



Universidad  
Monteávila

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

UNIVERSIDAD MONTEÁVILA



COMITÉ DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

ESPECIALIZACIÓN EN

PROPIEDAD INTELECTUAL

**El tatuaje como obra protegida por el Derecho de Autor: límites y alcances de los  
derechos morales del tatuador**

Abg. Quintero Aguirre, Victoria Ivanna, C.I. V-26.499.631

Asesor: Esp. Manuel Antonio Rodríguez

Caracas, febrero de 2024

### Carta de Confirmación del Tutor

Quien suscribe, **MANUEL ANTONIO RODRÍGUEZ, C.I. N° V-7.320.521, CONFIRMO QUE EL TRABAJO ESPECIAL DE GRADO** presentado por la estudiante **VICTORIA IVANNA QUINTERO AGUIRRE, C.I. N° V-26.499.631**, cursante de la Especialización en Propiedad Intelectual (EPROI), titulado "**El tatuaje como obra protegida por el Derecho de Autor: límites y alcances de los derechos morales del tatuador**", al cual me comprometí en orientar desde el punto de vista académico, cumple con los requisitos para su presentación.

A los 15 días del mes de enero de 2024.

---

Firma del asesor

Firmado digitalmente por Manuel Rodriguez  
Fecha: 2024.01.15 19:17:06 -04'00'

#### DATOS DEL ASESOR:

Nombre y Apellido: Manuel Antonio Rodríguez

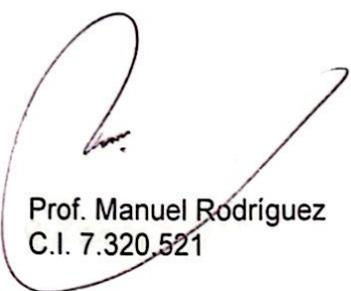
Cédula: V-7.320.521

**Comité de Estudios de Postgrado  
Especialización en Propiedad Intelectual**

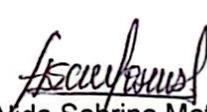
Quienes suscriben, profesores evaluadores nombrados por la Coordinación de la Especialización en Propiedad Intelectual de la Universidad Monteávila, para evaluar el Trabajo Especial de Grado titulado: "EL TATUAJE COMO OBRA PROTEGIDA POR EL DERECHO DE AUTOR: LÍMITES Y ALCANCES DE LOS DERECHOS MORALES DEL TATUADOR", presentado por la ciudadana: QUINTERO AGUIRRE, VICTORIA, cédula de identidad N° V- 26.499.631, para optar al título de Especialista en Propiedad Intelectual, dejan constancia de lo siguiente:

1. Su presentación se realizó, previa convocatoria, en los lapsos establecidos por el Comité de Estudios de Postgrado, el día 09 de febrero de 2024, de forma presencial en la sede de la Universidad.
2. La presentación consistió en un resumen oral del Trabajo Especial de Grado por parte de su autor, en los lapsos señalados al efecto por el Comité de Estudios de Postgrado; seguido de una discusión de su contenido, a partir de las preguntas y observaciones formuladas por los profesores evaluadores, una vez finalizada la exposición.
3. Concluida la presentación del citado trabajo, los profesores evaluadores decidieron en vista del rigor y suficiencia de la presentación, la excelencia en el abordaje de la temática y el aporte que a la práctica de nuestra área realiza, otorgar la calificación de Aprobado "A" por considerar que reúne todos los requisitos formales y de fondo exigidos para un Trabajo Especial de Grado, sin que ello signifique solidaridad con las ideas y conclusiones expuestas.

Acta que se expide en Caracas, el día 09 del mes de febrero de 2024.



Prof. Manuel Rodríguez  
C.I. 7.320.521



Prof. Aída Sabrina Matheus  
C.I. 14.454.077

## Resumen

Existe consenso en el mundo de la Propiedad Intelectual sobre el alcance de los derechos morales de autor en obras que se encuentran fijadas en soportes materiales tradicionales, tales como, lienzos, papel, discos compactos (CD), los dispositivos de almacenamiento electrónico, tela, consolas de videojuegos, entre muchos otros. Sin embargo, lo mismo no ocurre en el caso de los tatuajes, los cuales son obras plasmadas en el cuerpo humano de alguien, donde confluyen elementos fundamentales como los derechos personalísimos, por ejemplo, la libertad y la posibilidad de la persona de decidir qué hacer con su cuerpo e imagen. A pesar de no haber muchos casos judicializados, es una discusión que se ha presentado durante los últimos años, y que ha generado la imperiosa necesidad de determinar su tratamiento. El tatuaje puede ser una obra artística susceptible de protección por el derecho de autor, sin embargo, no existen lineamientos para su tratamiento que precisen el alcance de los límites que pueden suponer para el ejercicio de los derechos morales. El presente trabajo busca determinar los límites y excepciones a los derechos morales del tatuador, así como elaborar una serie de lineamientos sobre el tratamiento del tatuaje como obra protegida por el derecho de autor de acuerdo con la legislación venezolana, una vez revisados los pocos pero existentes casos similares y la jurisprudencia de otros países, todo esto a partir de la revisión y comparación de criterios.

**Palabras clave:** Tatuajes, obras, derechos morales, límites, lineamientos.

## **Abstract**

There is a consensus in the world of Intellectual Property regarding the scope of moral rights of authors in works fixed in traditional physical media, such as canvases, paper, CDs or records, computer memory, fabric, video game consoles, among many others. However, the same does not apply in the case of tattoos, which are works inscribed on the human body, where fundamental elements such as personal rights converge, for example, the freedom and the individual's possibility to decide what to do with their body and image. Despite not having many cases taken to court, it is a discussion that has arisen in recent years and has generated the urgent need to determine its treatment. Tattoos can be an artistic work susceptible to protection under copyright law; however, there are no guidelines for its treatment that specify the scope of the limits that may pose for the exercise of moral rights. This work seeks to determine the limits and exceptions to the moral rights of the tattoo artist, as well as to develop a series of guidelines on the treatment of the tattoo as a work protected by copyright according to Venezuelan legislation, once the few but existing similar cases and the jurisprudence of other countries have been reviewed and compared, all based on the review and comparison of criteria.

**Key words:** Tattoos, works of authorship, moral rights, limits, guidelines.

## **Dedicatoria**

A Dios por sobre todas las cosas, por permitirme llegar a donde me encuentro hoy.

A mis padres y a mi hermana, por siempre apoyarme y apostar por mí.

A mi novio, por creer en mí especialmente cuando yo misma no lo hago.

A mi asesor, Manuel Rodríguez, por su ayuda e interés en el presente tema de investigación, así como también por su dedicación y disposición para sacar este trabajo adelante.

## **Agradecimientos**

A mi Cohorte IV de la Especialización en Propiedad Intelectual, que sigamos dejando huella en todos los lugares a los que vayamos.

A la Profesora Alida Sabrina Matheus, por su incansable apoyo, ayuda, dedicación y preocupación para la elaboración de este y todos los trabajos de grado. La queremos mucho.

## **Abreviaturas**

**CERLALC:** Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe

**LSDA:** Ley sobre el Derecho de Autor

**OMPI:** Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

**SAPI:** Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual

## Índice

Carta de Confirmación del Tutor .....	i
Resumen .....	ii
Abstract.....	iii
Dedicatoria.....	iv
Agradecimientos .....	v
Abreviaturas.....	vi
Índice .....	vii
Introducción .....	1
Capítulo I. El Problema .....	4
Planteamiento del problema.....	4
Objetivo General .....	6
Objetivos Específicos.....	6
Justificación e importancia .....	7
Capítulo II. Marco Teórico .....	8
Antecedentes .....	8
Bases Teóricas .....	10
Tatuaje.....	10
Tatuador .....	11
Obra.....	11
Obra por encargo.....	12

Derechos morales.....	14
Soporte material.....	17
Derechos personalísimos o de la personalidad.....	18
Bases Legales .....	19
Normativa Internacional .....	19
Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) .....	19
Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886).....	20
Normativa Nacional.....	20
Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).....	21
Ley Sobre el Derecho de Autor (1993).....	21
Capítulo III. Marco Metodológico.....	23
Línea de investigación .....	23
Tipo de investigación .....	23
Diseño de investigación .....	24
Técnicas y herramientas de recolección y procesamiento de datos.....	24
Presentación y análisis de los resultados.....	25
Entrevista al Esp. Manuel Antonio Rodríguez .....	25
Entrevista al Esp. Hernán García-Torres.....	26
Entrevista al Dr. Rafael Fariñas .....	29
Capítulo IV. Derechos del Autor de una obra. La obra por encargo en la legislación venezolana.	
Límites y alcances de los derechos morales del tatuador .....	31
Derechos de los que goza el autor.....	31

Derechos Patrimoniales .....	31
La obra por encargo.....	32
Derechos Morales: límites y alcances .....	34
El derecho de divulgación y al inédito .....	34
El derecho de paternidad y al anónimo .....	35
El derecho a la integridad o de respeto a la obra .....	36
El derecho de retracto, de arrepentimiento o de retiro de la obra del comercio .....	38
El derecho de acceso a la obra.....	39
Capítulo V. Desarrollo de la propuesta.....	41
Revisión jurisprudencial-casuística sobre el tatuaje como obra protegida por el Derecho de Autor y los límites a los que se enfrentan los tatuadores respecto de sus derechos morales .....	41
Caso S. Victor Whitmill v. Warner Bros Entertainment, Inc (2011) .....	41
Antecedentes.....	41
Análisis del caso .....	42
Caso Solid Oak Sketches, LLC v. 2K Games, Inc. & Take Two Interactive Software, Inc. (2016) .....	45
Antecedentes.....	45
Análisis del caso .....	47
De Minimis Use o Uso mínimo .....	48
Licencia implícita.....	49
<i>Fair Use</i> o Uso Justo.....	50

Propuesta de lineamientos para el tratamiento del tatuaje como obra protegida por el Derecho de Autor en Venezuela y los límites y alcances de los derechos morales de los tatuadores .....	54
Capítulo VI. Conclusiones y Recomendaciones .....	57
Referencias.....	60
Apéndice.....	65

## **Introducción**

Existe una concepción generalizada de que los derechos morales de autor son absolutos, especialmente en países con ordenamientos jurídicos como el venezolano, pues bien es cierto que entre sus características se encuentra que son inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles. Sin embargo, sí existen casos en los que dichos derechos pueden encontrar limitaciones, por ejemplo, cuando hablamos de obras fijadas en soportes no tradicionales, como es el caso de los tatuajes.

El fenómeno del tatuaje, más allá de su valor estético y cultural, plantea una serie de desafíos legales en relación con la protección de los derechos morales del tatuador y los derechos personalísimos del individuo tatuado, el cual ha sido un tema de creciente relevancia en el ámbito legal y artístico durante los últimos años.

La importancia de este estudio radica en la necesidad de ofrecer claridad y orientación en un área legalmente ambigua y poco explorada. A medida que la práctica del tatuaje gana mayor reconocimiento como forma de expresión artística, es crucial abordar de manera integral las implicaciones legales y éticas que esta conlleva. Además, al tratarse de una investigación proyectiva, se busca no solo comprender el estado actual de la cuestión, sino también proponer lineamientos que puedan servir como base para futuras regulaciones y prácticas legales en Venezuela en la materia.

La presente investigación estará dividida en seis (6) capítulos: el primero de ellos contiene el planteamiento del problema que da sentido a la presente investigación, así como los objetivos generales y específicos, la justificación y la importancia del tema de estudio.

En el Capítulo II se presentan los antecedentes históricos de la investigación, las definiciones, enfoques y teorías básicas relacionadas con los tatuajes, los derechos morales, obras, soportes materiales, derechos personalísimos, entre otros, así como

también las bases legales tanto nacionales como internacionales en las que se fundamenta el presente Trabajo Especial de Grado.

Luego, en el Capítulo III se desarrolla la metodología utilizada para el desarrollo del presente TEG, la cual es de tipo proyectiva, puesto que se busca dejar un aporte respecto de la problemática planteada.

Posteriormente, en el Capítulo IV se desarrollan aspectos como los derechos de los que goza el autor de una obra en virtud de lo establecido en la Ley Sobre el Derecho de Autor, es decir, los derechos patrimoniales y morales; la obra por encargo en la legislación venezolana y los límites y alcances de los derechos morales del tatuador. En el ámbito de los derechos patrimoniales, se hace un repaso de la obra por encargo y su alcance, mientras que en el área de los derechos morales, se hace un repaso de cada uno de ellos, lo establecido en la Ley, y los límites y excepciones que se presentan al ejercicio de cada uno en el ámbito de los tatuajes.

Por su parte, en el Capítulo V se realiza la revisión y análisis de jurisprudencia y casos sobre el tatuaje como obra protegida por el Derecho de Autor, así como también la presentación de la propuesta de lineamientos para el tratamiento del tatuaje como obra protegida por el Derecho de Autor en Venezuela. De este modo, se hace una revisión jurisprudencial y casuística de litigios y casos no judicializados suscitados en los Estados Unidos que tratan el tema, realizando un repaso por los antecedentes, así como un análisis de cada uno considerando el objeto de esta investigación. Posteriormente, se proponen lineamientos para el tratamiento del tatuaje como obra protegida por el Derecho de Autor en Venezuela, a partir de la revisión y análisis jurisprudencial mencionados, así como de la doctrina y casos presentados en el presente Trabajo Especial de Grado.

Para finalizar, en el Capítulo VI se presentan las conclusiones de la presente investigación, así como la lista de todas las referencias utilizadas para el desarrollo de este trabajo.

## Capítulo I. El Problema

### Planteamiento del problema

La Reforma Parcial a la Ley Sobre el Derecho de Autor (LSDA) del año 1993 venezolana, establece en su artículo 5º que el autor de una obra del ingenio tiene, por el sólo hecho de su creación, derechos de orden moral y patrimonial sobre esta. Así, se trata de dos tipos de categoría de derechos que recaen sobre un mismo individuo, el autor.

Tal y como lo indica su nombre, los derechos patrimoniales son aquellos que permiten que el autor obtenga ganancias y beneficios económicos de la explotación de su obra, independientemente de cuál sea el medio o estrategia para hacerlo. Por su parte, los derechos morales son aquellos que posibilitan que el autor o creador tome determinadas medidas para preservar y proteger los vínculos que le unen a su(s) obra(s) (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2016, p.9) -aun cuando haya cedido sus derechos patrimoniales- y los cuales se caracterizan por ser inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles.

Al respecto, el Artículo 6 bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886 establece lo siguiente:

Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación. (p.7)

En ese sentido, de acuerdo con lo establecido en el Convenio de Berna, podemos afirmar que, aun cediendo sus derechos patrimoniales o de explotación, el autor mantiene la titularidad de los derechos morales.

Por su parte, la legislación venezolana prevé los siguientes derechos morales:

- Derecho a la paternidad de la obra;
- Derecho a la integridad de la obra;
- Derecho de retracto o arrepentimiento, y;
- Derecho de acceso a la obra.

Ahora bien, dichos derechos parecen ser muy claros cuando se habla de obras tradicionales fijadas en soportes materiales tales como pinturas, esculturas, obras literarias, audiovisuales, entre otras. Sin embargo, ¿qué ocurre en el caso de los tatuajes?

Tomando en cuenta que de acuerdo con la LSDA se considera obra del ingenio a toda producción literaria, científica o artística susceptible de ser divulgada o publicada por cualquier medio o procedimiento, no existen razones para pensar que los tatuajes no gozan de protección a través del Derecho de Autor, entendiendo que, en este caso, el medio de expresión y lienzo del autor es, efectivamente, la piel del tatuado.

Particularmente con respecto a los derechos patrimoniales, existe una presunción de que se trata de una obra por encargo, la cual se encuentra establecida en el artículo 59 de la LSDA, además de una supuesta licencia implícita de uso, ya que el tatuaje pasa a formar parte de la imagen y personalidad de la persona que se lo hace. Sin embargo, lo mismo no ocurre con los derechos morales, ya que como bien se ha establecido, estos son -entre otras cosas- irrenunciables y, por ende, no pueden cederse ni traspasarse.

