema de Justicia, en una demanda de inconstitucionalidad sostiene que el derecho moral posee unas características esenciales. Se dice, entonces, que el derecho que tiene el autor es *“inalienable, irrenunciable e imprescriptible”* (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1970). Igualmente, la Decisión 351 de 1993 y el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 sostienen lo mencionado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia.

Los derechos morales de autor pueden definirse como *“derechos personalísimos, a través de los cuales se busca salvaguardar el vínculo que se genera entre el autor y su obra, en tanto ésta constituye la expresión de su personalidad”* (Dirección Nacional de Derechos de Autor, 2017).

Delia Lipszyc en su libro *“Derecho de Autor y Derechos Conexos”* analiza las características del derecho moral de autor enunciando, que es esencial, extra patrimonial, inherente y absoluto:

(...) es esencial porque contiene un mínimo de derechos exigibles en virtud del acto de creación de una obra, sin los cuales la condición de autor perdería sentido... es extra patrimonial porque no es estimable en dinero, aunque produzca consecuencias patrimoniales (...) es inherente a la calidad de autor, es decir que está unido a la persona del autor; el autor lo conserva durante toda su vida...es absoluta porque es oponible a cualquier persona (2006).

A partir de este análisis es que Delia nos expresa que el derecho moral es inalienable e irrenunciable, y que en esa condición de inalienabilidad el derecho moral es inembargable, inejecutable, inexpropiable, imprescriptible e insubrogable.

A continuación, clasificaremos las facultades que confiere el derecho moral de autor:

2.2.1 Derecho a la paternidad

Es la facultad con la que cuenta el autor de una obra para que siempre se le reconozca su condición de creador de la misma, de modo que se mencione e indique su nombre en cualquier escenario donde se haga uso de su creación. Esto, como lo expresa el Convenio de Berna en su artículo 6 bis numeral primero, significa que incluso cuando hubo una cesión de los derechos patrimoniales de una obra, el autor en todo momento conservará el derecho de reivindicar su paternidad sobre ésta.

2.2.2 Derecho de divulgación

Comprende la facultad del autor para determinar su deseo de dar o no, a conocer su obra. A su vez *“comprende el derecho a comunicar públicamente el contenido esencial de la obra o de una descripción de esta”* (Lipszyc, 2006).

Dando alcance a lo mencionado, se debe clarificar que esta facultad implica *“el deseo del autor de conservar inédita o anónima una obra (...) implica la imposibilidad de darle publicidad mientras esa sea su voluntad”* (Consejo de Estado de Colombia, Sala de Servicio y Consulta Civil, 1982).

Más adelante volveremos sobre este punto cuando tratemos las obras por encargo.

2.2.3 Derecho al respeto y a la integridad de la obra

Este derecho va dirigido a proteger la personalidad del autor en la obra, básicamente impidiendo “*cualquier cambio, deformación o atentado contra ella*” (Lipszyc, 2006, págs. 29-30). Es así, como la facultad en mención propende porque aquellos pensamientos del autor que motivaron y justificaron su creación no sean modificados.

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina estipula que “*el derecho a la intangibilidad consiste en impedir que se altere, se modifique, se deteriore, se mutile o se destruya la obra, a fin de evitar grave e injusto perjuicio a los intereses morales de autor, independientemente de los derechos patrimoniales*” (Barreto & Peña, 2012, pág. 50).

Al respecto, han surgido diversas manifestaciones jurisprudenciales y doctrinarias que reconocen esta facultad junto con la de paternidad y divulgación como los ejes fundamentales del derecho moral de autor.

2.2.4 Derecho de modificación

El derecho de modificación consiste en la facultad que tiene un autor de cambiar características de una obra sin alterar su esencia, independientemente de que la obra haya sido divulgada. Así las cosas, Delia Lipszyc analiza esta facultad diciendo:

(...) el derecho a modificar la obra es una consecuencia lógica del derecho de crear antes de una nueva edición o de una reimpresión, puede sentir la necesidad de corregir o de aclarar conceptos, de mejorar estilo, de hacer inclusiones o supresiones con el propósito de perfeccionar su obra (2006, pág. 172).

Sin embargo, sobre esta facultad recae una problemática, y es que, respecto de la modificación de una creación artística, literaria o científica, chocan dos intereses, el del autor en modificar su obra y el de la persona que adquiere los derechos patrimoniales de la misma. Al respecto cabe introducir que para el autor es perfectamente plausible transferir los derechos patrimoniales de su creación y que una modificación en la misma podría suscitar inconvenientes con este tercero adquirente. Es así como se plantea la posibilidad de que frente a las modificaciones que se realicen de una obra se presenten afectaciones que conlleven a indemnizaciones a esos terceros adquirentes.

2.2.5 Derecho de retracto o de retiro

El derecho de retracto, retiro o arrepentimiento, comprende la atribución que tiene el creador de una obra que se encuentra en el comercio de retirarla, atendiendo a que esta *“no se ajuste más a sus convicciones intelectuales o morales”* (Lipszyc, 2006, pág. 172). Aquí entonces el autor puede suspender la utilización de su obra ya autorizada siempre y cuando indemnice los daños o perjuicios causados a los terceros titulares de los derechos de explotación de la misma (Lipszyc, 2006, pág. 172).

2.3 Derechos Patrimoniales

Los derechos Patrimoniales de autor, son un conjunto de prerrogativas de las cuales esencialmente comprenden los derechos de explotación económica sobre una obra. Este conjunto de derechos tienen características importantes, como el hecho de ser susceptibles de valorarse económicamente y de estar en el comercio, ósea que pueden ser negociables (Perico, 2012, pág. 16).

De ahí su definición, como aquellos derechos que se causan *“desde el momento en que la obra o producción susceptible de estimación económica y cualquiera sea su finalidad, se divulgue por cualquier forma o modo de expresión, como lo dispone el artículo 72 de la Ley 23 de 1982”* (Zea, 2009, pág. 34). Sin embargo, antes de profundizar en esta definición, se debe clarificar el hecho que, al ser el derecho de autor negociable, este puede estar en cabeza del autor de la obra, o si este lo negoció, en cabeza de un tercero adquirente.

De esta manera, el autor o el titular adquirente, tiene derecho a exigir el pago de una remuneración en dinero por el uso que se le dé a la obra, a no ser que haya expresado su voluntad de conceder el uso de la misma de manera gratuita. Aquí vale la pena mencionar, que a una obra se le pueden dar diferentes usos como la reproducción, su traducción, adaptación, entre otras.

Guillermo Zea en este punto, nos ubica para una correcta interpretación normativa de los usos que se le pueden dar una obra, exponiendo que en el artículo 176 de la Ley 23 de 1982 se relacionan estos a modo de ejemplo, y que en la Decisión 351 de 1993 “*se dispone de una forma amplia y precisa las diferentes modalidades de comunicar las obras públicamente*” (Zea, 2009, pág. 34).

Por su parte, Delia Lipszyc habla del derecho patrimonial de autor aduciendo, que este se presenta en la medida en que el autor o la persona que este autorice, gozan de la explotación económica sobre una obra. Lo que permite al autor o al tercero autorizado por éste, a convenir que usos se le van a dar a la obra y si se va obtener un beneficio económico.

Por otro lado, es importante clarificar que

(...) en la concepción jurídica latina de los derechos patrimoniales del autor no están sujetos a *numerus clausus*: son tantos como formas de utilización de la obra sean posibles, no solo en el de su creación sino durante todo el tiempo que en que ella permanezca en el dominio privado y no conocen más excepciones que las establecidas por la Ley” (Lipszyc, 2006, pág. 50).

3. Objeto del derecho de autor

Doctrinariamente se ha definido la obra como *“toda expresión personal, perceptible y original de la inteligencia, resultado de la actividad del espíritu, que sea completa y unitaria, y al representar o significar algo, sea un creación integral”* (Zea, 2009, pág. 34). Es de esta manera como la obra aparece como el objeto del derecho de autor, siendo ésta el foco de una protección tradicionalmente reservada a lo que denomina Delia Lipszyc:

(...) creaciones intelectuales de forma” que en otras palabras son las obras originales sean estas literarias, musicales, teatrales, dramáticas, artísticas, científicas y audiovisuales, incluyéndose también, desde hace un tiempo, los programas de ordenador y las obras derivadas (adaptaciones, traducciones, compilaciones, anotaciones y comentarios, resúmenes, extractos, arreglos musicales y otras transformaciones) cualquiera sea su modo y forma de expresión, aunque para estar protegidas también deben ser originales, es decir, presentar originalidad (2006, pág. 69).

Esta definición se enmarca en lo postulado por Guillermo Zea respecto de los tres requisitos esenciales para la efectiva tutela legal sobre una obra:

- Pertener al dominio de las letras, de las artes o de las ciencias.
- Tener originalidad.
- Encontrarse en el período de protección fijado por la Ley o por los tratados internacionales vigentes (2009, pág. 34).

Es claro que para efectos del problema jurídico planteado, las obras que ocupan nuestro análisis son las consideradas como artísticas, teniendo en cuenta que en este tipo de obras es que cabría incluir a los tatuajes.

3.1 Obras artísticas

Las obras artísticas u obras plásticas, según las denomina Rodrigo Bercovitz, como concepto engloban una gran cantidad de manifestaciones creativas. Se trata así, de un tipo de obra objeto de protección que abarca un sin fin de expresiones tan diferentes como la pintura y el dibujo, la escultura, la impresión gráfica, los tapices y tejidos, la arquitectura, entre muchas otras.

Bercovitz nos habla de la diversidad de obras artísticas existentes en razón de dos parámetros: *“La función de la obra plástica y el medio físico empleado”* (Bercovitz, y otros, 2009, pág. 59).

“Ninguna enumeración de estas obras puede considerarse exhaustiva... Las obras artísticas están protegidas, cualesquiera que sean los materiales y las técnicas empleadas. La originalidad tiene, en esta materia, connotaciones particulares” (Lipszyc, 2006, pág. 77).

La originalidad *“reside en la expresión – o forma representativa – creativa e individualizada. No hay obra protegida si ese mínimo no existe”* (Lipszyc, 2006, pág. 65).

Las obras no necesariamente deben ser novedosas, entendiendo esta expresión como que se esté hablando una invención nueva en sentido objetivo. En materia de derechos de autor es suficiente con que la obra *“exprese lo propio de su autor, que lleve la impronta de su personalidad”* para hablar de originalidad (Lipszyc, 2006, pág. 65).

Es importante precisar que cuando cada artista imprime su personalidad y creatividad en la elaboración de una obra, ésta será objeto de protección inclusive si es muy similar a otras obras donde se reprodujeron fielmente imágenes como retratos, paisajes, entre otras cosas.

Lipszyc, en su mencionado libro Derechos de Autor y Derechos Conexos, clarifica que *“el derecho de propiedad sobre el objeto físico (el cuadro, la talla, etc.), aunque se trate de un ejemplar único, no supone la titularidad del derecho de autor sobre la obra artística. Se trata de derechos distintos e independientes”* (2006, pág. 78).

Bercovitz al respecto menciona: *“la obra es algo abstracto e inmaterial, como corresponde al Derecho de autor”*. (2009, pág. 66)

De ese análisis se desprende una conclusión específica que radica en predicar que con la venta de una obra artística, no se está necesariamente enajenando el derecho de reproducción sobre la misma. Este derecho sigue en cabeza del autor, quien a fin de cuentas es el que siempre debe autorizar cualquier reproducción de su creación (Zea, 2009).

Son así varios los ejemplos de derechos que no se transmiten por el solo hecho de la enajenación de una obra, siendo estos propios del autor hasta que él disponga o hasta que la ley o un contrato lo autoricen, como sucede, por ejemplo, con el derecho de disponer de la exposición pública de una obra (Lipszyc, 2006, pág. 78).

Aquí podrían esbozarse las primeras discusiones frente al tema de los tatuajes. Sin embargo, hay un tipo de obra que cobra especial relevancia para el problema jurídico planteado, y es el concepto de Obras por encargo.

3.2 Obras por Encargo

Las obras por encargo son las que se hacen de acuerdo con las indicaciones de un tercero, donde el autor a cambio de una remuneración económica crea una obra la cual va a ser utilizada en la forma y alcance que se estipulen en la negociación o convenio.

De estas obras cabe decir que el autor *“goza en plenitud de las facultades que integran su derecho en ambos aspectos: moral y patrimonial”* (Lipszyc, 2006).

De esta manera, el que la encarga solo puede explotarlas según las estipulaciones y alcance contractuales, así haya dado las indicaciones propias para la creación, lo que significa que el autor conserva los derechos patrimoniales sobre la obra si no se definió lo contrario en un contrato, así la idea haya sido ingeniada totalmente por el que encarga, pues como lo enuncia Delia el Derecho de autor protege las creaciones formales (Lipszyc, 2006, pág. 145).