En ese sentido, hasta el momento no existe en Venezuela doctrina ni jurisprudencia que haya tratado el tema de los tatuajes, ni tampoco el alcance de los derechos morales de autor en presencia de estas obras. Así, considerando la poca información que existe en el país y en la región, y el aumento de casos alrededor del mundo relacionados con tatuajes y Propiedad Intelectual, la realización de este Trabajo Especial de Grado (TEG) analizará,

mediante el estudio del derecho comparado, los límites a los derechos morales de autor a los que se enfrentan los tatuadores.

Tomando en cuenta lo antes mencionado, este trabajo plantea la siguiente pregunta de investigación: ¿Qué derechos morales se ven limitados cuando la obra en cuestión es un tatuaje? ¿De qué manera impactan estas limitaciones en el trabajo del tatuador?

Finalmente, este estudio se propone presentar unos lineamientos para su tratamiento en Venezuela, analizando los criterios adoptados en otros países que sí han desarrollado la materia y adaptándolos al sistema venezolano, entendiendo que el medio sobre el cual se fija la creación intelectual u obra es el cuerpo humano de un individuo.

### **Objetivo General**

Analizar los tatuajes como obra protegida por el Derecho de Autor mediante el análisis crítico de la jurisprudencia y casos existentes para determinar los límites y excepciones a los derechos morales del tatuador.

### **Objetivos Específicos**

- 1) Examinar los tatuajes como obra protegida por el derecho de autor mediante la revisión de la jurisprudencia y casos para identificar el tratamiento que se le ha dado a este tema en otras jurisdicciones.
- 2) Evaluar las implicaciones jurídicas del tatuaje a través del estudio de la obra realizada por encargo para determinar su alcance en el área de los derechos morales del tatuador.
- 3) Presentar unos Lineamientos para el tratamiento del tatuaje como obra protegida por el derecho de autor en Venezuela. que permita la determinación de los límites y excepciones que sufren los derechos morales de autor en el caso de los tatuajes.

## **Justificación e importancia**

La investigación que se plantea se encuentra justificada por el hecho de que los derechos del autor parecen estar muy claros cuando se trata de una obra fijada en un soporte material tradicional, sin embargo, no sucede lo mismo cuando se trata de los tatuajes, cuyo soporte es la piel del cuerpo humano de una persona. En ese sentido, entendiendo que en Venezuela no existen casos ni información al respecto, es necesario crear lineamientos para su tratamiento en el país, ya que no solo no se escapa del auge y avance que han tenido los tatuajes a lo largo de los últimos años, sino que permitiría llenar un vacío respecto de los derechos y deberes tanto del tatuador como del tatuado.

## Capítulo II. Marco Teórico

A modo de contextualización, es importante definir los conceptos básicos asociados al tema, los cuales facilitarán su comprensión a medida que se avance en la lectura de este trabajo. En ese sentido, en el presente capítulo se desarrollarán los antecedentes, las definiciones, enfoques y teorías básicas relacionadas con los tatuajes, los derechos morales, obras, entre otros.

### Antecedentes

Tomando en cuenta la falta de información en general sobre el tema (incluyendo doctrina y jurisprudencia) en Venezuela, los antecedentes de esta investigación relacionados con los tatuajes y su tratamiento corresponden a estudios realizados en el extranjero. Al respecto, resulta importante destacar la importancia y justificación de este Trabajo Especial de Grado (TEG), ya que en los últimos años en el mundo se han presentado diversos casos de reclamos por infracciones de derechos de autor respecto de tatuajes, y el tratamiento que tienen los derechos morales en Venezuela es muy específico como para no explorar qué ocurre en el caso de los tatuadores como titulares de obras.

Uno de los aportes importantes sobre el tema de investigación lo realizan Martínez, A., Morell, V. & Sainos, J. (2021) en su obra *“Los tatuajes y el Derecho de Autor”* publicado en el año 2021 en el Blog de la Asociación Mexicana para la Protección de la Propiedad Intelectual. Estos autores afirman que, de acuerdo con lo establecido en la ley mexicana, la piel humana cuenta como soporte material sobre la cual pueden plasmarse obras, por lo que los tatuajes sí son obras susceptibles de protección por el derecho de autor. De igual manera, disertan sobre el tatuaje como una obra por encargo, los derechos patrimoniales y los derechos morales del autor, y sobre estos últimos específicamente sostienen que “el tatuador tiene el derecho irrenunciable e imprescriptible de que se le reconozca como el

creador de dichos tatuajes, entre otras prerrogativas.” (pár.5) Además, plantean que su especial naturaleza de estar plasmados sobre la piel humana implica, en muchas situaciones, la necesidad de ponderar entre derechos de la personalidad y derechos de autor. Así, se puede observar que el artículo tiene relación directa con el tema de este TEG, y se plantea preguntas interesantes sobre el tratamiento que se le pueda dar a los derechos morales de los tatuadores.

Por su parte, el autor Forero, F., profesor y Coordinador del Área de Derecho de Autor del CERLALC, en su obra *“100 preguntas sobre derecho de autor para el editor universitario”* reconoce los tatuajes como obras protegidas por el derecho de autor y habla de la autorización previa requerida para hacer uso de estos. Sin embargo, también hace la salvedad de que el soporte de estas obras consiste en la piel de una persona, y esto implica necesariamente ciertas restricciones a las prerrogativas de su autor, ya que se pudieran afectar, por ejemplo, los derechos al libre desarrollo de la personalidad y dignidad de la persona tatuada. Así, este libro también se plantea la discusión entre qué tiene mayor ponderación, los derechos del tatuador o los de la persona que lleva el tatuaje en su piel, teniendo relación directa con el tema de estudio.

Luego, en la obra *“Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos”* de Antequera Parilli, R. (2001), el autor desarrolla con detalle todo lo relativo a la teoría de los derechos morales de los autores, sus antecedentes, características y su carácter perpetuo, así como también la explicación de cada uno de ellos, a saber, el derecho de divulgación y al inédito, el derecho de paternidad y al anónimo, el derecho a la integridad o de respeto a la obra, el derecho de modificar la obra divulgada, y el derecho de retracto, de arrepentimiento o de retiro de la obra en el comercio. Al hablar de las características, refiere, entre otras cosas, que se trata de un derecho absoluto y oponible erga omnes, puesto que debe ser respetado por todos los demás sujetos, “incluyendo al propietario del soporte que contiene la obra” (Ob. Cit., p.134)

## **Bases Teóricas**

### ***Tatuaje***

En sentido estricto, el tatuaje es definido por el Diccionario de la Real Academia Española “como la acción y efecto de tatuar” (Diccionario de la lengua española, 2023, definición 1), mientras que el Diccionario de Cambridge (2023) lo define como “una imagen, dibujo o palabra permanente que se crea utilizando agujas para introducir colores bajo la piel”. (Diccionario de Cambridge, 2023, definición 1). Es decir, se trata de modificaciones hechas al color de la piel humana mediante el uso de tinta que se inserta en la dermis.

En ese sentido, Betancourt, Pérez & Martín (2019) plantean que se trata de “una de las formas de modificación del cuerpo más conocidas y utilizadas en el mundo” (p.455) en la que “se crea un dibujo, una figura o un texto y se plasma con agujas u otros utensilios que inyectan tinta o algún otro pigmento bajo la epidermis.” (p.457)

Desde una perspectiva más romántica, Díaz (2022) establece que los tatuajes son “un lenguaje subjetivo, cargado de símbolos, que constituyen toda una narrativa de la identidad personal a través de imágenes. Es una forma de expresión representada corporalmente, pudiendo ser realizado de forma permanente o temporal.” (p.6) De esta cita se desprende que la realización de tatuajes es considerada una forma de comunicación a través del cuerpo, que puede expresar aspectos o rasgos de la personalidad, identidad y pensamientos de quien lo lleve, sin limitación alguna, puesto que cualquier cosa puede ser convertida en un diseño para un tatuaje.

Independientemente del punto de vista del que se le estudie, estricto o social, no queda duda de que los tatuajes son una forma de modificación de la piel humana que ha adquirido mayor popularidad con el pasar del tiempo, y que los diseños insertados en la piel pueden ser de cualquier índole y tener o no un significado. Además, se dice que pueden ser permanentes o temporales, ya que hoy en día es posible removerlos a través de

técnicas y procesos dermatológicos como el láser, o también pueden ser modificados, rediseñados o tapados con otros diseños por interés de la persona que los lleva.

### ***Tatuador***

En línea con lo anterior, tatuador es aquel que realiza la acción de tatuar, es decir, que graba dibujos en la piel humana, introduciendo materias colorantes bajo la epidermis, por medio de punzadas o picaduras previamente dispuestas. (Diccionario de la lengua española, 2023, definición 1)

De acuerdo con Pérez (2014) el tatuaje “necesita del profesional para poder convertirse en una realidad; éste es el encargado de dar forma al mensaje y a la idea que desea plasmar la persona en su cuerpo de forma permanente” (p.9). En ese sentido, el tatuador es la persona o el profesional que plasma el diseño en la piel del tatuado mediante el uso de los instrumentos necesarios para ello.

Los tatuadores, de acuerdo con Pérez (2014) desde la perspectiva artística “son valorados muy positivamente, llegando a ser (...) artistas que utilizan los cuerpos como lienzo.” Además, señala que los resultados de su estudio arrojaron que “un 87% de los encuestados considera al tatuador como artista, frente a un 5% que no lo hace.” (p.50)

Así, el tatuador es el responsable de la creación del tatuaje, es decir, de esa obra que es plasmada sobre la piel del tatuado. En ese sentido, desde el punto de vista del derecho de autor, el tatuador al ser el creador de la obra es el titular de los derechos inherentes a la misma, con los límites que estudiaremos a profundidad en este trabajo.

### ***Obra***

El Diccionario de la Real Academia Española define la obra como “aquella cosa hecha o producida por un agente” (Diccionario de la lengua española, 2023, definición 1) o

“cualquier producto intelectual en ciencias, letras o artes, y con la particularidad de que es de alguna importancia.” (Diccionario de la lengua española, 2023, definición 2). Sin embargo, a efectos de este estudio, es importante definir la obra como objeto de protección por la Propiedad Intelectual.

Al respecto, la OMPI establece que, desde el punto de vista de la protección por el derecho de autor, se habla de obras literarias y artísticas, y “el término ‘obras literarias y artísticas’ comprende toda obra original, independientemente de lo que valga desde el punto de vista literario o artístico.” (2016, p.7). Así, de lo señalado por la OMPI, se desprende que lo susceptible de protección por el derecho de autor es la forma de expresión de la obra y no específicamente su contenido.

Por su parte, el Dr. Antequera Parilli (2007) refiere que “la obra intelectual es de contenido inmaterial y constituye la idea, el tema, el asunto; es la creación del espíritu.” (párr.1) Así, se considera como obra a toda manifestación del ingenio humano que tenga unas características específicas, a través de las cuales se manifieste la huella personal o impronta del autor, la cual permita diferenciarle de otras obras preexistentes.

En consecuencia, no se trata de que las ideas que exprese la obra sean originales, sino que la forma de expresión de estas lo sean para ser susceptibles de protección por el derecho de autor, puesto que la originalidad es lo que le da valor a la obra, tomando en cuenta que no se evalúa su calidad, género, mérito, entre otros.

### ***Obra por encargo***

De acuerdo con lo establecido por el Dr. Antequera Parilli (2007) la obra por encargo surge del contrato por encargo, el cual no es más que:

aquel por el cual alguien se obliga a producir una obra literaria, científica o artística, para otra persona, fuera del ámbito de un contrato de trabajo o del cumplimiento de

un deber funcional, con o sin remuneración, presumiéndose que el primero de ellos es el creador intelectual (párr.1).

Así, en la obra por encargo intervienen dos sujetos (entre los cuales puede o no existir relación laboral o de dependencia), a saber, el creador y quien realiza o materializa el encargo, y este puede ser de carácter gratuito u oneroso. Además, se presume que quien realiza el encargo es el creador intelectual, sin embargo, la característica principal de la obra por encargo es que siempre va a estar presente la figura del autor, el cual estará vinculado a su obra como tal a perpetuidad.

En congruencia con lo anterior, para Uribe (2007) la obra creada por encargo es una figura jurídica “que surge como consecuencia de la celebración de un contrato de prestación de servicios entre un (...) contratista, quien se obliga a la elaboración de una obra según las instrucciones y especificaciones impuestas por el (...) contratante o comitente” (p.45) y en la cual además, de acuerdo con D’Jesús (2020) se le cede “al comitente la titularidad de los derechos patrimoniales de autor, y en algunas legislaciones, como la venezolana, asistiéndole también las facultades morales relativas a la divulgación e integridad de la obra a los fines de su explotación.” (p.44)

En ese sentido, se puede decir que la relación finaliza en el momento en el que es entregada la obra al comitente, y en los casos en los que no existe una relación laboral entre las partes, se presume la cesión de titularidad de derechos patrimoniales, y la autorización para el ejercicio de los derechos morales de divulgación e integridad de la obra.

Ahora bien, es importante destacar qué ocurre en el caso de la obra hecha por encargo bajo relación laboral o de dependencia. En Venezuela, si bien lo establecido en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras (LOTTT) está mayormente dirigido al área de la propiedad industrial, en su artículo 328 se hace referencia a los derechos morales de los trabajadores:

Artículo 328. El trabajador o la trabajadora **siempre conservará los derechos morales sobre sus obras** e invenciones. Esto comprende el derecho al reconocimiento de la autoría de la obra o invención y el derecho a preservar la integridad de la misma, es decir impedir cualquier deformación, mutilación u otra modificación o atentado que cause perjuicio a su honor o a su reputación. Por tanto estos derechos serán inalienables, irrenunciables, inexpropiables, inembargables e imprescriptibles.

Como se puede observar de la cita anterior, el artículo sólo hace referencia a los derechos de paternidad y de integridad, sobre los cuales se hará referencia a continuación.

### ***Derechos morales***

De acuerdo con la OMPI los derechos morales son aquellos que permiten que el autor o creador tome determinadas medidas para preservar y proteger los vínculos que le unen a su(s) obra(s) (2016, p.9) -aun cuando ha cedido sus derechos patrimoniales-, los cuales son inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles. Es decir, a diferencia del sistema del *copyright*, los derechos morales buscan la protección de esa impronta personal, singularidad y nexo de los autores con sus obras, ya que de acuerdo con Antequera Parilli (2001) “el autor -persona física- es el ‘centro de gravedad’ en el esquema de protección”. (p.77)

Por su parte, para Uchtenhagen (1998) como se citó en Antequera Parilli (2009) “con esa expresión se describen los derechos a la protección de la personalidad del ser humano en cuanto relacionados con su actividad como autor de obras literarias y artísticas” (p.4); y el Dr. Antequera Parilli (2007) reafirma dicha concepción, cuando refiere que el derecho moral tiene por objeto defender la personalidad del autor, puesto que “es un derecho de la personalidad del creador inalienable e irrenunciable en relación a su obra (...)”

y está integrado, entre otros, por el derecho a exigir que se respete su paternidad intelectual y la integridad de su obra.” (par.1)

De estas citas se desprende que, sin duda, el derecho moral está ligado a la personalidad y espíritu del creador en relación con su obra, tomando en cuenta que el derecho de autor en las legislaciones de tradición latina basa su protección en las creaciones del ingenio humano, que deben tener algún carácter original en su forma de expresión. Dicho derecho está compuesto, en esencia, por el derecho a decidir sobre la divulgación de su obra, sobre la integridad de esta, exigir que se le respete como autor e incluso de retractarse o arrepentirse y retirarla de circulación.