4. Derechos personalísimos

Los derechos personalísimos podrían definirse como: aquellos derechos que son naturales al hombre y que son propios de su personalidad y sin los cuales este no podría existir. Estos derechos son: derecho a la vida, a la salud, a la libertad, al honor, a la intimidad, a la imagen, a la disposición de su propio cuerpo, entre otros.

Los derechos personalísimos como el derecho a la imagen y a la disposición del propio cuerpo cobran especial relevancia a la hora de analizar el problema jurídico planteado, teniendo en cuenta que al momento de la creación de un tatuaje, se generaría una discusión que radica en definir si frente a los tatuajes se predicen derechos morales y patrimoniales de autor, y si estos derechos, superan o pueden llegar a estar por encima de los derechos personalísimos del tatuado.

5. Los Tatuajes

¿Obras o no de arte?, ¿derechos de autor? Si bien surgen estas interrogantes al momento de mencionar los tatuajes, es claro que la doctrina el día de hoy no ha profundizado ni analizado en demasía si un tatuaje es una obra sujeta a derechos de autor.

Aunque teorías hay muchas, se dice que el tatuaje tiene sus principios en el periodo Neolítico, ya que se encontraron restos de un hombre que datan entre los 5000 a 5300 años, el cual tenía su espalda y sus rodillas tatuadas (Tatto Odin, s.f.). Así mismo, hace 3000 años los egipcios y en teoría, solo las sacerdotisas, utilizaban esta misma técnica de pintar sus cuerpos de manera permanente para ser reconocidas como tales (Canales, 2015). Con el tiempo y gracias a las

expediciones a través del mundo, los tatuajes volvieron a introducirse en el tiempo moderno, pues se dice que el explorador Cook:

(...) navegó hasta la Polinesia y descubrió que las tribus locales se grababan en la piel figuras geométricas. En Europa, el tatuaje había permanecido en el olvido las últimas décadas, por ello Cook estudió la técnica de los tatuajes polinesios y la llevó de vuelta al viejo continente, donde se arraigó primeramente en los marineros y después comenzó a popularizarse en el resto de la población (Canales, 2015).

Más adelante, la guerra civil de Estados Unidos popularizó y trajo a relucir el tatuaje catalogándolo como una manera de expresión de batalla y artística. Con el paso del tiempo la técnica se fue desarrollando y poco a poco se fueron creando mecanismos para hacer de esta una manera más sencilla de pintar o tatuar a un sujeto. Es así, como aparece el creador de la primera máquina para tatuar que fue Thomas Alva Edison, pues creó este dispositivo con el fin de poder escribir en relieve en el papel, pero según lo comenta Canales *“tuvieron que pasar poco más de veinte años, para que Samuel O’Reilly, (...) inventara la máquina de tatuar”* que hoy en día es utilizada por la mayoría de los tatuadores (Canales, 2015).

Por otro lado se puede decir que los tatuajes no siempre han sido utilizados como medio de expresión artística, sino como un reconocimiento de un estatus, de poderío o incluso como medio de humillación. El más claro ejemplo son los tatuajes que se realizaban a los prisioneros judíos en los campos de concentración nazi, para identificarlos. Tatuajes que humillaban y que les daba, a quienes los tenían plasmados en su piel, un estatus inferior, en comparación, de aquellos que no los tenían.

Con el pasar de los años surgieron otros prejuicios, como aquella creencia que determinaba que los tatuajes correspondían a los presos y las personas de “mal”. Sin embargo, esa percepción cambió y hoy en día se han vuelto iconos de marca y reconocimiento de personas en el medio de la televisión y la fama, lo que sin duda constituye un punto importante para referirnos al derecho personalísimo a la imagen, que profundizaremos más adelante. Y hoy más que nunca exigen una regulación y/o un pronunciamiento por parte de los doctrinantes y jueces que puedan dejar un precedente para los futuros conflictos que estos han de traer.

5.1 ¿Obras de arte?

La Maja Desnuda de Goya, El Concierto en D mayor de Tchaikovsky , La Vita e Bella de Roberto Benigni, Cien Años de Soledad de García Márquez, el Jinete de Fernando Botero, todas ellas obras maravillosas de arte, manifestaciones humanas y creaciones originales en las que el creador *“ha expresado – con una mínima complejidad – una idea propia, ha puesto su propia impronta, aun cuando se haya inspirado en otra obra de distinto género – o del mismo incluso”* (Dirección Nacional de Derechos de Autor, 2017), una originalidad que surge de lo más profundo del creador, de una visión e interpretación subjetiva de la realidad o del mundo.

Es claro que las anteriores obras pueden ser percibidas por otros seres humanos pues se encuentran plasmadas o exteriorizadas en diferentes medios u objetos. Una pintura estará en su lienzo y una canción en una partitura. Pero lo que le da la categoría de obra de arte es que son intangibles o abstractas, además de poder ser expresadas en el mundo real. No son las hojas que llevan la partitura o el lienzo en el que va la pintura plasmada, una obra; sino el sonido y la expresión de dicha obra musical, o lo que representa y se ve a través de los ojos del artista en el

cuadro. Las obras entonces pueden ser expresadas por cualquier medio o soporte (Rogel & Serrano, 2008). Además, la exteriorización de tal tiene como único requisito la perceptibilidad. *“El soporte puede ser tangible e intangible – conferencia, improvisación musical -. La fijación de la obra no es presupuesto ineludible de su protección. La obra, en fin, puede ser duradera o no”* (Rogel & Serrano, 2008, pág. 18). Con base en lo anterior, es claro concluir que la perpetuidad de la obra podría ser tan sola en un instante como ocurre con las improvisaciones musicales que no fueron grabadas, pero si fueron percibidas por alguien más.

Las obras plásticas como *“las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía”* entre otras *“se tratan de combinaciones de colores y formas dotadas de una mínima complejidad, siendo irrelevante el material utilizado”* (Rogel & Serrano, 2008). Frente a esta categoría, y cumpliendo sus requisitos, podríamos incluir entonces a los tatuajes que por su carácter de creación humana artística y original son obras de arte.

¿Puede entonces considerarse la piel humana un lienzo? Es importante reconocer que las obras de arte deben estar plasmadas en algo, sea un lienzo, un pedazo de tela o madera etc., pues estos soportes son los que dan vida a la obra. Como se mencionó anteriormente, no es lo mismo tener una canción en la mente que plasmada en una partitura que pueda ser reproducida y exteriorizada. No es lo mismo pensar una idea sobre como pintar un cuadro, a pintarlo sobre un lienzo y que esa idea esté soportada en dicho lienzo.