Al respecto, Lipszyc (s.f) señala que el derecho moral del autor es esencial, extrapatrimonial, inherente y absoluto, a saber:

- **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; pero a diferencia de los derechos de la personalidad también denominados derechos personalísimos, no es innato porque no lo tienen todas las personas por la sola condición de tales sino sólo aquellas que son autoras.
- **Es extrapatrimonial porque no es estimable en dinero**, aunque produzca consecuencias patrimoniales indirectas o mediatas como, p.ej. la posibilidad de obtener mayores ingresos como resultado del aumento del prestigio del autor y de su obra por la difusión de ésta, unida al nombre de su creador -tanto en contrataciones normales como cuando se trata de fijar el resarcimiento por lesiones a sus derechos.
- **Es inherente a la calidad del autor, es decir que está unido a la persona del creador**; el autor lo conserva durante toda su vida aun cuando se trate de obras cuyo plazo de protección haya expirado (por computarse a partir de la creación

o de la publicación de las mismas). Después de su muerte algunas de sus facultades (de exigir el reconocimiento de la paternidad intelectual y el respeto a la integridad de la obra y de divulgar las obras póstumas) son ejercidas por sus herederos.

- **Es absoluto porque es oponible a cualquier persona (erga omnes), es decir, que permite que el titular enfrente a todos los demás, incluso a quien ha recibido el pleno derecho sobre la obra.** A diferencia de los derechos relativos, no se agota en un derecho de aprovechamiento del bien que sólo es oponible al concedente. (p.133)

Luego, el Dr. Antequera Parilli (2001) refiere que, además, el derecho moral es inalienable, irrenunciable, inembargable, inexpropiable e imprescriptible, toda vez que:

- **Es inalienable**, como es reconocido por muchos ordenamientos, **ya que las facultades que lo conforman permanecen con el autor** aun cuando haya transferido, por acto entre vivos, total o parcialmente, el aspecto patrimonial de su derecho.
- **Es irrenunciable**, de manera que es nula cualquier cláusula contractual por la cual el autor se obligue a abstenerse de ejercer ese derecho.
- **Es inembargable, ya que no tiene en sí mismo un contenido patrimonial**, y en consecuencia no es susceptible de ejecución.
- **Es inexpropiable, porque si no es posible su transmisión entre vivos de forma voluntaria**, nada justifica que sea objeto de una transferencia forzosa.
- **Es imprescriptible, ya que no se adquiere por usucapión ni se pierde por prescripción extintiva.** También esta característica es una consecuencia necesaria de la naturaleza inalienable del derecho pues -afirma Delgado Porrasi si el sujeto de este derecho no puede extinguirlo disponiendo de él

voluntariamente, tampoco es posible mediante una prolongada abstención de su ejercicio. (p.135)

Así, de las características antes enunciadas, es posible afirmar que aun cuando el autor quisiera deshacerse de este derecho (por las razones que fueren) no puede hacerlo, puesto que está ligado a su espíritu creador como autor de la obra, y dicha condición de autor no se puede perder de forma voluntaria, al menos en Venezuela.

### ***Soporte material***

La palabra “soporte” es definida por el Diccionario de la Real Academia Española (2023) como “material en cuya superficie se registra información, como el papel, la cinta de video o el disco compacto.” (Diccionario de la lengua española, 2023, definición 4). A efectos de este estudio, es importante definirla en el contexto de la Propiedad Intelectual, y específicamente del derecho de autor.

De acuerdo con el Instituto de Autor de España (2022) “para que una obra sea objeto de protección por el derecho de autor debe (...) estar plasmada en cualquier medio o soporte” (párr.1) el cual puede ser “sonoro o audiovisual, como es el caso de las obras musicales o de las películas, series, etc., mediante un lienzo o una escultura; incluso el soporte puede ser intangible, como es el caso de las representaciones teatrales.” (párr.6)

Así, según lo establecido por el Dr. Antequera Parilli (2007) “el soporte material es el medio de expresión que el autor emplea para concretar la producción del espíritu que la corporiza y hace perceptible a los sentidos.” (párr.1) Además, refiere que debe hacerse la distinción entre la obra “*corpus mysticum*” y el material tangible que la contiene “*corpus mechanicum*”, párr.3) este último el cual “apenas sirve de vehículo para que se advierta su existencia y pueda apreciarse su expresión creativa”. (párr.3).

De lo afirmado por los autores se desprende, que el soporte material es el objeto en el que se exterioriza la obra, es decir, en donde se plasma la creación del autor.

Al respecto, el Instituto de Autor de España (2022) refiere que:

Cuando la obra está plasmada en un soporte material nos encontramos ante dos objetos distintos, el bien inmaterial en sí, esto es, la obra, y el bien material, es decir, el soporte tangible o intangible donde se plasma la obra literaria, artística o científica. (par.7)

Así, como bien puede observarse, tanto el Convenio de Berna como el Tratado de la OMPI sobre el Derecho de Autor establecen que lo que se protege por la vía del Derecho de Autor es la expresión y materialización de la obra en un soporte, y no las ideas en sí mismas.

### ***Derechos personalísimos o de la personalidad***

Se trata de derechos que están ligados y son inherentes a la existencia de la persona en sí misma, atados a la condición del ser y de la dignidad humana. Estos escapan de cualquier ejecución y no pueden ser limitados, porque ello sería como pretender cobrarse con nuestra esencia moral y corporal. Los bienes o cosas se pierden y se adquieren, en tanto que los derechos personalísimos se tienen para siempre mientras la persona tenga existencia. (Domínguez, s.f., p.58)

En Venezuela, la Constitución contiene el carácter enunciativo de los derechos humanos o inherentes de la persona:

*Artículo 22. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no*

*figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.*

De este se desprende que los derechos inherentes a la persona –tales como los derechos de la personalidad- no deben entenderse como no protegidos por no estar contenidos en disposiciones reglamentarias, sino que, de acuerdo con su esencia y características, deben ser objeto de protección y garantía, ya que su desconocimiento “acarrea la desnaturalización y degradación” (Martínez & Villarreal, 2001, p.140) del ser.

### ***Bases Legales***

En el presente apartado se identificarán las bases legales que procuran la protección de la Propiedad Intelectual y el Derecho de Autor en Venezuela. Para ello, se hace referencia a los diversos tratados internacionales que ha ratificado la República, la Constitución (1999) y las leyes especiales que hacen efectivo lo establecido en la Carta Magna.

### **Normativa Internacional**

#### ***Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)***

La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París el 10 de diciembre de 1948, en el período de la posguerra (luego del fin de la Segunda Guerra Mundial), marcando un hito en la historia respecto del reconocimiento, promoción, protección y universalización de los derechos humanos fundamentales alrededor del mundo.

En su articulado establece una gran diversidad de derechos, que están intrínsecamente ligados a la dignidad y existencia de la persona humana, entre los cuales

se encuentran los derechos relativos a la protección del ingenio. Así, el Artículo 27.2 establece que “toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.” (p.8)

De la lectura del artículo previamente transcrito, se desprende la protección tanto de los derechos morales como de los patrimoniales de las obras de los autores. Así, tomando en cuenta que el tatuador es el autor de las obras artísticas que produce, debe reconocérsele la protección de los intereses morales y patrimoniales que le correspondan, y no pueden negársele debido a su universalidad, irrenunciabilidad, inalienabilidad, imprescriptibilidad e interdependencia.

### ***Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886)***

El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas fue adoptado en el año 1886 y trata específicamente sobre los derechos de los autores y la protección de sus obras, buscando el modo más eficaz y uniforme de protección para dichos sujetos de derecho.

A lo largo de su articulado se definen cuáles son las obras protegidas por el derecho de autor; se establece la reserva a las legislaciones de los países de la Unión, la facultad de establecer que las obras sean o no susceptibles de protección dependiendo de su fijación en un soporte material; los criterios de protección; la no exigencia de formalidades para la creación de los derechos de autor; la existencia de los derechos morales; entre muchos otros aspectos de importancia para este Trabajo Especial de Grado.

### **Normativa Nacional**

### ***Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999)***

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, en su Capítulo VI, relativo a los Derechos Culturales y Educativos, refiere en su artículo 98 el reconocimiento de la libertad de creación, así como también la protección de la Propiedad Intelectual y específicamente del derecho de autor, a saber:

*Artículo 98. La creación cultural es libre. Esta libertad comprende el derecho a la inversión, producción y divulgación de la obra creativa, científica, tecnológica y humanística, incluyendo la protección legal de los derechos del autor o de la autora sobre sus obras. El Estado reconocerá y protegerá la propiedad intelectual sobre las obras científicas, literarias y artísticas, invenciones, innovaciones, denominaciones, patentes, marcas y lemas de acuerdo con las condiciones y excepciones que establezcan la ley y los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República en esta materia.*

Así, de acuerdo con dicha disposición, los Derechos de Propiedad Intelectual “se fortalecen con los instrumentos jurídicos aprobados en el país y los convenios y tratados internacionales suscritos por Venezuela en materia de Propiedad Industrial y Derecho de Autor a través de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI)” (Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual ‘SAPI’, s.f., párr.2).

### ***Ley Sobre el Derecho de Autor (1993)***

De acuerdo con su artículo 1 “las disposiciones de esta Ley protegen los derechos de los autores sobre todas las obras del ingenio de carácter creador, ya sean de índole literaria, científica o artística, cualquiera sea su género, forma de expresión, mérito o destino.” (p.1)

Al respecto, en el Artículo 2 la LSDA establece “de forma enunciativa una serie ejemplos de obras del ingenio susceptibles de protección por el derecho de autor, dejando abierta la posibilidad, en su parte *in fine*, a toda creación literaria, científica o artística susceptible de ser divulgada o publicada por cualquier medio o procedimiento”. (D’Jesús, 2020, p.50)

En ese sentido, tomando en cuenta lo establecido en la Carta Magna y en los tratados previamente mencionados, no existen razones para excluir a los tatuajes como obras protegidas por el derecho de autor. Así, tampoco existen razones para excluir a los tatuadores como autores, sin embargo, el objetivo de este Trabajo Especial de Grado es el de definir los límites y alcances que existen al ejercicio de dichos derechos que les corresponden, y plantear los lineamientos para su tratamiento en Venezuela.

## Capítulo III. Marco Metodológico

### Línea de investigación

La línea de investigación del TEG *"El tatuaje como obra protegida por el Derecho de Autor: límites y alcances de los derechos morales del tatuador"* es, tal y como lo indica su título, el Derecho de Autor.

El TEG se enfoca en analizar los aspectos legales relacionados con la protección del derecho de autor en el contexto de los tatuajes. En particular, se examinan los límites y alcances de los derechos morales del tatuador, es decir, aquellos derechos que le permiten al creador de la obra controlar el uso y explotación de la misma, incluso después de haberla vendido o cedido a un tercero. Además, busca explorar las escasas posturas doctrinales y jurisprudenciales sobre la protección del derecho de autor en el ámbito de los tatuajes, considerando aspectos como la originalidad de la obra y la relación entre el tatuador y el cliente. Además, se analizan los posibles conflictos que pueden surgir entre los derechos del tatuador y los derechos de los clientes, así como las implicaciones que pueden tener estas disputas para la industria del tatuaje en general.

### Tipo de investigación

La presente investigación es de tipo proyectiva, ya que busca dar respuesta a una problemática planteada. Según la Universidad Pedagógica Experimental Libertador (2016) la investigación proyectiva propone soluciones a una situación determinada a partir de un proceso de indagación; lo que implica explorar, describir, explicar y proponer alternativas de cambio.

Por esta razón el presente TEG se propone crear los lineamientos para el tratamiento de los tatuajes como obras protegidas por el derecho de autor en Venezuela.

### **Diseño de investigación**

La investigación titulada "El tatuaje como obra protegida por el Derecho de Autor: límites y alcances de los derechos morales del tatuador" se enmarca dentro de la investigación cualitativa, en la cual según Córdoba (2017) se utilizan descripciones interpretativas (las palabras para explicar lo comprendido de la realidad) más que la estadística. (p.32) Este tipo de investigación se enfoca en la comprensión y explicación de fenómenos sociales complejos, como son los aspectos legales relacionados con los tatuajes, "analizándolos desde el punto de vista de los participantes en su ambiente y en relación con los aspectos que los rodean." (Guerrero, 2016, p.2) Dicha investigación requiere el uso de técnicas de recolección de datos como encuestas y entrevistas para recopilar información detallada y en profundidad sobre el tema de estudio, para comprender las perspectivas y experiencias de los participantes, lo que en este caso puede permitir identificar las diferentes visiones y conflictos que existen en torno a la protección legal del tatuaje. De esta manera, se puede generar un conocimiento más profundo y complejo sobre la problemática, lo cual puede ser de gran utilidad para el manejo y toma de decisiones informadas en el ámbito legal y social.

### **Técnicas y herramientas de recolección y procesamiento de datos**

Para la recolección de los datos necesarios para el desarrollo del presente TEG se utilizó la herramienta de la entrevista estructurada, la cual fue previamente revisada y aprobada por la jefa de cátedra de la asignatura Seminario de Trabajo Especial de Grado II, la Coordinación de la Especialización y el Centro de Estudios de Postgrado. Los participantes seleccionados fueron el Esp. Manuel Rodríguez, el Esp. Hernán García Torres

y el Dr. Rafael Fariñas, todos con amplios estudios y experiencia en el área del Derecho de Autor.

Dicha entrevista consta de seis (06) preguntas abiertas que permite a los participantes responder, de acuerdo con su criterio, qué es una obra, si los tatuajes como obra pueden o no ser considerados objeto de protección del Derecho de Autor, si su protección supone límites a los derechos morales, si conocen de doctrina o jurisprudencia que profundice sobre el tema, si es otorgada una licencia implícita por el tatuador cada vez que éste realiza un tatuaje, entre otros aspectos relevantes para el estudio.

Para procesar e interpretar la información otorgada por cada uno de los participantes se utilizó el método de la comparación, que permitió contrastar los diversos criterios de cada uno de los expertos antes mencionados y obtener un panorama general y amplio de cuál es la situación actual del tratamiento de los tatuajes en el país.

## **Presentación y análisis de los resultados**

### ***Entrevista al Esp. Manuel Antonio Rodríguez***

Para él, su concepto de obra se encuentra en revisión “dada la intervención de la Inteligencia Artificial Generativa 3.0, en el proceso de creación y concreción de la obra” (las transcripciones completas de la entrevista se presentan en el Apéndice 1); sin embargo, define la obra como “toda manifestación del talento humano, de índole literaria, artística o científica, dotada de tal originalidad que le permita diferenciarse de otras, cargando en sí la impronta del autor, no importando su mérito, género o destino”.

Por otro lado, tomando en consideración la Doctrina Moderna, considera que el tatuaje puede ser considerado como obra protegida por el Derecho de Autor “en tanto tenga la originalidad suficiente y necesaria” y la misma no supone límites al ejercicio de los derechos

morales. Si los hubiere, indica que los desconoce, sin embargo, refiere que deben ser explícitos y contemplados en una norma legal. No obstante, es importante tomar en cuenta que el hecho de que se encuentren contemplados en una norma, no implica que su ejercicio deje de ser complejo o que pueda verse de alguna manera condicionado, lo cual dependerá siempre de cada caso en particular.

Con respecto a la existencia y acceso a doctrina y jurisprudencia, el profesor refiere que, si bien no corresponde a su línea de investigación, la información a la que ha tenido acceso la ha encontrado en blogs, portales web, podcasts, reseñas o artículos periodísticos, y que no cuenta con estudios o planteamientos que puedan considerarse doctrina ni sentencias. Sin embargo, refiere que la Causa Rogers c. Grimaldi 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989), es importante puesto que en este caso el tribunal desarrolló una prueba para determinar cuando el uso de una marca requiere autorización previa; además, también menciona el caso NBA 2k16 v. Solid Oak Sketches.

Finalmente, al tratar sobre la posibilidad de otorgar licencias implícitas cuando el tatuador realiza una obra en el tatuado, refiere que en nuestra legislación no existen las licencias implícitas, y que desconoce dicha “figura jurídica”. Así, establece que existen las presunciones legales que están claramente contempladas en los artículos 7,15,16,17 y 59 de la Ley sobre el Derecho de Autor, y que hay que tener siempre presente el principio rector: “En caso de duda hay que favorecer al autor”.

### ***Entrevista al Esp. Hernán García-Torres***

Para el Esp. García, la obra se define de la siguiente manera:

Es toda creación literaria, artística o científica que sea producto del trabajo intelectual de una o varias personas, en la que se evidencien y aprecien elementos de originalidad basados en la imaginación, individualidad y emoción impresas en el

resultado final, sin sujeción al género, forma de expresarla, mérito o el destino para el cual se han llevado a cabo. (las transcripciones completas de la entrevista se presentan en el Apéndice 1)

Por otro lado, establece que considerando que “tatuarse” significa grabar dibujos en la piel humana con sustancias o pigmentos colorantes, sin duda piensa que los tatuajes pueden considerarse como una obra del ingenio protegida por el Derecho de Autor. Adicionalmente, refiere que la justificación legal de ello es el artículo 2 de la LSDA, el cual “protege enunciativamente, entre otras, los dibujos y los grabados, que básicamente son los procedimientos utilizados en este tipo de expresión artística.”

Sin embargo, establece que como toda obra del ingenio humano hay limitaciones y excepciones, y que para considerarlos como tal, deben ser revisados los elementos de originalidad que se reflejan en un tatuaje, ya que por ejemplo, “no es lo mismo un tatuaje del nombre de tu mascota con una fuente ARIAL y en color azul, que una interpretación cubista que hace el artista o el cliente comitente (lienzo) de la última cena de Jesús.”

Con respecto a su consideración sobre si la protección del tatuaje supone límites para los derechos morales de autor, refiere que supone límites no sólo para los morales sino también para los patrimoniales, “todo ello motivado a la particular forma de expresión que comporta este arte, es decir, el soporte material que contiene la obra <<es la piel de una persona viva>>.” Sin embargo, refiere que el artista tatuador con la firma de acuerdos, el registro de sus dibujos y declaraciones firmadas podría prever ciertas limitaciones.

Además, se refiere específicamente a cada uno de ellos:

- Derecho de Paternidad: en primera instancia el artista no podría controlar ni obligar al “lienzo” que le reconozca su autoría en todo momento, sin embargo, este podría tomar fotos de sus diseños terminados e incorporarlos a su catálogo, pero de esto

surgirían problemas en cuanto a la mención de la persona que lleva el tatuaje; si es una persona famosa, entraríamos en una diatriba, ya que se voltearía entonces la tortilla debido a que el tatuador (si menciona y/o toma fotos donde se reconozca a la persona famosa) podría vulnerar los derechos de imagen de la persona y para esto se debe contar con autorización.

- Derecho de Integridad / modificación de la obra divulgada: Por la misma naturaleza de este arte, el tatuador se vería limitado de ejercer este derecho también, en el sentido de no poder impedir cualquier modificación, borrado, alteración del tatuaje así como, no poder impedir que una persona tatuada por él, pueda cubrirlo y no mostrarlo más, si así lo desea.
- Derecho de Retracto o Arrepentimiento: Por la naturaleza de este derecho, encuentro que más que una limitación, sería una imposibilidad.
- Derecho de Acceso: Me parece limitado, sobre todo por todo lo que está relacionado con el soporte (piel). El ejercicio de este derecho reviste paralelamente el ejercicio del derecho patrimonial, por lo que el artista tendría que fundamentar muy bien su temor acerca del “soporte”. Siempre será potestad del tatuado permitir o no una foto (por ejemplo) o de los derechohabientes de este, el acceso post mortem a la obra (tatuaje).

Adicionalmente, aporta datos sobre doctrina que habla al respecto, específicamente los libros *“Non-Conventional Copyright. Do new and Atypical Works Deserve Protection”* de los autores Nicola Lucchi y Enrico Bonadio, e *“Infringement Nation: Copyright 2.0 and You”* del autor John Tehranian. También hace referencia a la jurisprudencia de los casos *“Solid Oak Sketches, LLC v. 2K Games, Inc & Take Two Interactive Software, Inc”* y *“S. Victor Whitmill v. Warner Bros Entertainment, Inc”*.

Finalmente, con respecto a si considera que es otorgada una licencia implícita por parte del tatuador al tatuado una vez que se realiza la obra, refiere que no, aunque se podría estar frente a un caso de cesión a título gratuito, mas sin embargo, en su opinión, ese pacto o cesión debe ser expreso, no puede suponerse el otorgamiento de una licencia tácita.

### ***Entrevista al Dr. Rafael Fariñas***

Para el Dr. Fariñas una obra es una creación intelectual, en el ámbito literario y artístico, expresada en forma original a través de cualquier forma o procedimiento. La originalidad de la obra ha de entenderse acá como la impronta personal de su autor que la distingue de otra del mismo género. (las transcripciones completas de la entrevista se presentan en el Apéndice 1). En ese sentido, considera que los tatuajes son susceptibles de protección por el Derecho de Autor siempre que sean originales, teniendo presente que la originalidad es el atributo por excelencia para alcanzar dicha protección.

Con respecto a si la protección del tatuaje por medio del derecho de autor supone límites a los derechos morales, este refiere el criterio expresado por una Corte de Apelaciones de Bélgica, comentado por la Prof. Marie-Christine Janssens y citado por Eleonora Rosati mediante el cual la Corte consideró que los derechos morales están subordinados a los derechos de personalidad de la persona tatuada.

Luego, el Dr. Fariñas hace referencia a doctrina y jurisprudencia que habla sobre el tema, específicamente los artículos *“Drawing in Permanent Ink: A look at Copyright in Tattoos in the United States”* de Jordan S. Hatcher y *“Written on the Body: Intellectual Property Rights in Tattoos, Makeup, and Other Body Art”* de Thomas Cotter y Angela Mirabile, así como los trabajos de la Profesora Eleonora Rosati en el blog The IPkat, donde hace seguimiento al tema. Adicionalmente, menciona el caso *Victor Whitmill contra Warner Bros Entertainment Inc.*

Finalmente, con respecto a si es otorgada una licencia implícita por parte del tatuador como autor de la obra, este considera que sí ocurre, con una precisión. Siendo que se trata del cuerpo humano como medio de expresión de la obra, hay que tener presentes los derechos de ambas partes, puesto que el medio de expresión genera una especie de incompatibilidad material entre sus derechos. En ese sentido, refiere que la licencia implícita a que alude la pregunta se justificaría por el hecho de que el tatuaje se realiza en un cuerpo humano, como lo expresa la decisión de la Corte de Bélgica, de modo que el derecho de reproducción del tatuador cede ante el derecho de la personalidad, imagen, o el derecho que cada persona tiene sobre su propio cuerpo.

## **Capítulo IV. Derechos del Autor de una obra. La obra por encargo en la legislación venezolana. Límites y alcances de los derechos morales del tatuador**

### **Derechos de los que goza el autor**

Como bien se estableció anteriormente, el autor posee una serie de derechos que son inherentes a su condición de creador, los cuales se dividen -particularmente en Venezuela- en derechos de índole moral, por un lado, y patrimonial por el otro. Al respecto, la LSDA nacional establece que el autor de una obra “tiene por el sólo hecho de su creación un derecho sobre la obra que comprende, a su vez, los derechos de orden moral y patrimonial determinados en esta Ley.” (Ley sobre el Derecho de Autor, 1993, Artículo 5). A continuación, se profundizará sobre ambos tipos de derechos y cómo son tratados según el ordenamiento jurídico venezolano.

### ***Derechos Patrimoniales***

En líneas generales, los derechos patrimoniales son aquellos que permiten que los autores obtengan beneficios económicos por la explotación de sus obras por terceros. Así, se trata de derechos de carácter exclusivo, pero que a su vez pueden ser cedidos por su titular -a diferencia de lo que ocurre con los derechos morales-. Al respecto, el Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe - CERLALC (2023) establece lo siguiente:

Son los derechos de índole económica e implican para su titular la facultad de autorizar o prohibir la explotación de la obra. En este sentido, y salvo que nos encontremos en presencia de una limitación o excepción al derecho de autor, cualquier persona que desee utilizar una obra deberá contar con la respectiva autorización del titular del derecho. (párr.1)

Estos derechos son muy importantes en el área de la Propiedad Intelectual, ya que fomentan e incentivan la creación, entendiendo que todo creador desea ver el fruto de su trabajo y esfuerzo traducido no solo en reconocimiento, sino también en réditos económicos, que incluso le puedan permitir vivir de sus obras. La LSDA los establece en su artículo 23 de la siguiente manera:

*Artículo 23. El autor goza también del derecho exclusivo de explotar su obra en la forma que le plazca y de sacar de ella beneficio. En los casos de expropiación de ese derecho por causa de utilidad pública o de interés general, se aplicarán las normas especiales que rigen esta materia.*

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo, los derechos patrimoniales de autor se dividen en derecho de reproducción, derecho de distribución, derecho de comunicación pública y derecho de transformación. Sin embargo, es importante resaltar que el desarrollo tecnológico y el auge de las redes sociales ha dado lugar a la evolución y surgimiento de nuevos medios a través de los cuales se realiza la explotación de las obras, por lo que se espera que con el tiempo sigan apareciendo formas novedosas para difundir, transmitir y, en general, comunicar obras.

### ***La obra por encargo***

La obra por encargo es conocida como aquella que es realizada o producida por un comisionista a petición de un comitente. Esta puede realizarse en el marco de un contrato de trabajo y puede ser remunerada.

Una obra sujeta a derechos de autor se considera "hecha por encargo" en dos situaciones: i) Cuando es creada por un empleado como parte de sus tareas habituales; ii)

Cuando un determinado tipo de obra se crea como resultado de un acuerdo expreso por escrito entre el creador y una parte que la encarga. (Oficina de Derechos de Autor de los Estados Unidos, 2021, p.1)

Al respecto, la LSDA establece en su artículo 59 lo siguiente:

*Se presume, salvo pacto expreso en contrario, que **los autores de las obras creadas bajo relación de trabajo o por encargo, han cedido al patrono o al comitente, según los casos, en forma ilimitada y por toda su duración, el derecho exclusivo de explotación definido en el artículo 23 y contenido en el Título II de esta Ley. La entrega de la obra al patrono o a quien encarga la creación, según corresponda, implica la autorización para que éstos puedan divulgarla, así como para ejercer los derechos a que se refieren los artículos 21 y 24 de esta Ley y la de defender los derechos morales, en cuanto sea necesario para la explotación de la obra. (LSDA, artículo 59)***

Como bien se puede apreciar, el artículo 59 de la ley especial que rige la materia refiere la existencia de una presunción a favor del empleador o comitente, específicamente con respecto al derecho patrimonial de explotación. Sin embargo, en su segundo párrafo también establece que la entrega de la obra implica la autorización para la defensa de los derechos morales en favor del autor de la obra, en el entendido de que éstos son, como ya se ha establecido anteriormente, inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles. Así, si bien se hace una cesión ilimitada de un derecho patrimonial, no es posible hacer lo mismo con los derechos morales.

Esto tiene particular relación con el tema de esta investigación, puesto que si bien según este artículo, el tatuaje, como cualquier otra obra, podría considerarse como una obra hecha por encargo -y así se considera en muchas legislaciones a nivel mundial- los derechos morales del autor entran en contienda con los derechos personales de quien

posee el tatuaje en su piel, puesto que no es lo mismo hablar de un soporte material inanimado que hablar del cuerpo humano de una persona.

Así, es evidente que pueden existir particularidades a tomar en cuenta a la hora de referirnos a los derechos morales de autor, sobre las cuales profundizaremos a continuación.

### ***Derechos Morales: límites y alcances***

Estos se encuentran establecidos en la Sección Primera del Capítulo II de la Ley sobre el Derecho de Autor venezolana, específicamente desde el artículo 18 hasta el 22. Como ya se estableció, son aquellos que están estrechamente ligados al espíritu y personalidad del creador de una obra, por lo que todos protegen aspectos relacionados con esto, y son los siguientes:

#### **El derecho de divulgación y al inédito**

Se trata de dos derechos que están estrechamente relacionados alrededor de la facultad que tiene el autor de decidir cómo, cuándo y de qué manera dar a conocer el contenido de su obra. Para Roselló (2014) el inédito se refiere a la facultad que tiene el autor de mantener en su esfera íntima la obra, de no divulgarla; mientras que la divulgación implica su facultad de darla a conocer al público, determinando no solo si tal cosa tiene lugar o no, sino la forma en que se realizará. (p.8)

El derecho de divulgación y al inédito está previsto en la legislación venezolana en el artículo 18 de la LSDA, el cual establece que:

*Artículo 18. Corresponde exclusivamente al autor la facultad de resolver sobre la divulgación total o parcial de la obra y, en su caso, acerca del modo de hacer dicha divulgación, de manera que nadie puede dar a conocer sin el consentimiento de su*

*autor el contenido esencial o la descripción de la obra, antes de que aquél lo haya hecho o la misma se haya divulgado.*

De acuerdo con el artículo previamente transcrito, se evidencia que se trata de un derecho exclusivo del autor, puesto que nadie puede dar a conocer ni el contenido ni la descripción de su obra antes de que él lo haya hecho, o sin su autorización.

De acuerdo con Roselló (2014) la obra es una “expresión de la personalidad creativa del autor que pertenece a su esfera íntima, a sus cavilaciones interiores, y es fruto de un proceso creativo que le imprime su sello individual [por lo que] es obvio que es prerrogativa suya decidir cuándo está lista para abandonar dicho ámbito personal y ser conocida por otros.” (p.12)

Ahora bien, ¿es obvia dicha prerrogativa exclusiva cuando se habla del cuerpo humano de una persona?, la respuesta a esta interrogante es que no, puesto que no es posible que este derecho sobrepase la existencia de los derechos personalísimos del ser humano, los cuales también son inalienables, irrenunciables, inembargables e imprescriptibles.

### **El derecho de paternidad y al anónimo**

Este consiste en el derecho que tiene el autor de ser reconocido como autor o creador de su obra, incluso cuando este no sea quien ostente los derechos patrimoniales de la misma. Así lo establece el artículo 6 bis del Convenio de Berna al considerar que: “independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra.”

Por su parte, el artículo 19 de la LSDA añade que el autor posee este derecho, aun cuando no sea este quien la publique o divulgue: “En caso de que una determinada obra

sea publicada o divulgada por persona distinta a su autor, éste tiene el derecho de ser reconocido como tal, determinando que la obra lleve las indicaciones correspondientes.”

En consecuencia, de acuerdo con lo establecido por los artículos *in comento*, se desprende la facultad, derecho y prerrogativa del autor de exigir que siempre se le asocie a su obra, pero un elemento importante de este derecho es que puede y debe hacerse de la manera en la que el creador lo desee. Al respecto, Lipszyc (1993) refiere lo siguiente:

Ello incluye el seudónimo y el anónimo, pues la prerrogativa de que se identifique la obra con su autor es concebida como un derecho y no como una obligación de éste, lo cual implica que el creador goza de la facultad de decidir si desea que se haga tal asociación y en qué forma (mediante su nombre, seudónimo, iniciales, etc.) o si quiere permanecer anónimo. (Sección El derecho de paternidad, pár. 6)

Con respecto a al derecho de paternidad y el anónimo y la situación de los tatuajes no se presenta ningún problema, puesto que el hecho de que la obra sea plasmada en la piel de alguien no le exime de reconocer la autoría de quien hizo su tatuaje, ni tampoco hacerlo, puede generar un perjuicio con respecto a sus derechos personales. La única limitación que pudiera encontrar el tatuador es de carácter práctico, ya que no hay muchas maneras de controlar si el tatuado le reconoce su paternidad o no.