Es cierto que el cuerpo humano es susceptible de modificaciones, en el caso concreto vemos que este resiste a ser pintado con la técnica del tatuaje introduciendo tinta por medio de agujas en la dermis; “*Capa conjuntiva que forma parte de la piel de los vertebrados, más gruesa que la epidermis y situada debajo de esta*” (Asociación de Academias de la Lengua Española, 2014) permitiendo que esta no sea borrada y perdure en el tiempo. Pero ¿podrá catalogarse como ese medio en el cual pueda ir soportado una obra, es decir, un lienzo?

Una obra de arte como tal, que es el tatuaje en la piel, es un lienzo que se mueve, que no está estático en una galería, para un tatuador no es posible tener una exposición en una galería, es una exposición viva que está en constante movimiento (Gonzalez & Pardo, 2015).

El lienzo, desde su punto de vista etimológico, viene del latín *lintheum*, adjetivo de la palabra *linum*, la cual hace referencia a una tela llamada lino (Anders, V. Et al, 2001 2017) Según la RAE el lienzo está definido como la “*tela preparada para pintar sobre ella*” (Asociación de Academias de la Lengua Española, 2014). Dicho esto, no podríamos decir que la piel humana es una tela, o un lienzo si hacemos una interpretación literaria del significado expuesto por la RAE. Sin embargo, podríamos entonces ver más allá de lo expuesto, y analizar la actividad a la cual está destinada dicha tela; el pintar sobre ella. Nuestros ancestros, y las personas del día de hoy, nos han demostrado que es posible pintar sobre nuestras pieles y lograr en ellas el mismo resultado que se plasma en un lienzo de manera permanente.

En este punto, la interpretación que se debe hacer es analizar los conceptos que trae a colación (Bercovitz, y otros, 2009) acerca del Corpus mysticum y el Corpus mechanicum de la obra. Según él, “*el corpus mysticum constituye la obra, el objeto inmaterial sobre el que recae la protección de la creación original literaria, artística o científica. El corpus mechanicum es el soporte material en el que esta expresada la obra*” (Bercovitz, y otros, 2009). Es así como David Ros Aguilera, abogado de patentes y marcas, establece que “*en los tatuajes, el corpus mysticum es el tatuaje en sí, ese dibujo, tribal, número, letra, nombre, sigla, etc., mientras que el corpus mechanicum es la piel humana en la que se tatúa, concretamente las células melaninas son las que hacen posible la pigmentación y, con ella, el tatuaje*”(2007). Lo que si se podría llegar a analizar desde una de las fuentes formales del derecho, como es la costumbre, es que existen diversas causales para poder determinar la piel humana como un lienzo en el que se puede plasmar, según lo mencionamos anteriormente, una obra de arte como lo es un tatuaje.

Las obras de arte se encuentran de manera estáticas, es decir, que no se mueven pero lo que nos ha demostrado el mundo de los tatuajes es que dichas obras de arte van en movimiento, dejando al pasar el asombro y la respuesta a la pregunta ¿quién es el autor?

Si bien hemos dicho que el tatuaje sí es considerado una obra de arte, y además se encuentra exteriorizado y plasmado en un lienzo en movimiento, que es la piel humana, hay que afirmar que estos son objeto de protección de derechos de autor, es decir, que los autores de los mismos poseen tanto derechos morales como patrimoniales.

6. Derechos morales del tatuador vs Derechos Personalísimos del tatuado

Frente a los derechos morales de autor, la Ley 23 de 1982 y la Decisión 351 de 1993 de la CAN exponen lo siguiente:

Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina:

Artículo 11.- El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de:

- a) Conservar la obra inédita o divulgarla;
- b) Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y,
- c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.

A la muerte del autor, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a sus derechohabientes, por el plazo a que se refiere el Capítulo VI de la presente Decisión. Una vez extinguido el derecho patrimonial, el Estado u otras instituciones designadas, asumirán la defensa de la paternidad del autor y de la integridad de su obra.

Artículo 12.- Las legislaciones internas de los Países Miembros podrán reconocer otros derechos de orden moral (Comunidad Andina, 1993).

En la Ley 23 de 1982, que reglamenta los Derechos de Autor en Colombia, se dice:

Artículo 30.- El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para:

- a. Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta Ley.
- b. A oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por esto;

- c. A Conservar su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria;
- d. A modificarla, antes o después de su publicación;
- e. A retirarla de la circulación o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiere sido previamente autorizada (Congreso de la República de Colombia, 1982).

De la lectura de estas normas se deprenen que cuando nos referimos al derecho a la paternidad es claro que su reconocimiento está en cabeza del tatuador; sin embargo, cuando nos referimos al derecho moral de la integridad, al de la divulgación o ineditud de la obra, aparecen distintos inconvenientes si entramos a analizar los derechos de autor cuando un tatuaje encaje en la categoría de obra por encargo, y si ponderamos los derechos de autor frente a los derechos personalísimos del tatuado a la imagen y a la disposición del propio cuerpo, así como el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Esto porque al hablar de los derechos personalísimos en mención, según las corrientes consuetudinarias globales, el tatuado posee la total potestad y libertad de modificar cuantas veces quiera el tatuaje que tiene plasmado en su cuerpo e incluso eliminarlo si así lo desea.

Según lo anterior, el tatuador en primera instancia tiene limitado sus derechos morales de modificar, retirar y/o divulgar su creación, esto en razón de que el lienzo en el cual está plasmada su obra es la piel de un ser humano, el cual de manera innata es objeto de unos derechos catalogados como personalísimos y fundamentales que superan para el caso concreto cualquier ponderación en materia de derechos de autor.

Un claro ejemplo es el derecho de imagen que para efectos de una persona tatuada supera los derechos morales de autor ya enunciados, salvo el de la paternidad.

En el caso de las obras por encargo, como se dijo anteriormente, el que encarga el tatuaje tendría los derechos de explotación, siempre y cuando medie un contrato que defina en sus estipulaciones el alcance de dicha explotación, lo que en la práctica no sucede. Por lo que independientemente que la idea haya nacido del ingenio del que encarga el tatuaje, como se explicó anteriormente, la creación de un tatuaje es objeto de derechos de autor, los cuales estarán en cabeza de su creador, salvo que existan estipulaciones en donde se otorguen los derechos patrimoniales a un tercero.

6.1 Casos relevantes

A continuación expondremos un caso que puede traer diferentes puntos de vista para ser analizados.

Tim Steiner, un hombre de 40 años que vive en Zúrich, tiene tatuado en su espalda un tatuaje realizado por un artista belga Wim Delvoye.

En toda su espalda tiene una virgen que sobre la cabeza tiene una calavera al estilo mexicano, con rayos de luz alrededor. Tiene golondrinas que vuelan alrededor, además de rosas rojas y azules. En la parte baja de la espalda hay dos peces al estilo chino que nadan entre flores de loto con un par de niños. La firma del artista está a la derecha (Low, 2017).

Según el caso, se dice que en el año 2008 un coleccionista de arte alemán llamado Rik Reinking, compró la espalda de Tim por unos \$160.000 dólares, *"Mi piel le pertenece a Reinking. Mi espalda es el lienzo, yo solo soy el marco temporal"*, afirma Steiner.

Según los términos del contrato, *“Steiner debe exhibir el tatuaje en una galería al menos tres veces al año”* (Low, 2017); así mismo, *“el acuerdo estipula que cuando Steiner muera, la piel de su espalda será enmarcada permanentemente para ser expuesta en la colección personal de Reinking”*.

Según la revista BBC, la exposición más larga a la que ha asistido Tim es de un año, la cual terminó hace unos meses: *“Hice esto por 1.500 horas. De lejos, la experiencia más intensa de mi vida. Mi estado anímico cambiaba a lo largo de los días, a veces era maravilloso, otras terrible, siempre estaba en un estado de alerta”*, afirma Tim.

Algunos de los lugares en los que ha estado Tim exponiendo el tatuaje son:

- 2006: Galería De Pury & Luxemburgo, Zurich, Suiza
- 2008: Granja de Arte, Feria Contemporánea de Arte, Shanghái, China
- 2008/2009: ZKM, Karlsruhe, Alemania
- 2009: Universidad Rathaus y Leuphana, Luneburgo, Alemania
- 2010/2011: Kunsthalle, Osnabruck, Alemania y Robilant & Voena, Londres, Reino Unido
- 2011/2012: Mona, Tasmania
- 2012: Zona Contemporánea, Berna, Suiza y Museo de Louvre, Francia
- 2013: Gewerbemuseum, Winterthur y Sammlung Reinking, Hamburgo, Alemania
- 2014: Museo Weserburg, Bremen y Haus fur Kunst Uri, Altdorf, Alemania
- 2015: Strada Fossaccio, Viterbo y Civita di Bagnoregio, Italia.
- Gewerbemuseum, Hamburgo, Alemania

- 2016: Mona, Tasmania

Conforme a este caso, resulta interesante como el ser humano va más allá de sus derechos como el de la libertad o a la imagen y es capaz de vender su espalda, como soporte de una obra de arte, por una suma de dinero, en la cual se estipula que el tatuado debe exhibirla cuando el dueño así lo quiera. ¿Qué pasa entonces si el tatuado no desea? ¿Si de pronto tiene un mal día y no quiere asistir al museo? ¿Puede tener sanciones contractuales? ¿Es posible negociar mi cuerpo humano, mi libertad? Un análisis desde un punto de vista moralista, indicaría que esto iría en contravía de ciertos derechos, *“a la gente o le encanta la idea o considera que es demasiado extremo, se indignan y dicen que va en contra de los derechos humanos. Hablan incluso de prostitución o esclavitud”* afirma Tim. (Low, 2017).

Lo que si genera un punto interesante de análisis es que existe una confusión de libertades, pues si bien Tim es libre de hacer lo que quiera con su cuerpo, es libre también de contratar según las estipulaciones pactadas. Pero ¿qué sucederá cuando Tim desee borrar su tatuaje? Si bien hemos dicho que el tatuador posee los derechos morales de la paternidad, consideramos que no puede ejercer los otros derechos morales que surgen, como la modificación o a sacar de circulación la obra.

También hemos dicho que los derechos personalísimos van más allá de los derechos patrimoniales, por esta razón habría que mirar que se pactó en el contrato, en caso de que Tim desee renunciar a ser el soporte de la obra y por consiguiente haciendo que esta deje de existir.

Otro tema que genera asombro es que, en el contrato dado entre Tim y Reinking, se pactó que cuando Tim muera su piel será enmarcada y colgada en un cuadro para ser expuesta en la colección de arte del coleccionista. Caso que genera repudio entre algunos y que puede ser visto como un tabú, al saber que en las paredes cuelga un pedazo de piel humana.

Lo que si es cierto, es que ésta no es la primera manifestación o ejemplo de que ciertas personas aman el arte del tatuaje y que están dispuestas a negociar dichas obras.

En Estados Unidos, existe una organización encargada de recortar los tatuajes a las personas fallecidas que previo a su muerte lo hayan autorizado, con el fin de que estos sean expuestos de manera permanente como cualquier cuadro o pintura.

La NAPSA “National Association For The Preservation Of Skin Art” es la asociación sin fines de lucro que se dedica a remover los tatuajes de difuntos. Con una aprobación de más de 20 mil personas en la exposición de tatuajes más grande del mundo que se lleva año con año en Las Vegas. La empresa se muestra optimista ante el nuevo procedimiento que se está llevando a cabo. Saben que el tabú es muy grande y los retos legales pueden ser enormes, pero en ciertos lugares de Estados Unidos donde han removido tatuajes, sus clientes están más que satisfechos (Morales, 2015).

Lo interesante de esto es que NAPSA, pretende darle reconocimiento a los tatuadores, pues confía en que dicha labor es precisamente una manera artística de crear obras. *“Expresar que el tatuaje es un arte significa dotar a estos artistas con un valor comercial que puede incrementar con el paso del tiempo”* (Morales, 2015).

Ahora si un artista comienza a ser cotizado y sus tatuajes son preservados, estos alcanzarán precios altísimos y mientras el tatuador siga vivo, su precio comercial incrementará; cuando él muera, existirán cierto número de tatuajes preservados que se adentrarán en la burbuja del arte, donde los precios se inflan exponencialmente (Morales, 2015).

7. Derechos patrimoniales en los tatuajes y casos relevantes

El foco de la discusión, se traslapa a los derechos patrimoniales de autor, ya que en cualquier circunstancia donde exista una explotación económica de la obra, estos necesariamente deben estar presentes. Es así como en la corriente anglosajona, han surgido los siguientes casos.

**UNITED STATES DISTRICT COURT
EASTERN DISTRICT OF MISSOURI
EASTERN DIVISION**

S. VICTOR WHITMILL,)	
)	
Plaintiff,)	Civil Action No. 4:11-cv-752
)	
v.)	Judge Catherine D. Perry
)	
WARNER BROS. ENTERTAINMENT, INC.)	
)	
Defendant.)	

Case: 4:11-CV-00752-CDP

Demandante: S Victor Whitsmill

Demandado: Warnes Bros Entertainment Inc.