### **El derecho a la integridad o de respeto a la obra**

Este derecho, relativo a la facultad que tiene el autor de oponerse o impedir que se hagan modificaciones a su obra, tiene diversas interpretaciones dependiendo de la legislación de la que se trate, ya que existe la discusión sobre si consiste en impedir que se le haga cualquier modificación -en sentido estricto-, o si se trata de modificaciones o alteraciones que causen perjuicio a su honor, decoro o reputación. De acuerdo con Lipszyc (1993):

Su fundamento se encuentra en el respeto debido a la personalidad del creador que se manifiesta en la obra y a esta en sí misma. El autor tiene derecho a que su pensamiento no sea modificado o desnaturalizado, y la comunidad tiene derecho a que los productos de la actividad intelectual creativa le lleguen en su auténtica expresión. (Sección El derecho al respeto y a la integridad de la obra, pár. 1)

Al respecto, resulta complejo determinar cuál es el límite, o a partir de qué punto se puede considerar que la modificación de una obra genera perjuicios de este tipo a su autor. Sin embargo, dicha delimitación no forma parte del objeto de estudio de este trabajo.

En Venezuela, este derecho se encuentra contenido en el Artículo 20 de la LSDA, y se inclina específicamente por la prohibición de modificaciones que puedan poner en peligro el decoro o reputación del autor, al igual que como se establece en el Convenio de Berna. Este artículo refiere lo siguiente:

*Artículo 20.- El autor tiene, incluso frente al adquirente del objeto material de la obra, el derecho de prohibir toda modificación de la misma que pueda poner en peligro su decoro o reputación.*

Esta tendencia es importante porque surge la interrogante sobre si siendo el soporte material de la obra la piel de una persona, ¿es posible oponerse o impedir alguna modificación de la misma? A los efectos de la presente investigación, este derecho encuentra un límite bajo este supuesto, ya que la persona es libre de hacer, modificar e incluso remover lo que sea que decida ponerse en su piel. Así, el derecho moral del autor no puede ir por encima del derecho personalísimo de la persona tatuada, puesto que el derecho a la integridad o al respeto de la obra no puede irrespetar la decisión personal del tatuado de hacer lo que desee con su cuerpo.

### **El derecho de retracto, de arrepentimiento o de retiro de la obra del comercio**

Se trata de la facultad que tiene el autor de retirar la obra del acceso público aún después de haberlo autorizado, previa compensación económica por los daños que pueda ocasionar a quienes inicialmente les había concedido derechos de utilización. (Alvarado, 2002, p.10) Las razones para ese retracto o arrepentimiento pueden ser de diversa índole, pero de acuerdo con Lipszyc (1993) por lo general se presenta cuando el autor siente que la obra ya no se ajusta a sus convicciones intelectuales o morales.

Este derecho parte de la premisa de que la obra es una emanación del pensamiento del autor, quien puede rectificar posiciones o desistir de ideas u opiniones expresadas con anterioridad, y por consiguiente, puede impedir que la obra siga siendo reproducida, exhibida, comunicada o distribuida, ya que la explotación y cada vez mayor difusión de su obra puede ocasionar al autor un daño moral o personal. (Fuentes, 2007, p.153)

El reconocimiento de esta prerrogativa revela un alto grado de respeto hacia los escrúpulos intelectuales del autor y constituye el complemento natural del derecho de autor a decidir la divulgación de su obra (Lipszyc, 1993, Sección El derecho de retracto o arrepentimiento), y, además, se trata de un desarrollo de principios tales como la libertad de pensamiento y del libre desarrollo de la personalidad (Alvarado, 2002, p.10), así como del derecho a cambiar de opinión.

Así, como podemos observar, es evidente que ese retracto o arrepentimiento es totalmente unilateral para el autor, lo cual tiene sentido cuando hablamos de cualquier soporte tradicional en el cual se plasma una obra, pero no cuando se trata del cuerpo humano de otro ser, fundamentalmente porque no se trata de un acceso público o puesta en el comercio tradicional, y porque los derechos mencionados anteriormente de libertad de pensamiento y derecho a cambiar de opinión no pueden solapar los de la persona que lleva el tatuaje en su piel, ya que eso generaría un grave perjuicio para este último y un precedente muy grave sobre su tratamiento. Ahora bien, si se presentara el caso en el que

se separara la obra del cuerpo del tatuado, generando una explotación o comercialización no autorizada de su trabajo, el tatuador podría impedirlo mediante el ejercicio del derecho de retracto, de arrepentimiento o de retiro de la obra del comercio.

### **El derecho de acceso a la obra**

El derecho de acceso a la obra según la LSDA implica que “el autor puede exigir al propietario del objeto material el acceso al mismo, en la forma que mejor convenga a los intereses de ambos, siempre que ello sea necesario para el ejercicio de sus derechos morales o los de explotación.” (Ley sobre el Derecho de Autor, 1955, Artículo 22).

Evidentemente de acuerdo con el contenido del artículo se desprende que se debe cumplir el requisito de que la forma debe convenir a los intereses de ambos y no solo los del autor, y que esto debe ser necesario para el ejercicio de sus derechos morales o patrimoniales de explotación.

En diversas legislaciones este derecho se presenta cuando se trata de que la obra es un ejemplar único, cuya copia no sería suficiente para que el autor pueda alcanzar sus objetivos. De allí que se establezca el requisito de la necesidad.

De acuerdo con Pinzón (2007) se deben cumplir cuatro condiciones para el ejercicio del mismo:

1. El soporte material debe pertenecer a un tercero: Es obvio que el derecho al acceso sólo podrá proceder cuando el *corpus mechanicum* esté en tenencia de otro sujeto distinto del creador.
2. El acceso debe ser necesario para el ejercicio de sus derechos morales o patrimoniales: Es necesario que el motivo o la causa de la solicitud de esta facultad sea el ejercicio de cualquiera de los derechos amparados para el autor, por ejemplo: para asegurar la integridad de la misma (como ejemplo de los derechos morales).

3. Debe realizarse en la forma que convenga a los intereses de ambos: La norma no establece la obligación del propietario de la movilización de la obra del lugar donde se encuentre, sino que, al contrario, el derecho del autor es el de acceder a una obra, causando el menor perjuicio posible para quien tenga la tenencia o para su propietario.

4. La importancia del *corpus mechanicum* particular solicitado para acceder: Aunque la legislación venezolana no lo establece, es necesario que exista algún interés particular para acceder al *corpus mechanicum* o soporte material que se encuentre en manos del tercero, es decir, que el autor no pueda acceder a una copia de la obra que le permita ejercer el derecho moral o patrimonial perseguido.

Al evaluar los requisitos anteriores, es importante destacar que, en el caso de los tatuajes el soporte material no pertenece a un tercero, sino que es un tercero, por lo que se vuelve más complicado el ejercicio del derecho. Adicionalmente a esto, se debe tomar en consideración si la persona tatuada estaría dispuesta o no a presentarse cuando así lo solicite el autor, o si puede hacerlo, así como también si el lugar en el que se encuentra la obra es una parte privada del cuerpo del tatuado. Así las cosas, el derecho de acceso a la obra se encuentra limitado cuando se trata de los tatuajes.

## **Capítulo V. Desarrollo de la propuesta**

Si bien se trata de un tema que ha causado revuelo en la industria durante los últimos años, como bien se ha dicho, lo cierto es que no existen muchos casos judicializados, ya que la mayoría de ellos han terminado en acuerdos extrajudiciales cuyos resultados se mantienen bajo estricta confidencialidad. En ese sentido, en este capítulo se realizará una revisión de dos de los pocos, pero existentes casos disponibles, los cuales - como se evidenciará a continuación- han marcado un precedente importante para el desarrollo de este tema de investigación.

### **Revisión jurisprudencial-casuística sobre el tatuaje como obra protegida por el Derecho de Autor y los límites a los que se enfrentan los tatuadores respecto de sus derechos morales**

#### ***Caso S. Victor Whitmill v. Warner Bros Entertainment, Inc (2011)***

##### **Antecedentes**

Victor Whitmill es un artista visual que en febrero del año 2003 creó un diseño original y posteriormente lo tatuó en la parte superior izquierda de la cara del ex campeón mundial de pesos pesados, Mike Tyson. Cuando el Sr. Whitmill tatuó la obra original, el Sr. Tyson acordó por escrito que el Sr. Whitmill sería el propietario de la obra de arte, cualquier boceto y/o dibujo, e incluso cualquier fotografía relacionada con este, y, por tanto, de los derechos de autor del tatuaje original. De hecho, posee el Certificado de Registro de estos últimos, emitido por la Oficina de Derechos de Autor de los Estados Unidos.

Por su parte, *Warner Bros Entertainment, Inc*, para el desarrollo de su segunda película de la serie “The Hangover” o “¿Qué pasó ayer?”, sin siquiera intentar ponerse en contacto con el Sr. Whitmill, para obtener su permiso o acreditar su creación, utilizó el diseño del tatuaje original para colocarlo en la cara del personaje Stuart Price, para el

desenvolvimiento de la trama de la famosa película, así como también para su estrategia de publicidad y mercadeo de la misma.

Debido a dicha explotación no autorizada, en el año 2011 (unos pocos meses antes de que saliera la película) se introdujo una acción por infracción de derechos de autor ante el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Este de Missouri, División Este, de acuerdo con lo previsto en la Ley de Derechos de Autor de 1976, en su versión modificada, 17U.S.C. §101 y ss, solicitando lo siguiente:

- 1) Una medida cautelar preliminar durante la pendency de la acción y una medida cautelar permanente a partir de entonces prohibiendo y restringiendo al demandado y cualquiera de sus agentes, empleados, socios, licenciatarios, etc., de copiar, distribuir, exhibir públicamente, o hacer cualquier otro uso del tatuaje pirateado, tanto en la película como de cualquier otro modo;
- 2) Una indemnización por daños y perjuicios suficiente para compensar al Demandante por las lesiones sufridas como resultado de la conducta ilícita del Demandado;
- 3) Una indemnización por los beneficios y el enriquecimiento sin causa del Demandado derivados de su infracción;
- 4) Una indemnización al Demandante por las costas y los honorarios razonables de abogado incurridos en esta acción; y
- 5) Una indemnización por cualquier otra reparación que el Tribunal considere justa y adecuada. (Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Este de Missouri, División Este, 2011, p.7)

### **Análisis del caso**

A pesar de que este caso terminó con la presentación de una moción conjunta de desestimación por las partes, en el mismo se presentaron alegatos y analizaron los hechos desde una perspectiva muy interesante para el desarrollo del objeto de esta investigación, y aun cuando no se dejó un precedente escrito a través de una sentencia, se hicieron públicas las transcripciones de audiencias en los que la Juez asignada al caso, Catherine D. Perry, entre otras cosas, emitió su opinión sobre la protección de los tatuajes por el derecho de autor, a saber:

Por supuesto que los tatuajes pueden tener derechos de autor. No creo que haya ninguna disputa razonable al respecto. No están protegiendo la cara del Sr. Tyson con derechos de autor, ni restringiendo el uso que el Sr. Tyson hace de su propia cara, como argumenta el demandado, **ni diciendo que alguien que tiene un tatuaje no puede quitárselo o cambiarlo**, sino que **el tatuaje en sí y el diseño en sí pueden protegerse con derechos de autor, y creo que es totalmente coherente con la ley de derechos de autor**, y después de todo, en este caso, el Sr. Whitmill y el Sr. Tyson tenían un contrato que trataba esta cuestión, lo que es totalmente coherente y apropiado según la ley de derechos de autor. (S. *Victor Whitmill v. Warner Bros Entertainment, Inc*, 2011)

Al respecto, se puede observar que la Juez establece de manera expresa y contundente que los tatuajes si pueden ser objeto de protección por la vía del derecho de autor, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Derechos de Autor de los Estados Unidos, ya que en este caso, efectivamente se trata de una obra original fijada en un medio de expresión tangible, a pesar de que no sea un medio tradicional sino la piel de una persona viva. Adicionalmente, en la misma audiencia, estableció que, si se hubiese fijado en la probabilidad de éxito en cuanto al fondo del asunto, el demandante hubiese tenido una gran

probabilidad de prevalecer en cuanto al fondo por infracción de derechos de autor, de acuerdo con sus argumentos.

Al respecto, además de lo ya expuesto, el demandante hace referencia en el memorándum en apoyo de la petición sobre la solicitud de medida cautelar, que además de los daños patrimoniales sufridos, hasta no ver la película, no conocería el alcance de la violación que se podría suscitar a sus derechos morales, en virtud lo establecido en el Artículo 106A de la Ley de Derechos de Autor, 17 U.S.C. § 106A, el cual otorga al Sr. Whitmill el derecho exclusivo "a reivindicar la autoría de dicha obra" y "a impedir la utilización de su nombre como autor de la obra de arte visual en caso de distorsión, mutilación u otra modificación de la obra que atente contra su honor o reputación".

Sobre este último punto, surge la inquietud puesto que en la película se muestra que el tatuaje fue realizado en un lugar poco higiénico y profesional, mientras el personaje se encontraba en el peor estado de ebriedad y drogadicción, lo cual podía afectar el buen nombre y reputación que había construido el Sr. Whitmill "como artista visual responsable, fiable y dedicado que asegura el consentimiento y la seguridad de sus clientes." (*S. Victor Whitmill v. Warner Bros Entertainment, Inc*, 2011)

Para defenderse, la demandada alegó que el uso del tatuaje se daba en el marco de un uso justo, además de una licencia implícita en favor de Warner Brothers. Sin embargo, al momento de la Juez evaluar los factores para determinar un Uso Justo o *Fair Use*, se estableció que se hizo una copia exacta de la obra, y su uso no presentó ningún comentario, crítica o parodia, por lo que pudo haberse utilizado cualquier otro diseño y haber tenido el mismo efecto, lo que da a pensar que la intención de dicho uso si era que efectivamente se relacionara con la figura de Mike Tyson.

Adicionalmente, la Juez estableció que no existía ninguna prueba de que Warner Brothers tuviera ningún tipo de licencia implícita o de otro tipo para utilizar el tatuaje, por lo que el uso del tatuaje por parte de la mencionada empresa no estaba autorizado.

Sin embargo, todo esto no fue suficiente para que la Juez Perry concediera la medida cautelar a la accionante, puesto que, según su análisis, al evaluar las pérdidas que podía sufrir cada parte por separado, se determinó que la cantidad de dinero que iba a perder Warner Bros Entertainment al no lanzar la película, así como los daños al público y a terceros, superaba con creces lo que podría haberse otorgado a Whithmill en razón de la infracción.

En ese sentido, aun cuando el caso se refiere principalmente a violación de los derechos patrimoniales de autor, y el sistema americano no regula los derechos morales de la misma manera que el venezolano, este caso forma parte importante de los precedentes que hablan sobre la materia. Aún así, la cuestión de hasta dónde llegan los derechos de autor de una obra de arte que está en el cuerpo de otra persona no está clara.

### **Caso Solid Oak Sketches, LLC v. 2K Games, Inc. & Take Two Interactive Software, Inc. (2016)**

#### ***Antecedentes***

Este caso fue ventilado ante la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York. Los demandados *2K Games, Inc & Take Two Interactive Software, Inc*, son los desarrolladores de la serie de videojuegos “**NBA 2K**”, los cuales recrean torneos de basket, y son actualizados y re-lanzados anualmente. Al tratarse de una simulación de la vida real, dichos videojuegos contienen avatares y representaciones animadas de los jugadores de la Asociación Nacional de Basketball (NBA) de los Estados Unidos, los cuales, gracias a los avances tecnológicos y en aras de generar una mejor

experiencia para el usuario, cada vez son más exactos, e incluyen reproducciones de características propias de los jugadores, como es el caso de sus tatuajes.

Por su parte, *Solid Oak Sketches, LLC*, es una empresa de licenciamiento de tatuajes que en el año 2012 había celebrado un acuerdo de licenciamiento de derechos de autor con los artistas que diseñaron los tatuajes de los famosos jugadores de la NBA Kenyon Martin, Eric Bledsoe y LeBron James, los cuales, por supuesto, tienen sus respectivos avatares en los videojuegos de “**NBA 2K**”. En el referido acuerdo, dichos artistas cedieron sus derechos de reproducción y explotación a Solid Oak Sketches, y posteriormente, en el año 2015, esta última obtuvo los Certificados de Registro de la Oficina de Derechos de Autor de los Estados Unidos, correspondientes a los diseños de los tatuajes en cuestión.