El primer caso a exponer, y uno de los más viejos, se da en torno a la película “The Hangover 2” dirigida por Todd Phillips y bajo la producción de Warnes Bros Entertainment Inc., en la que

uno de sus protagonistas se realiza un tatuaje estilo Maorí en la parte superior izquierda de su cara rodeando el ojo, imitando exactamente el tatuaje del boxeador profesional Mike Tyson. Frente a esta situación el tatuador del boxeador S Victor Whitsmill demandó a la Warnes Bros Entertainment Inc. por la apropiación del tatuaje y creación propia. Argumentando que Warner infringió el copyright al momento de la película así como en las publicidades que utilizó para promocionar dicha película.



Frente a este primer caso se resolvió la disputa por medio de una conciliación de la cual no se dieron los detalles.

UNITED STATES DISTRICT COURT
SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK

SOLID OAK SKETCHES, LLC,
a Delaware limited liability
company,

Plaintiff,

v.

VISUAL CONCEPTS, LLC,
a California limited liability company, and
2K GAMES, INC.,
a Delaware corporation, and
TAKE-TWO INTERACTIVE
SOFTWARE, INC.,
a Delaware corporation,

Defendants.

CASE NO.

COMPLAINT FOR
COPYRIGHT INFRINGEMENT

DEMAND FOR JURY TRIAL

COMPLAINT

Plaintiff, SOLID OAK SKETCHES, LLC ("S. OAK"), by and through undersigned counsel, hereby sues Defendants, VISUAL CONCEPTS, LLC ("VISUAL"), 2K GAMES, INC. ("2K"), and TAKE-TWO INTERACTIVE SOFTWARE, INC. ("TAKE-TWO"), and, in support thereof, state as follows:

Caso 1:16 – CV – 00724.

Demandante: Solid Oak Sketches

Demandados: Visual Concepts Llc., 2K Games Inc., Take Two Interactivesoftware Inc.

Objeto de la demanda: el demandado asegura que las empresas demandadas reprodujeron los tatuajes realizados a unos jugadores profesionales de la NBA en el videojuego NBA 2K14.

En esta demanda presentada ante la Corte Federal de Nueva York se dice que existen 8 tatuajes que están siendo utilizados sin autorización y se están reproduciendo en el videojuego NBA 2K14. Se argumenta que quien tiene los derechos de autor frente a estos, es la compañía demandante Solid Oak Sketches, la cual afirma tener las licencias exclusivas sobre los tatuajes en conflicto, para el uso de estos en videojuegos, estampados, entre otros.

La suma establecida en la demanda por los daños, al aparecer fue cotizada gracias al primer caso que se dio entre UFC Undisputed y Christopher Escobedo, en la que un juez estableció el pago de perjuicios de unos 22.500 dólares por la infracción y el uso del Tatuaje de León en dicho videojuego (Gardner, 2016). Es así, que con este monto establecieron que como eran 8 tatuajes, ese sería el valor aproximado a solicitar por cada tatuaje en conflicto, para reparar los daños causados. Sin embargo, Solid Oak Sketches decidió sentarse a negociar una licencia por 1.1 millones de dólares aproximados, propuesta que fue rechazada por los demandados (Sawnlund, 2016).

En contraposición los demandados argumentan que algunos tatuajes han sido registrados bajo Copyright, después de la fecha en que estos fueron publicados en el videojuego, pues dicen que no hay violación si estas supuestas infracciones se dieron antes de la inscripción. Así mismo argumentan que las inscripciones se dieron en el año 2015 y que Take Two Interactivesoftware Inc lanzó el videojuego en el que se empezaron a usar los tatuajes desde el año 2013, es decir, comenzó a usar los tatuajes antes de las fechas de registros, y que los daños legales y los honorarios de abogados no están disponibles como una cuestión de ley.

Por lo tanto, los demandados solicitan al Tribunal desestimar la petición del demandante Solid Oak Sketches.

Según la página IGNlatam.com se dice que la jueza desestimó la demanda pero que “*aunque la jueza de distrito Laura Taylor Swain en Manhattan ha desestimado el caso, ella dice que Solid Oak Sketches aún puede perseguir daños reales (dinero otorgado como compensación por la pérdida de ganancias)*” (IGN Latinoamerica, 2016).

El siguiente es el Caso que se dio en el distrito de Arizona entre Christopher Escobedo Vs THQ Inc. En el cual si existió una respuesta por parte de un juez, que determinó el pago de una suma de 22.500 USD por la infracción de derechos de autor; sin embargo, el demandante apeló dicha decisión buscando un valor mucho mayor, pero lo que él no sabía y lo que sería un inconveniente para que prosperara dicha decisión, fue que al momento de dicha apelación la empresa ya había iniciado un proceso de quiebra y no tenía como pagar lo que el demandante solicitaba. Es importante mencionar que en Estados Unidos no existe una regulación estatal diferente para los derechos de autor, sino que estos poseen una misma regulación en todo el territorio.

Maria Crimi Speth (012574)
Laura A. Rogal (025159)
JABURG & WILK, P.C.
3200 N. Central Avenue, Suite 2000
Phoenix, Arizona 85012
mcs@jaburgwilk.com
lar@jaburgwilk.com
(602) 248-1000

Attorneys for Plaintiff

**UNITED STATES DISTRICT COURT
DISTRICT OF ARIZONA**

Christopher Escobedo, an individual,
Plaintiff,
v.
THQ Inc., a Delaware corporation,
Defendant.

Case No.

COMPLAINT

Demandante: Christopher Escobedo, tatuador.

Demandado: THQ inc. Empresa fabricante de videojuegos.

Objeto de la demanda: infracción de Copyright argumentando que THQ Inc. no solicitó autorización por parte del demandante, como autor del “Tatuaje de León” que porta Carlos Condit en el videojuego UFC Undisputed.

A continuación, traemos a colación algunos de los hechos que plantea Escobedo en su demanda, que a nuestro punto de vista resaltan la importancia de los derechos de autor frente a los tatuajes.

1. Tatuajes que impliquen expresiones artísticas, son arte.
2. El trabajo en la creación de tatuajes del demandado es altamente reconocido.
3. El trabajo realizado por Escobedo es bien reconocido en el medio de los tatuadores y del público en general por su calidad en el arte.
4. En el año 2009 Escobedo pintó sobre el costado de las costillas, un tatuaje de un león, al luchador profesional de Artes Marciales Mixtas, Carlos Condit.
5. El tatuador pintó dicho león en un papel antes de pintarlo en el cuerpo de Condit.
6. Escobedo es el dueño de la obra de arte que comprende el tatuaje
7. Escobedo es el diseñador exclusivo, el dibujante y el artista del “Tatuaje del León”.
8. Escobedo es el propietario de un Copyright federal en los estados unidos emitido por la oficina de Copyright, certificado de registro No. VAu001094747, del 24 de febrero de 2012, para el material titulado, “Tatuaje de León”.
9. El tatuado, es decir, Carlos Condit gracias a sus logros y popularidad ha sido reconocido como una grande figura del deporte.

Según lo expuesto por Escobedo esto nos da una visión interesante al reconocer primero, que las expresiones artísticas son arte concluyendo entonces que los tatuajes ostentan dicha calidad, por ende partiríamos que el creador de dichas obras posee sobre ella derechos morales y patrimoniales. Y el hecho de que esas obras sean expuestas en un video juego con un fin de explotación económica, sin su previa autorización correspondería a una violación al copyright que este posee según la ley federal estadounidense.

La investigación y la lectura de los casos arroja importantes conclusiones, pero sin duda la más preponderante es que, independientemente de la forma, lugar o tiempo donde exista una explotación económica relacionada con un tatuaje, existen y son discutibles los derechos patrimoniales del tatuador sobre su obra.

Es así como hablando del caso del tatuaje de Myke Tyson podemos identificar que el problema no es que Myke Tyson aparezca con su tatuaje en la película, sino que la película utilice el tatuaje creado por S Victor Whitsmill en el rostro de otro personaje con fines lucrativos y publicitarios, lo que significa que la reproducción de la obra no está autorizada. Myke Tyson está en plena libertad de mostrar su tatuaje al público, por cualquier medio y para cualquier fin en nombre propio, a menos de que esto suponga alguna remuneración económica, en este caso es al tatuador a quien corresponde dicha remuneración por ostentar los derechos patrimoniales de la obra.

Pero si ese uso, y esa apropiación del tatuaje la hace un tercero, sin contar con la respetiva cesión de derechos patrimoniales, con fines económicos, se estarán infringiendo los derechos patrimoniales del autor. Aparece entonces otra cuestión ¿Quién es el encargado de ceder los derechos patrimoniales de autor? Como se dijo anteriormente siempre que no exista un contrato en el cual se estipule quien tendrá los derechos patrimoniales de autor, así se trate de una obra por encargo, estos derechos estarán en cabeza del creador de la obra y será él quien deba cederlos. En el caso de los tatuajes en la práctica no se acostumbra a firmar este tipo de contratos.

De esta manera es totalmente plausible, incluso en corrientes jurídicas como la colombiana donde el copyright es entendido como el derecho de autor, que tanto ahora como en un futuro puedan existir demandas donde se vulneren los derechos de un tatuador sobre su obra de arte.

En el caso en que un tatuaje por su originalidad, diseño, modo, historia etc. sea tan magnífico, y este plasmado en la piel humana y sea ganador a un premio como el mejor tatuaje del año, y que este sea reproducido por alguna persona para vender su propia marca de ropa, o en algún producto, es decir, que dicho tatuaje, por su diseño ganador, sea plasmado en otros objetos por su carácter original y único, necesariamente tendrá que tener una regulación. Que pasa entonces con aquel vendedor de camisetas que está reproduciendo un tatuaje ganador, que se encuentra plasmado en la piel de alguna otra persona, ¿podrá entonces el tatuador solicitar los derechos patrimoniales sobre estos?

Según lo expuesto, la respuesta es clara, ya que se está utilizando una obra de arte y se está reproduciendo ésta con fines lucrativos sin autorización del creador o del tercero adquirente. En el caso de una obra por encargo, si existe un contrato donde el tatuador ceda los derechos patrimoniales al tatuado y sea este quien produzca sus camisetas con dicho diseño, el tatuador no tendrá derecho alguno para solicitar daños o perjuicios por la reproducción sin autorización de su obra.

Por último, es importante mencionar que para el caso de los derechos patrimoniales la Ley 1450 de 2011 establece en su artículo 28, el cual remite al artículo 20 de la Ley 23 de 1982, que:

(...) en las obras creadas para una persona natural o jurídica en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios o de un contrato de trabajo, el autor es el titular originario de los derechos patrimoniales y morales; pero se presume, salvo pacto en contrario, que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido transferidos al encargante o al empleador, según sea el caso, en la medida necesaria para el ejercicio de sus actividades habituales en la época de creación de la obra. Para que opere esta presunción se requiere que el contrato conste por escrito. El titular de las obras de acuerdo a este artículo podrá intentar directamente o por

intermedia persona acciones preservativas contra actos violatorios de los derechos morales informando previamente al autor o autores para evitar duplicidad de acciones".

Por otro lado, el artículo 30 de la misma Ley 1450 de 2011 consagra que:

(...) los derechos patrimoniales de autor o conexos pueden transferirse por acto entre vivos, quedando limitada dicha transferencia a las modalidades de explotación previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen contractualmente. La falta de mención del tiempo limita la transferencia a cinco (5) años, y la del ámbito territorial, al país en el que se realice la transferencia.

Los actos o contratos por los cuales se transfieren, parcial o totalmente, los derechos patrimoniales de autor o conexos deberán constar por escrito como condición de validez. Todo acto por el cual se enajene, transfiera, cambie o limite el dominio sobre el derecho de autor, o los derechos conexos, así como cualquier otro acto o contrato que implique exclusividad, deberá ser inscrito en el Registro Nacional del Derecho de Autor, para efectos de publicidad y oponibilidad ante terceros.

Será inexistente toda estipulación en virtud de la cual el autor transfiera de modo general o indeterminable la producción futura, o se obligue a restringir su producción intelectual o a no producir. De la lectura de las normas se desprende que cuando estamos frente a un contrato de prestación de servicios o a un contrato de trabajo, salvo pacto en contrario, los derechos patrimoniales sobre la obra, o en este caso sobre un tatuaje, estarán en cabeza del empleador o persona encargante.

Por otro lado, resulta problemático lo enunciado por el artículo 30 respecto a la transferencia de los derechos patrimoniales por 5 años (que se da en caso de que en el contrato no se mencione

cuál va a ser el tiempo determinado), esto porque más que una cesión de derechos patrimoniales de autor, pareciera que se estuviera hablando más bien de una licencia.

8. Conclusiones

Según lo analizado en esta monografía es pertinente mencionar que los derechos de autor en Colombia están regidos principalmente por la Constitución Política de 1991, la Ley 23 de 1982 y la Decisión 351 de 1993.

Los tatuajes son una obra artística y, por ende, objeto de protección por parte del derecho de autor.