Así, ese mismo año los demandantes iniciaron conversaciones con los desarrolladores del videojuego para discutir sobre la supuesta infracción, y en vista de que no hubo acuerdo, luego de publicarse la versión del juego del año 2015, Solid Oak Sketches, LLC, introdujo una acción por infracción de derechos de autor, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Derechos de Autor de los Estados Unidos de 1976, 17 U.S.C § 101 y ss, la cual terminó con una decisión desfavorable para esta, puesto que fueron desestimadas sus reclamaciones por daños legales y honorarios de abogados. Luego, presentaron una segunda demanda enmendada, los demandados presentaron contrademandas, y finalmente, 2K Games, Inc & Take-Two Interactive Software, Inc. introdujeron un juicio sumario solicitando que se desestimara la demanda por infracción de derechos de autor, así como una sentencia declaratoria a favor de los demandados por uso mínimo y uso leal, lo cual fue declarado por el Tribunal.

## **Análisis del caso**

Antes de entrar en detalles, es fundamental resaltar que uno de los aspectos más importantes de este caso es que el tribunal nunca se pronunció con respecto a si los tatuajes podrían considerarse o no como obras protegidas por el derecho de autor, sino que esto fue totalmente asumido desde el inicio, siendo una de las pruebas del caso los Certificados de Registro de las obras (los tatuajes objeto de disputa) emitidos por la Oficina de Derechos de Autor de los Estados Unidos (EEUU).

Con respecto a los tatuajes como tal, la sentencia hace referencia a las declaraciones de una de las expertas de la parte demandada, Nina Jablonski, la cual estableció que los tatuajes “reflejan la expresión personal de la persona que lleva el tatuaje, y son creados para ese propósito.” (Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York, 2020, p.3) En ese sentido, durante el desarrollo del caso se presentaron declaraciones juradas de los tres tatuadores que crearon los cinco tatuajes en disputa, a saber, Justin Wright, Deshawn Morris y Thomas Ray Cornett, y todos declararon: **i) saber que a quienes estaban tatuando eran famosos jugadores profesionales de la NBA; ii) aceptar y querer que cuando dichos jugadores aparecieran en público mostrarán sus tatuajes; iii) tener la intención de que los tatuajes pasaran a formar parte de la imagen de los jugadores; iv) que los jugadores eran y serán libres de utilizarlos y mostrarlos de la forma en que quieran**, incluso permitiendo que otros los representen o reproduzcan, entre otros, en televisión, anuncios, comerciales o videojuegos.

Esto es importante, considerando que aun cuando Solid Oak posee licencias exclusivas para cada uno de los tatuajes, no es titular de ningún derecho publicitario o marcario sobre la imagen de los jugadores, y estos, en razón de su profesión, han otorgado a la NBA el derecho a conceder licencias sobre su imagen a terceros, y la NBA concedió dicha licencia a Take-Two, lo cual, al ser un ejercicio de sus derechos personalísimos de

imagen, no puede verse privado por los derechos del titular de una obra que se encuentra plasmada en su propio cuerpo, puesto que se trata de un soporte no tradicional de la obra.

Así, a lo largo de todo el juicio, los alegatos de la demandada se basaron en demostrar al tribunal que los tatuajes no eran la parte central del juego, ni la razón por la cual los usuarios lo adquirirían; además del hecho de que su inclusión se da por un tema de brindar una mejor y más exacta experiencia al jugador, ya que se incluyen desde los sonidos de los pasos en la cancha y del público, hasta los entrenadores, las cheerleaders, entre muchos otros.

Adicionalmente, se demostró que los usuarios nunca llegan a ver los tatuajes de forma clara durante el desarrollo del juego, no solo por el hecho de que nunca son representados separados del cuerpo de los jugadores -los cuales deben ser elegidos entre más de 400 opciones-, sino también por el hecho de que cuando son seleccionados, pueden ser tapados por otros avatares, los cuales se encuentran constantemente haciendo movimientos erráticos en la cancha, o por cualquier otro aspecto del desarrollo del juego. A continuación, se verá el análisis realizado por el tribunal con respecto al uso mínimo, la licencia implícita de uso y el *fair use* o uso leal.

### **De Minimis Use o Uso mínimo**

En las acciones por infracciones de derechos de autor, el accionante debe probar dos aspectos: en primer lugar, que el demandado efectivamente ha copiado la obra del demandante, y luego, que la copia presenta una similitud sustancial con los elementos protegibles de la obra del demandante, entendiendo que para que exista una similitud sustancial, la porción copiada debe ser más que “de *minimis*”.

En el presente caso, ningún juzgador podría considerar que los tatuajes tal y como aparecen en el videojuego presentan una similitud sustancial con los diseños de los que

Solid Oak Sketches es titular, puesto que fueron reducidos en tal proporción que ni siquiera pueden detallarse, es decir, se puede ver que los jugadores poseen tatuajes en su piel, pero no diferenciarlos. Adicionalmente, los tatuajes se encuentran en tres (03) jugadores, de más de cuatrocientas (+400) opciones disponibles para elección de los usuarios, de acuerdo con la sentencia, sólo entre el 0,000286% y 0,000431% de la data del videojuego correspondía a tatuajes, y los tatuajes no aparecen en ninguno de los materiales de marketing del juego. Así, quedó evidenciado en juicio que se trata de un uso mínimo, con el mero propósito de brindar una mejor experiencia de juego al usuario.

### **Licencia implícita**

Los demandados argumentaron que la reclamación por infracción de derechos de autor debía desestimarse en razón de que los jugadores estaban autorizados a través de una licencia implícita por parte de los tatuadores para incluir los tatuajes como parte de su imagen, y que “cualquier restricción para explotar comercialmente la obra de arte subyacente debería hacerse incluido en los acuerdos de licencia de los tatuajes” (*Solid Oak Sketches, LLC v. 2K Games, Inc. & Take Two Interactive Software, Inc.*, 2016). Esto último tiene sentido y relevancia cuando hablamos del soporte material de una obra, sin embargo, siendo los tatuajes obras fijadas en el cuerpo de una persona viva, no es lo suficientemente exacto, puesto que los derechos de autor no pueden violentar los derechos personalísimos ni la capacidad de decisión que tiene cada quien sobre su cuerpo.

En opinión de la juzgadora, considerando que los tatuadores no solicitaron ni aceptaron limitar la exhibición o representación de las imágenes de los tatuajes en sus cuerpos, efectivamente se trataba de una licencia implícita que pudo usarse en favor de los desarrolladores de “**NBA 2K**” para utilizar sus tatuajes como parte de su imagen, la cual fue otorgada con anterioridad a la concesión de derechos sobre los tatuajes a Solid Oak Sketches por parte de la Oficina de Derechos de Autor de los Estados Unidos.

Al respecto, aun cuando es bien sabido que Estados Unidos posee un sistema totalmente distinto al venezolano, es necesario destacar el peligro de una figura tal como una “licencia implícita”, puesto que la autorización, el objeto y alcance de los derechos otorgados debe ser expreso, especialmente si lo que se encuentra en discusión es algo tan delicado como el cuerpo humano, una persona, entre otros.

### ***Fair Use o Uso Justo***

La Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos establece como límites a los derechos exclusivos de autor el criterio del uso justo, el cual establece lo siguiente:

(..) el uso justo de una obra protegida por derechos de autor... con fines de crítica, comentario, información periodística, enseñanza..., o investigación, no constituye una infracción de los derechos de autor. Para determinar si el uso que se hace de una obra en un caso particular es un uso legítimo, los factores a considerar incluirán:

- (1) el propósito y el carácter del uso, incluyendo si dicho uso es de naturaleza comercial o tiene fines educativos no lucrativos;
- (2) la naturaleza de la obra protegida;
- (3) la cantidad y sustancialidad de la parte utilizada en relación con la obra protegida en su conjunto; y
- (4) el efecto del uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra protegida. (Ley Sobre el Derecho de Autor de los Estados Unidos, 1976, § 107)

A continuación, se hará un repaso de cada factor de acuerdo con el análisis del tribunal:

- (1) Al hablar del propósito y carácter del uso, los tribunales consideran si el supuesto uso infractor es “transformativo”, es decir, i) si las dos obras tienen propósitos

diferentes, ii) el tamaño de las reproducciones, iii) si se minimiza el valor expresivo del material reproducido; y iv) la proporción del material copiado.

Con respecto al primer punto, los tatuajes fueron creados originalmente con el propósito de que los jugadores se expresaran a través del arte corporal, mientras que los demandados reprodujeron los tatuajes en el videojuego para representar de forma más exacta a los jugadores. En ese sentido, las pruebas demuestran que los tatuajes fueron incluidos en el juego por razones distintas a por las cuales fueron originalmente creados.

Luego, al hablar del tamaño de las reproducciones, es evidente que los desarrolladores de **“NBA 2K”** los redujeron significativamente, puesto que su única función es mostrar que esos jugadores tienen tatuajes -como en la vida real-.

Con respecto a si se minimiza o no el valor expresivo, la parte demandada demostró que se minimiza totalmente, puesto que esa no fue la razón por la cual se incluyeron en primer lugar, sino para recrear con la mayor exactitud posible la imagen de determinados jugadores de la NBA.

Por último, sobre la proporción del material copiado, los tatuajes constituyen una porción intrascendente de **“NBA 2K”**. Solo aparecen en tres jugadores de cuatrocientos. Los usuarios pueden ver que los jugadores tienen tatuajes, pero no pueden identificar los tatuajes específicos.

En ese sentido, se concluyó que el uso de los tatuajes en el videojuego es completamente transformativo, declarando que se cumple con este factor de uso leal.

**(2)** Al considerar la naturaleza de la obra y si esta propicia el uso legítimo, los tribunales evalúan dos aspectos: primero, si la obra es expresiva/creativa o más factual, y

luego, si la obra está publicada o no. Así, considerando la fama y reputación de los jugadores, es evidente que los tatuajes fueron previamente publicados, y por otro lado, siendo que los diseños de los tatuajes son representaciones de objetos comunes y patrones frecuentes, las obras son más fácticas que expresivas. Adicionalmente, ninguno de los tatuadores declaró que los tatuajes estuvieran basados en características únicas o expresivas, tanto así que uno de los tatuajes de LeBron James fue creado a partir de un tatuaje preexistente en su brazo, y el tatuaje de Kenyon Martin fue copiado de un diseño que se encontraba en las paredes y libros del estudio del tatuador.

Respecto de este caso de LeBron James, siendo que este solicitó expresamente se hiciera una modificación a una obra preexistente en su cuerpo, se evidencia que el derecho moral de integridad no puede sobreponerse al derecho que tiene el individuo de hacer cambios en su cuerpo.

Así, el segundo factor también se concedió en favor del uso legítimo.

**(3)** Respecto de la cantidad y sustancialidad de la parte utilizada en relación con la obra protegida en su conjunto, el Tribunal considera si el uso secundario emplea más obra protegida por derechos de autor de lo necesario, y si la copia fue excesiva en relación con cualquier propósito válido afirmado bajo el primer factor. En este caso, considerando que el propósito de la reproducción fue crear una experiencia de juego realista, no hubiese tenido sentido hacerlo de forma parcial, puesto que no se hubiese cumplido con este. Sin embargo, a pesar de que fue una reproducción total, el tamaño de los tatuajes fue reducido a tal nivel, que a simple vista no es posible reconocerlos, ya que sus dimensiones son muy pequeñas. En ese sentido, no hubo razones para que el tercer factor fuese valorado en contra del uso legítimo.

(4) Este factor se centra en si la copia trae al mercado una obra sustituta de la original, de modo que se prive al titular de la posibilidad de obtener ingresos significativos por la preferencia de los compradores por la copia. En este caso, el uso de los tatuajes en el videojuego de ninguna manera pueden ser sustitutos de los diseños originales, por lo que el uso mínimo de los diseños en el videojuego no podría privar los derechos del titular de derechos de ganancias significantes, porque los potenciales compradores no podrían “optar por adquirir la copia por encima del original” (*Solid Oak Sketches, LLC v. 2K Games, Inc. & Take Two Interactive Software, Inc.*, 2016). En ese sentido, el cuarto factor también fue considerado en favor del uso legítimo.

Así, en razón de todo lo antes expuesto, el Tribunal concedió a **2K Games, Inc & Take Two Interactive Software, Inc** la sentencia sumaria sobre sus demandas, y el mismo declaró que el uso de los tatuajes en las versiones del videojuego “**NBA 2K**” es *de minimis* y de uso justo y, por tanto, no infringe los derechos de autor del demandante.

A pesar de que esta acción no fue presentada directamente por los tatuadores sino por una empresa de licenciamiento de tatuajes, y que los tatuajes se encuentran plasmados en los cuerpos de figuras públicas, esta sentencia es, sin duda, la más reconocida con respecto a la protección de los tatuajes por la vía de la Propiedad Intelectual, ya que se sentaron bases con respecto al tratamiento de los tatuajes como obra protegida por el Derecho de Autor.

Siendo que se trata de una decisión reciente, aún no se han suscitado otros casos o publicado decisiones que hablen del tema, especialmente de asuntos como la licencia implícita, ya que no se conoce el alcance de la misma, a quienes aplica, en qué medida

interviene el “lienzo” o persona tatuada, qué ocurre si la persona tatuada no es famosa, hasta donde llegan los derechos de imagen, entre muchos otros.

Para el objeto de esta investigación, esta sentencia sienta un precedente para determinar que, en primer lugar, el tatuaje es efectivamente una obra protegida por el derecho de autor, y en segundo lugar, que los derechos del autor o titular de derechos pueden tener excepciones o límites (a pesar de que no se les dé el mismo tratamiento en EEUU que en Venezuela).

### **Propuesta de lineamientos para el tratamiento del tatuaje como obra protegida por el Derecho de Autor en Venezuela y los límites y alcances de los derechos morales de los tatuadores**

De la realización de la presente investigación, se pueden establecer en el ámbito de los tatuajes los siguientes lineamientos para su tratamiento:

1. De acuerdo con lo establecido en la Ley Sobre el Derecho de Autor, no queda duda de que el tatuaje puede ser una obra de carácter artístico susceptible de protección por el Derecho de Autor, siempre y cuando cumpla con los criterios de originalidad necesarios y suficientes para ello. En ese sentido, es importante resaltar que **no todo tatuaje es una obra**, ya que se debe distinguir el mero tatuaje del tatuaje como obra artística, siendo que existen tatuajes con fines estéticos (por ejemplo, el tatuaje de cejas en mujeres y hombres que las han perdido), informativos (vgr. tipo de sangre o condiciones de salud tatuadas en la piel), o simplemente representaciones gráficas que no pueden considerarse como originales.
2. Si bien su caso debe tener consideraciones particulares, el cuerpo humano si puede considerarse como el soporte material o medio de expresión tangible de una obra,

puesto que aun cuando los tatuajes pueden ser retirados o modificados, en principio están diseñados para durar para siempre en la piel del tatuado.