La piel humana puede ser considerada como el *corpus mechanicum*, es decir, un lienzo, la cual será el soporte de la obra misma o del *corpus mysticum*.

Priman los derechos personalísimos como el derecho a la imagen y a la disposición del propio cuerpo del tatuado, así como el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, por encima de los derechos morales del tatuador, salvo el derecho a la paternidad que se conserva íntegramente.

El tatuador siempre conservará los derechos patrimoniales sobre su obra, salvo que exista algún contrato de cesión de dichos derechos como en las obras por encargo. En razón de esto, el tatuador podrá solicitar los derechos patrimoniales por cualquier explotación o reproducción con fines lucrativos, que realice cualquier tercero sin su autorización.

Es importante dejar por sentada la siguiente recomendación, para aquellas personas que desean realizarse un tatuaje y así evitar posibles problemas jurídicos en un futuro cercano incluso en corrientes jurídicas como las latinoamericanas, firmar una cesión de derechos de explotación de un tatuaje, es decir, de los derechos patrimoniales. Lo que lograría dar claridad para especificar quien tiene los derechos sobre la obra y así evitar demandas por infracción de los derechos de autor.

9. Referencia.

Andalicante (2016). *Los Derechos Personalísimos*. Recuperado el 28 de marzo de 2017, de

Andalicante: <http://www.andalicante.org/enlaces/articulos-profesionales-anda/dossier-derechos-personalisimos.pdf>

Asociación de Academias de la Lengua Española. (2014). *Diccionario de la Lengua Española*

Recuperado el 30 de Marzo de 2017, de Real Academia Española:

<http://dle.rae.es/?id=CHYbjj0>

Barreto, P. L., & Peña, W. L. (2012). *Aspectos Civiles del Derecho de Autor en Colombia*.

Bogotá, Colombia: Universidad Cooperativa de Colombia.

Bercovitz, R., Camara, M., Carrasco, A., Erdozain, J. C., Fernandez, I. G., Gonzalez, A.,

Sanchez, R. (2009). *Manual de Propiedad Intelectual* (Vol. 4). Valencia, España: Tirant

Loblanch.

Canales, I. (2015). *La historia del tatuaje y su evolución sobre la piel*. Recuperado el 2 de abril

de 2017, de Cultura Colectiva: <http://culturacolectiva.com/la-historia-del-tatuaje-y-su-evolucion-sobre-la-piel/>

Comunidad Andina (1993). Decisión 351 de 1993.

Congreso de la República de Colombia (1982). Ley 23 de 1982, Sobre derechos de autor.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de Servicio y Consulta Civil (1982). Sentencia de 28 de octubre 1982.

Cordoba, J. F. (2015). *El Derecho de Autor y sus límites*. Bogotá, Colombia : Temis S.A.

Corte Constitucional de Colombia. (1996). Sentencia C-276 de 1996.

Corte Constitucional de Colombia. (1998). Sentencia C-155 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (1970). Sentencia de 10 de febrero 1970. M.P.

Humberto Barrera Domínguez.

Dirección Nacional de Derechos de Autor. (2017). *Dirección Nacional de Derechos de Autor*.

Recuperado el 20 de marzo de 2017, de <http://derechodeautor.gov.co/preguntas-frecuentes>

Dock, M. C. (1974). *Génesis y evolución de la noción de propiedad literaria*. (J. Martínez, Trad.) París: RIDA.

Escamilla, E. (2013). *La Obra de Arte, Elementos*. Recuperado el 20 de marzo de 2017, de Arte Contemporáneo: <https://blogdeartecontemporaneo.wordpress.com/2013/12/09/la-obra-de-arte-elementos/>

Gardner, E. (2016). *Legal News, THR, ESQ*. Recuperado el 19 de Abril de 2017, de The hollywood reporter: <http://www.hollywoodreporter.com/thr-esq/nba-2k-videogame-maker-sued-861131>

Gonzalez, N., & Pardo, Y. (Dirección). (2015). *La piel como lienzo, ser tatuadora en Cuba* [Película]. La Habana.

IGN Latinoamerica. (2016). *IGN Latinoamerica*. Recuperado el 20 de Abril de 2017, de IGN Latinoamerica News: <http://latam.ign.com/nba-2k17/29300/news/jueza-desestima-demanda-por-tatuajes-con-derechos-de-autor-e>

Lipszyc, D. (2006). *Derechos de Autor y Derechos Conexos*. Paris, Francia: Unesco.

Low, H. (2017). *Mundo Noticias*. Recuperado el 20 de abril de 2017, de BBC:

<http://www.bbc.com/mundo/noticias-38834120>

Márquez, S. (2004). *Principios Generales del Derecho de Autor*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Morales, D. (2015). *Tatuajes: de la piel a los museos*. Recuperado el 20 de abril de 2017, de Cultura Colectiva: <http://culturacolectiva.com/tatuajes-de-la-piel-a-los-museos/>

ONU. (1948). *Declaración de los Derechos Humanos*. Paris, Francia.

Pabón, J. A. (2009). *Aproximación a la historia del derecho de autor: antecedentes normativos. La Propiedad Inmaterial*.

Perico, J. D. (2012). *El Derecho Patrimonial de Autor como Garantía en el Derecho Comercial*. Bogotá: Ibañez.

Registro de Propiedad Intelectual. (2017). *Registro de Propiedad Intelectual*. Obtenido de Registro de Propiedad Intelectual:

<https://www.rpi.gob.gt/descargas/QUÉ%20ES%20LA%20PROPIEDAD%20INTELECTUAL.pdf>

Rogel, C., & Serrano, E. (2008). *Colección de Propiedad Intelectual*. Madrid, España: Rues, S.A.

Ros, R. (2007). melaninas, Régimen jurídico de los tatuajes. El derecho de autor de las células.

Recuperado el 19 de marzo de 2017, de bloque III y IV: estatuto jurídico-privados singulares de la propiedad http://ocwus.us.es/derecho-civil/estatutos-juridico-privados-singulares-de-la-propiedad/temas/BloqueIIIyIV/page_09.htm.

Sawnlund, M. (2016). *Protecting Businesses, Artists and Creative Entrepreneurs*. Recuperado el

19 de abril de 2017, de Aesthetic Legal: <http://aestheticlegal.com/tattoo-copyright-infringement/>

Tatto Odin. (s.f.). *Historia de los Tatuajes*. Recuperado el 2 de abril de 2017, de Tatto Odin:

http://www.tattoo-odin.com/historia_tatuaje.asp

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. (2007). Interpretación prejudicial 20

IP 2007.

Velásquez, L. G. (2010). *Bienes*. Bogotá: Temis.