3. La presunción establecida en el artículo 59 de la LSDA que refiere que el tatuaje es una obra por encargo es válida en el caso de los derechos patrimoniales, pero no suficiente para abarcar lo que ocurre con los derechos morales de autor, entendiendo que el soporte material es, efectivamente, la piel de una persona viva.
4. Considerando la importancia e implicación jurídica tanto de los derechos personalísimos como de los derechos morales, así como lo establecido en la legislación venezolana, no puede existir una figura como la licencia implícita de derechos, sino que todas deben hacerse de forma escrita, precisa y expresa.
5. Los derechos morales de autor, a pesar de su carácter de inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles, no pueden sobrepasar y violentar los derechos personalísimos de la persona tatuada, por lo que, en este caso en particular, encuentran límites importantes a su ejercicio, a saber:
  - a. El derecho de divulgación y al inédito se ve limitado, puesto que, al ser el lienzo el cuerpo de una persona viva, deja de ser un derecho exclusivo del autor, considerando que este no puede obligar a la persona tatuada a mantener la obra en secreto hasta que él lo decida, ni tampoco se encuentra en capacidad de autorizarlo o no para hacerlo, ya que violaría su derecho a la libre personalidad.
  - b. El derecho de paternidad y al anónimo presentan complicaciones y limitaciones de carácter práctico, puesto que, si bien su ejercicio no representa ningún perjuicio a los derechos personalísimos de la persona tatuada, es complejo asegurarse de que esta reconozca la paternidad del autor dondequiera que vaya.

- c. El derecho de integridad se ve totalmente condicionado en el caso de los tatuajes, puesto que la persona tatuada es completamente libre de hacer, modificar e incluso remover lo que sea que decida ponerse en su piel, y el derecho moral de autor no puede superar o sobrepasar dicha libertad.
  - d. El derecho de retracto o arrepentimiento, al igual que el derecho de integridad, encuentra una limitación total en el caso de los tatuajes, puesto que los derechos de libertad de pensamiento y a cambiar de opinión no pueden solapar las libertades de la persona que lleva el tatuaje en su piel.
  - e. El derecho de acceso a la obra se ve limitado puesto que en el caso de los tatuajes el soporte material no pertenece a un tercero, sino que es un tercero, por lo que se vuelve más complicado el ejercicio del mismo. En ese sentido, el autor no puede obligar a la persona a que le de acceso a la obra plasmada en su cuerpo cuando este lo solicite, o en caso de poder hacerlo, se debe considerar si el lugar en el que se encuentra la obra es una parte íntima o privada del cuerpo del tatuado.
6. Considerando los límites anteriormente descritos, así como la preponderancia de los derechos personalísimos, en el caso de los tatuajes no es posible aplicar el principio rector: *“En caso de duda hay que favorecer al autor”*.

Así, estos lineamientos se plantean como el primer esbozo para la importante y necesaria regulación del tatuaje como obra susceptible de protección por el Derecho de Autor en Venezuela, considerando las particularidades que deben preverse por el tipo de soporte en el que van fijados, lo que permitirá a los tatuadores estar al tanto de sus límites y alcances al momento de plasmar una obra en la piel de una persona, así como también que las personas tatuadas conozcan sus derechos y deberes, brindando así protección tanto a los creativos como a los clientes y consumidores de esta industria tan específica.

## Capítulo VI. Conclusiones y Recomendaciones

A partir del análisis exhaustivo realizado en el presente TEG, se puede concluir que, efectivamente, el tatuaje es una obra artística susceptible de protección por el Derecho de Autor, y que a pesar de que los derechos morales tienen la característica de ser inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles, existen límites a su ejercicio en el caso de los tatuajes, debido a que el soporte material de la obra es la piel de una persona, lo que otorga una obvia preponderancia a los derechos personalísimos por sobre los derechos morales.

La principal problemática respecto al desarrollo de este tema es la falta de información, y a pesar del análisis realizado de la poca jurisprudencia y casos disponibles, específicamente en Estados Unidos, para identificar el tratamiento que se le ha dado a este tema en otras jurisdicciones, se evidencia que, aun siendo un punto de partida, no es suficiente, ya que el sistema anglosajón no le da el mismo tratamiento a los derechos morales que el que se le da en Venezuela.

Así, la escasez de información y precedentes jurisprudenciales en relación con el tratamiento de los tatuajes como obras protegidas por el derecho de autor en Venezuela es evidente, lo cual resalta la necesidad de desarrollar una legislación y lineamientos específicos que aborden esta cuestión de manera integral en el contexto legal venezolano, y es por lo cual se hace el presente aporte.

Los lineamientos presentados en el presente trabajo para el tratamiento del tatuaje como obra protegida por el derecho de autor en Venezuela representan un punto de partida para el desarrollo y la regulación de este tema en el país. Se reconoce que, debido a que se trata del cuerpo de una persona, existen especificidades que deben tomarse en cuenta para cada caso, lo que demanda una atención detallada y sensible a las particularidades de cada obra tatuada.

Se ha observado que la figura de la obra realizada por encargo, si bien aplica para los derechos patrimoniales del autor del tatuaje, no abarca de manera suficiente los derechos morales del autor, por lo que debe dárseles un tratamiento separado y diferente.

Estas conclusiones resaltan la necesidad urgente de investigar y abordar esta temática de manera integral y específica en el marco legal venezolano, con el fin de garantizar tanto la protección del trabajo creativo de los tatuadores como el respeto a los derechos personalísimos de los individuos tatuados, quienes son los actores que le dan vida a la industria en el país.

Así, en el caso de los tatuadores se recomienda, en primer lugar, el asesoramiento por parte de especialistas en la materia que les puedan brindar dentro del espectro de las limitaciones antes expuestas, todas las posibilidades de protección para el buen desarrollo y reconocimiento de su trabajo, lo que permitirá una mayor comprensión de su situación como artistas.

En relación con lo anterior, al momento de concretar servicios con los clientes, se recomienda la celebración de contratos de licencia o de cesión de derechos, ambos de forma escrita, en donde se plasmen de forma precisa y expresa todos los aspectos relativos a los derechos y obligaciones que allí se pactan en relación con sus creaciones, tanto desde el punto de vista patrimonial como moral, sin dejar a la libre interpretación ninguna disposición, tomando en cuenta el principio de interpretación restrictiva de los contratos. Adicionalmente, se recomienda que dichos contratos prevean aspectos como, por ejemplo, qué ocurre con respecto a los derechos de imagen si la persona a quien se le hace el tatuaje es una figura pública; alternativas para los casos en que la persona tatuada deba aparecer en películas, cortometrajes, videojuegos, anuncios publicitarios, etc.; la posibilidad de reflejar el nombre del tatuador en los créditos, o incluso, la posibilidad de poder firmar el propio tatuaje con su nombre.

Finalmente, es importante resaltar que este tema amerita la evaluación de cada caso de forma independiente y autónoma, puesto que a pesar de que pueda existir una base o punto de partida para el tratamiento de los tatuajes y la solución de controversias, cada caso tiene sus particularidades que deben ser tomadas en cuenta y sobre las cuales no cabe generalización, y por ello es preciso una evaluación precisa de cada situación, tomando en cuenta todos los detalles que pudieran surgir por los derechos implicados en el ámbito de los tatuajes.

## Referencias

Alvarado, V. (10-11 de julio de 2002). *El Derecho de Autor en los tratados administrados por la OMPI y en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC)*. [Resumen de la presentación de la conferencia] Seminario de la OMPI para los países andinos sobre la observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual en frontera, Bogotá, Colombia.

[https://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi\\_pi\\_sem\\_bog\\_02/ompi\\_pi\\_sem\\_bog\\_02\\_3.doc](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_pi_sem_bog_02/ompi_pi_sem_bog_02_3.doc)

Antequera Parilli, R. (2001). *Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*. Escuela Nacional de la Judicatura.

Antequera Parilli, R. (2007). *Autoría y titularidades. Obra por encargo. Concepto*. Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe – CERLALC. *Selección y disposición de las materias y comentarios* [Archivo PDF].

<https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/110.pdf>

Antequera Parilli, R. (2007). *El derecho moral. Naturaleza jurídica*. Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe – CERLALC. *Selección y disposición de las materias y comentarios* [Archivo PDF].

<https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/206.pdf>

Antequera Parilli, R. (2007). *Obra artística. Soporte material. Titularidad*. Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe – CERLALC. *Selección y disposición de las materias y comentarios* [Archivo PDF].

<https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/373.pdf>

- Antequera Parilli, R. (2007). *Obra y soporte material. Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe – CERLALC. Selección y disposición de las materias y comentarios* [Archivo PDF]. <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/172.pdf>
- Antequera Parilli, R. (2009) *El derecho moral. Marco conceptual. Contenido. Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe – CERLALC. Selección y disposición de las materias y comentarios* [Archivo PDF]. <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/1413.pdf>
- Betancourt, Pérez & Martín (2019). *Tatuajes: una moda con riesgos* [Archivo PDF]. <https://www.medigraphic.com/pdfs/medicadelcentro/mec-2019/mec193r.pdf>
- Cambridge. (2023). Tatuaje. *Diccionario de Cambridge*. Recuperado en 13 de mayo de 2023, de: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-spanish/tattoo>
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela [CRBV]. Artículo 22. 30 de diciembre de 1999 (Venezuela).
- Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas. Artículo 6 bis. Enmendado el 28 de septiembre de 1979.
- Córdoba, H. (2017) *Investigación Cualitativa* [Archivo PDF]. <https://digitk.areandina.edu.co/bitstream/handle/areandina/3556/Investigaci%C3%B3n%20cualitativa.pdf>
- Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York. Sentencia Nro. 16-CV-724-LTS-SDA; 26 de marzo de 2020.
- D'Jesús, A. (2020). *La obra por encargo como caso de excepción a la excepción del principio de formalidad escrita prevista en el ecosistema de presunciones legales de*

*la Ley Sobre el Derecho de Autor* [Archivo PDF].

[http://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/47323/articulo2\\_DOI.pdf?sequence=7&isAllowed=y](http://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/47323/articulo2_DOI.pdf?sequence=7&isAllowed=y)

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 27.2. 10 de diciembre de 1948.

Domínguez, M. (s.f.). *Aproximación al estudio de los Derechos de Personalidad* [Archivo

PDF]. <https://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2021/04/Revista-de-Derecho-N%C2%B0-7-59-321.pdf>

Fuentes, F. (2007). *La protección del autor de obras plásticas en Venezuela* [Archivo PDF].

<https://ve.scielo.org/pdf/rcs/v13n1/art11.pdf>

Guerrero, M. (2016). *La Investigación Cualitativa* [Archivo PDF].

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5920538.pdf>

Instituto de Autor de España (2022). *Practicum Propiedad Intelectual 2023*. Editorial Aranzadi.

[https://www.google.co.ve/books/edition/Practicum\\_Propiedad\\_Intelectual\\_2023/lz6oEAAAQBAJ?hl=en&gbpv=0](https://www.google.co.ve/books/edition/Practicum_Propiedad_Intelectual_2023/lz6oEAAAQBAJ?hl=en&gbpv=0)

Ley sobre el Derecho de Autor. 1 de octubre de 1993. Gaceta Oficial N° 4.638 Extraordinario.

Lipszyc, D. (s.f.). *Derechos Morales* [Archivo PDF].

[https://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/Publicacion\\_oficial/MEMORIA\\_SEMINARIO SOBRE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS/Memoria\\_5.pdf](https://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/Publicacion_oficial/MEMORIA_SEMINARIO SOBRE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS/Memoria_5.pdf)

Lipszyc, D. (1993). *Derechos de autor y derechos conexos*. CERLALC.

[https://www.google.co.ve/books/edition/Derecho\\_de\\_autor\\_y\\_derechos\\_conexos/q](https://www.google.co.ve/books/edition/Derecho_de_autor_y_derechos_conexos/q)

[d30DwAAQBAJ?hl=en&gbpv=1&dq=que+es+el+derecho+de+paternidad+derecho+moral&pg=PT111&printsec=frontcover](http://d30DwAAQBAJ?hl=en&gbpv=1&dq=que+es+el+derecho+de+paternidad+derecho+moral&pg=PT111&printsec=frontcover)

Martínez, A. & Villarreal, I. (2001). *La cláusula enunciativa de los derechos humanos en la constitución venezolana* [Archivo PDF]. <http://www.tsj.gob.ve/documents/10184/170769/Revista+de+Derecho+N%C2%B0+3/8b2efda6-780e-4820-978e-b9303145edb8>

Oficina de Derechos de Autor de los Estados Unidos. (2021). *Obra hecha por encargo* [Archivo PDF]. <https://www.copyright.gov/circs/circ30.pdf>

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2016). *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos* [Archivo PDF]. [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo\\_pub\\_909\\_2016.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_909_2016.pdf)

Pérez, M. (2014). *Tinta y Piel en Castellón. Un viaje por la cultura del tatuaje* [Archivo PDF]. [https://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/110619/TFM\\_2013\\_perezM.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/110619/TFM_2013_perezM.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Real Academia Española. (2023). Obra. Soporte. Tatuaje. *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 13 de mayo de 2023, de: <https://dle.rae.es/obra>

Roselló, R. (2014). *Las obras inéditas* [Archivo PDF]. [https://www.editorialreus.es/media/pdf/primeraspaginas\\_9788429018172\\_obrasineditanonimasseudonimaspostumasyhuerfanas.pdf](https://www.editorialreus.es/media/pdf/primeraspaginas_9788429018172_obrasineditanonimasseudonimaspostumasyhuerfanas.pdf)

Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Este de Missouri. Caso: 4:11-cv-00752-CDP, Doc #56; 21 de junio 2011.

Universidad Pedagógica Experimental Libertador. (2016). *Manual de trabajos de grado de especialización y maestrías y tesis doctorales* [Archivo PDF].  
<https://es.slideshare.net/mirnalitaquirrez/manual-upel-2016-1pdf>

Uribe, M. (2007). *El derecho de autor en las obras creadas por encargo y en el marco de una relación laboral* [Archivo PDF].  
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3704901.pdf>

## Apéndice

### INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

**Título del trabajo: “El tatuaje como obra protegida por el derecho de autor:  
Límites y alcances de los derechos morales del tatuador”**

Las respuestas al presente instrumento serán utilizadas con fines exclusivamente académicos para el desarrollo del Trabajo Especial de Grado identificado previamente en el encabezado. Por medio del presente, usted acepta y autoriza la utilización de sus respuestas para dicho fin, para lo cual se le citará apropiadamente en el desarrollo de la investigación.

Nombre: Manuel Antonio Rodríguez

Cédula: V-7.320.521

Yo, MANUEL ANTONIO RODRÍGUEZ, por medio del presente acepto y autorizo la utilización de la información aquí suministrada para el desarrollo de la investigación llevada a cabo por la Abogada Victoria Quintero Aguirre, C.I. V-26.499.631.

**Manuel  
Rodríguez**

Firmado digitalmente por  
Manuel Rodriguez  
Fecha: 2023.06.28 18:39:06  
-04'00'

**Por favor, lea cuidadosamente todas las preguntas y responda:**

**1. En su opinión, ¿qué es una obra?**

*“Toda manifestación del talento humano, de índole literaria, artística o científica, dotada de tal originalidad que le permita diferenciarse de otras, cargando en sí la impronta del autor, no importando su mérito, género o destino”*

El anterior concepto lo tengo en revisión, dada la intervención de la Inteligencia Artificial Generativa 3.0, en el proceso de creación y concreción de la obra

**2. ¿Cree usted que los tatuajes pueden ser considerados obras protegidas por el Derecho de Autor? Justifique**

Si, en tanto tenga la originalidad suficiente y necesaria. Es el único requisito que la Doctrina Moderna exige.

3. **En caso afirmativo, ¿cree usted que la protección del tatuaje como obra supone límites para los derechos morales del autor? Por favor explique, según su criterio, qué ocurre para cada uno de ellos (Derechos de paternidad, integridad, modificación de la obra ya divulgada, retracto o arrepentimiento, de acceso a la obra)**

No supone límites al ejercicio de los derechos morales de una obra susceptible de protección legal, como son los tatuajes. Si los hubiere, lo cual desconozco, deben ser explícitos y contemplados en una norma legal.

A ello debe sumarse el contenido del Artículo 5º de la Ley sobre Derecho de Autor, como argumentación sólida de la inexistencia de tales límites.

Planteamiento distinto es la dificultad en la observancia de tales derechos, respecto a distintas situaciones que pueden plantearse.

4. **¿Conoce usted de doctrina a nivel nacional o internacional que trate sobre la protección de los tatuajes como obras protegidas por el Derecho de Autor? En caso afirmativo, por favor mencione el nombre del autor y de la obra**

No corresponde a mi línea de investigación.

Lo que he leído está en blog, portales y escuchado en podcast

Nada que corresponda un estudio o planteamiento que se pueda considerar Doctrina.

Sin embargo, es muy reconocida

**Causa Rogers c. Grimaldi 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989)**, el tribunal desarrolló una prueba para determinar cuando el uso de una marca requiere autorización previa.

1º. - Si es "artísticamente RELEVANTE para la obra del demandado"

2º. - SI es explícitamente ENGAÑOSO

5. **¿Conoce usted de jurisprudencia a nivel nacional o internacional que trate sobre la protección de los tatuajes como obras protegidas por el Derecho de**

**Autor? En caso afirmativo, por favor especifique el país, las partes, o cualquier otra información que sirva para identificarla**

No corresponde a mi línea de investigación.

Sin embargo, hay casos icónicos **NBA 2k16 vs Solid Oak Sketches**, pero de los cuales carezco las respectivas sentencias judiciales:

Generalmente este tipo de información proviene de reseña o artículos periodísticos

**6. En su opinión, tratándose del cuerpo humano, ¿considera usted que es otorgada una licencia implícita por parte del tatuador al tatuado una vez que se realiza la obra?**

No existe en nuestra legislación las licencias implícitas. Esta “figura jurídica” la desconozco.

Existen son las presunciones legales claramente contempladas en los artículos 7,15,16,17 y 59 de la Ley sobre el Derecho de Autor.

Adicional, hay que tener siempre presente el principio rector: “En caso de duda hay que favorecer al autor”

**7. Comentarios/Información adicional (Por favor, indique en este espacio cualquier información que no haya podido responder en cualquiera de las preguntas anteriores y que considere de interés para el tema de investigación)**

## INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

### Título del trabajo: “El tatuaje como obra protegida por el derecho de autor: Límites y alcances de los derechos morales del tatuador”

Las respuestas al presente instrumento serán utilizadas con fines exclusivamente académicos para el desarrollo del Trabajo Especial de Grado identificado previamente en el encabezado. Por medio del presente, usted acepta y autoriza la utilización de sus respuestas para dicho fin, para lo cual se le citará apropiadamente en el desarrollo de la investigación.

Nombre: HERNÁN GARCÍA-TORRES. Cédula: V-11.376.112.

Yo, HERNÁN GARCÍA-TORRES, por medio del presente acepto y autorizo la utilización de la información aquí suministrada para el desarrollo de la investigación llevada a cabo por la Abogada Victoria Quintero Aguirre, C.I. V-26.499.631.



Firma:

Fecha: 24/11/2023

**Por favor, lea cuidadosamente todas las preguntas y responda:**

#### 1. En su opinión, ¿qué es una obra?

Es toda creación literaria, artística o científica que sea producto del trabajo intelectual de una o varias personas, en la que se evidencien y aprecien elementos de originalidad basados en la imaginación, individualidad y emoción impresas en el resultado final, sin sujeción al género, forma de expresarla, mérito o el destino para el cual se han llevado a cabo.

#### 2. ¿Cree usted que los tatuajes pueden ser considerados obras protegidas por el Derecho de Autor? Justifique

Siendo que el tatuaje (como resultado o producto final) en sí comporta la acción de “tatuarse”, la cual en sí misma significa << según la RAE >> en grabar dibujos en la piel humana con sustancias o pigmentos colorantes, sin duda considero que los tatuajes pueden considerarse como una obra del ingenio protegida por el DA. Como justificación legal simplemente hay que señalar lo que la Ley sobre el

Derecho de Autor vigente, en su artículo 2 protege enunciativamente, entre otras, protege los dibujos y los grabados, que básicamente son los procedimientos utilizados en este tipo de expresión artística.

Como toda obra del ingenio humano hay limitaciones y excepciones, para considerarlos como tal, deben ser revisados los elementos de originalidad que se reflejan en un tatuaje, p.ej. No es lo mismo un tatuaje del nombre de tu mascota con una fuente ARIAL y en color azul, que una interpretación cubista que hace el artista o el cliente comitente (lienzo) de la última cena de Jesús...

**3. En caso afirmativo, ¿cree usted que la protección del tatuaje como obra supone límites para los derechos morales del autor? Por favor explique, según su criterio, qué ocurre para cada uno de ellos (Derechos de paternidad, integridad, modificación de la obra ya divulgada, retracto o arrepentimiento, de acceso a la obra)**

De primera mano, supone límites en el ejercicio de ambos derechos, tanto patrimoniales como morales, todo ello motivado a la particular forma de expresión que comporta este arte, es decir, el soporte material que contiene la obra <<es la piel de una persona viva>>.

Sin embargo, el artista tatuador podría prever ciertas limitaciones, por ejemplo con la firma de acuerdos, con el registro de sus dibujos, con declaraciones firmadas, entre otros.

En los casos referidos al Derecho de Paternidad: En primera instancia el artista no podría controlar ni obligar al "lienzo" que le reconozca su autoría en todo momento, sin embargo, este podría tomar fotos de sus diseños terminados e incorporarlos a su catálogo, pero de esto surgirían problemas en cuanto a la mención de la persona que lleva el tatuaje, si es una persona famosa, entraríamos en una diatriba, ya que se voltearía entonces la tortilla debido a que el tatuador (si menciona y/o toma fotos donde se reconozca a la persona famosa) podría vulnerar los derechos de imagen de la persona y para esto se debe contar con autorización.

Límites en el Derecho de Integridad / modificación de la obra divulgada: Por la misma naturaleza de este arte, el tatuador se vería limitado de ejercer este derecho también, en el sentido de no poder impedir cualquier modificación, borrado, alteración del tatuaje así como, no poder impedir que una persona tatuada por él, pueda cubrirlo y no mostrarlo más, si así lo desea.

En el Derecho de Retracto o Arrepentimiento: Por la naturaleza de este derecho, encuentro que más que una limitación, sería una imposibilidad.

En cuanto al Derecho de Acceso: Me parece limitado, sobre todo por todo lo que está relacionado con el soporte (piel). El ejercicio de este derecho reviste paralelamente el ejercicio del derecho patrimonial, por lo que el artista tendría que fundamentar muy bien su temor acerca del “soporte”. Siempre será potestad del tatuado permitir o no una foto (por ejemplo) o de los derechohabientes de este, el acceso *post mortem* a la obra (tatuaje).

4. **¿Conoce usted de doctrina a nivel nacional o internacional que trate sobre la protección de los tatuajes como obras protegidas por el Derecho de Autor? En caso afirmativo, por favor mencione el nombre del autor y de la obra**

Autor: Nicola Lucchi / Enrico Bonadio

*“Non-Conventional Copyright. Do new and Atypical Works Deserve Protection”.*

Autor: John Tehranian

*“Infringement Nation: Copyright 2.0 and You”*

5. **¿Conoce usted de jurisprudencia a nivel nacional o internacional que trate sobre la protección de los tatuajes como obras protegidas por el Derecho de Autor? En caso afirmativo, por favor especifique el país, las partes, o cualquier otra información que sirva para identificarla**

<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2016cv00724/452890/164/>

<https://blog.legalsolutions.thomsonreuters.com/wp-content/uploads/2011/05/Complaint-Whitmill-v-Warner-Bros.pdf>

6. **En su opinión, tratándose del cuerpo humano, ¿considera usted que es otorgada una licencia implícita por parte del tatuador al tatuado una vez que se realiza la obra?**

No, aunque en este supuesto podríamos estar frente a un caso de “Cesión a título gratuito” ese pacto o cesión **debe ser expreso**, no puede suponerse el otorgamiento de una licencia tácita.

7. **Comentarios/Información adicional (Por favor, indique en este espacio cualquier información que no haya podido responder en cualquiera de las**

**preguntas anteriores y que considere de interés para el tema de investigación).**

Tengo entendido que ya existen varias empresas (sobre todo en USA) que luego de la muerte de una persona que estaba tatuada, ofrecen a los familiares el servicio de “desollar el cadáver” separando cuidadosamente la porción de piel que contiene el tatuaje, aplicando luego técnicas de preservación, posteriormente lo enmarcan y conservan como recuerdo del difunto a modo de “cuadro”, con lo cual, a mi entender el soporte material cambiaría y representaría todo un reto, sobre todo si en vida la persona fallecida y/o el tatuador son famosos, y si este “cuadro” es subastado o vendido posteriormente en el mercado del arte o a un coleccionista. Paralelamente resulta interesante lo que implican las cuestiones legales relativas al derecho de sucesiones en cuanto a la transmisión del derecho de autor y a la manipulación de restos humanos en este sentido.

También me parecería interesante abordar los supuestos que revestirían el ejercicio del derecho moral del artista, cuando una persona que haya tatuado cometa un delito o se ha visto como una persona de mala reputación y su obra se vea afectada de alguna manera con la mala exposición de este.

Trabajar las controversias que comportan el ejercicio de los derechos de autor frente a los derechos de la propia imagen del “lienzo” y recordando la máxima: “Tus derechos terminan, donde empiezan los derechos de los demás”...estos me parecen los verdaderos límites en este asunto.

Revisar los aspectos relacionados con la figura de las “Obras por encargo” o “*Work for hire*”, muchas veces los diseños de los tatuajes provienen de los propios lienzos quien se los da al artista.

## INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

### Título del trabajo: “El tatuaje como obra protegida por el derecho de autor: Límites y alcances de los derechos morales del tatuador”

Las respuestas al presente instrumento serán utilizadas con fines exclusivamente académicos para el desarrollo del Trabajo Especial de Grado identificado previamente en el encabezado. Por medio del presente, usted acepta y autoriza la utilización de sus respuestas para dicho fin, para lo cual se le citará apropiadamente en el desarrollo de la investigación.

Nombre: Rafael Fariñas, Cédula: 8.434.065

Yo, Rafael Fariñas, por medio del presente acepto y autorizo la utilización de la información aquí suministrada para el desarrollo de la investigación llevada a cabo por la Abogada Victoria Quintero Aguirre, C.I. V-26.499.631.



Firma: \_\_\_\_\_ Fecha: 02/01/2024

Por favor, lea cuidadosamente todas las preguntas y responda:

1. En su opinión, ¿qué es una obra?

**R.** Es una creación intelectual, en el ámbito literario y artístico, expresada en forma original a través de cualquier forma o procedimiento. La originalidad de la obra ha de entenderse acá como la impronta personal de su autor que la distingue de otra del mismo género.

2. ¿Cree usted que los tatuajes pueden ser considerados obras protegidas por el Derecho de Autor? Justifique

**R.** Si. Podrían ser protegidas como obras de creación visual como las pictóricas, por ejemplo, siempre que sean originales. Hay que tener presente que la originalidad es el atributo por excelencia para otorgar protección como obra en el ámbito del derecho de autor. Por lo tanto, un simple tatuaje que carezca de originalidad, no lo

sería. Cotter y Mirabole, afirman que los tatuajes han de ser fijados en un medio de expresión tangible (en este caso el cuerpo humano) y ser originales<sup>1</sup>.

3. En caso afirmativo, ¿cree usted que la protección del tatuaje como obra supone límites para los derechos morales del autor? Por favor explique, según su criterio, qué ocurre para cada uno de ellos (Derechos de paternidad, integridad, modificación de la obra ya divulgada, retracto o arrepentimiento, de acceso a la obra)

**R.** Si. En este sentido podríamos recurrir al criterio expresado por una Corte de Apelaciones de Bélgica, comentado por la Prof. Marie-Christine Janssens y citado por Eleonora Rosati<sup>2</sup> mediante el cual la Corte aplicó un razonamiento respecto de los derechos morales del tatuador. Consideró que éstos están subordinados a los derechos de personalidad de la persona tatuada. Dado que el tatuaje se realiza en un ser humano, tan pronto como el diseño se reproduce en el cuerpo, el autor del tatuaje pierde su derecho de divulgación y derecho de atribución sobre el tatuaje, así como su derecho a la integridad. Esto significa que, si la persona tatuada deseara eliminar o alterar el tatuaje, sería libre de hacerlo, sostuvo la corte. Sin embargo, también sostuvo que el derecho de autor subsiste en un tatuaje y la persona que lo realiza puede ser reconocido como autor, aludiendo por tanto al derecho moral de paternidad.

4. ¿Conoce usted de doctrina a nivel nacional o internacional que trate sobre la protección de los tatuajes como obras protegidas por el Derecho de Autor? En caso afirmativo, por favor mencione el nombre del autor y de la obra

**R.** Si, hay varios trabajos que podrían ser de interés sobre este tema. La mayoría de ellos en la doctrina internacional. Aquí menciono dos:

1. Drawing in Permanent Ink: A look at Copyright in Tattoos in the United States by Jordan S. Hatcher, JD, LL.M. Artículo disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=815116](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=815116)
2. *Written on the Body: Intellectual Property Rights in Tattoos, Makeup, and Other Body Art.* Ver: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1865871](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1865871) by Thomas Cotter and Angela Mirabole.

También recomiendo revisar los trabajos de seguimiento sobre este tema por la Profesora Eleonora Rosati en el blog The IPkat, que resume en este post: <https://ipkitten.blogspot.com/2018/09/copyright-and-tattoos-where-are-we-now.html>

---

<sup>1</sup> Thomas F. Cotter Angela M. Mirabole (2002-2003) *Written on the Body: Intellectual Property Rights in Tattoos, Makeup, and Other Body Art.* P. 103.

<sup>2</sup> Eleonora Rosati (2013: *More on Copyright in Tattoos: a Belgian precedent.* Disponible en: <https://ipkitten.blogspot.com/2013/08/more-on-copyright-in-tattoos-belgian.html>

5. ¿Conoce usted de jurisprudencia a nivel nacional o internacional que trate sobre la protección de los tatuajes como obras protegidas por el Derecho de Autor? En caso afirmativo, por favor especifique el país, las partes, o cualquier otra información que sirva para identificarla.

**R.** En la respuesta anterior hay bastante jurisprudencia que ha sido citada en los artículos recomendados y en los post de seguimiento de la Profesora Eleonora Rosati.

También podría ser de utilidad la lectura del caso: Victor Whitmill contra Warner Bros Entertainment Inc<sup>3</sup>. sobre el cual se hace referencia en el post titulado: *Trends in Copyright Litigation for Tattoos*, de Ben Natter y Jessica Sblendorio.

Adicionalmente, podría hacerse alguna referencia a los desacuerdos con relación a la naturaleza del cuerpo humano como medio de expresión, entre ellos el del profesor David Nimmer en la misma acción de Victor Whitmill V. Warner Bros. Entertainment, Inc, en el caso ya citado.

6. En su opinión, tratándose del cuerpo humano, ¿considera usted que es otorgada una licencia implícita por parte del tatuador al tatuado una vez que se realiza la obra?

**R.** Si, con una precisión. Tratándose del cuerpo humano como medio de expresión de la obra, hay que tener presente el derecho del tatuador y el derecho de la persona tatuada. El medio de expresión genera una especie de incompatibilidad material entre dos derechos: el del tatuador sobre su obra, y el de la persona que porta el tatuaje. De modo que la licencia implícita a que alude la pregunta se justificaría por el hecho de que el tatuaje se realiza en un cuerpo humano, como lo expresa la decisión de la Corte de Bélgica, de modo que el derecho de reproducción del tatuador cede ante el derecho de la personalidad, imagen, o el derecho que cada persona tiene sobre su propio cuerpo.

7. Comentarios/Información adicional (Por favor, indique en este espacio cualquier información que no haya podido responder en cualquiera de las preguntas anteriores y que considere de interés para el tema de investigación)

**R.** Ninguna

---

<sup>3</sup> BEN NATTER & JESSICA SBLENDORIO (2017): Trends in Copyright Litigation for Tattoos. Disponible en <https://ipwatchdog.com/2017/09/11/trends-copyright-litigation-tattoos/id=87607/>.