



Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Facultad de Jurisprudencia
Escuela de Derecho

Trabajo de Titulación previo a la obtención de título de abogado

Los Derechos morales y patrimoniales del tatuador

Autor/a:

Julio Andrés Casamen Nolasco

Director:

Ramiro Rodriguez

Diciembre del 2022

Quito - Ecuador

Abstract

Tattooing is currently an art that has become very popular, it had been existed since the origins of humanity in different cultures and had a great evolution to become that we know today.

From the first traces found on tattoos, we can see that they had multiple connotations depending on the culture, symbolizing positive or negative aspects in people's life's, but currently it is used as a form of art and body expression, reaching become part of people's identity.

In the present, many people are dedicated to this profession, some taking it like an art, and others like your lifestyle. Globalization has greatly influenced from the popularization of this art. Today we have many world-famous tattoo artists regardless of their nationality or origin, such as the Peruvian Stefano Alcántara, the American Kat Von D, the Colombian Carlos Angarita, the Russian Daria Pirojenko, the American Nikko Hurtado, and even Ecuadorian tattoo artists, such as Andres Bastidas (El Ajicero) and Paúl Aramayo.

In other hand, the tattoo being considered a type of work of art is susceptible to copyright, these oversee regulating and complying with the rights that arise with the different types of artistic creations and recognizes them moral and economic rights to their authors, establishing the limitations, exceptions, and scope of the same.

KEY WORDS: Tattoo, artistic works, copyright, intellectual property.

Resumen

El tatuaje en la actualidad es un arte que ha tomado mucha popularidad, este ha existido desde los orígenes de la humanidad en diferentes culturas, y ha tenido una gran evolución para llegar a ser lo que conocemos hoy en día.

Desde los primeros vestigios encontrados sobre tatuajes, podemos observar que han tenido múltiples connotaciones dependiendo de la cultura, simbolizando aspectos positivos o negativos dentro de la vida de las personas, pero en la actualidad es utilizado como una forma de arte y expresión corporal, llegando a formar parte de la identidad de las personas.

En la actualidad existe un gran número de personas que se dedican a esta profesión, unas tomándolo como un arte, y otras como un estilo de vida. La globalización ha influido mucho en la popularización de este arte, por lo que hoy en día tenemos muchos tatuadores con fama mundial independientemente de su nacionalidad o origen, como el Peruano Stefano Alcántara, la estadounidense Kat Von D, el colombiano Carlos Angarita, la Rusa Daria Pirojenko, el Estadounidense Nikko Hurtado, y hasta tatuadores Ecuatorianos, como Andres Bastidas (El Ajicero) y Paúl Aramayo.

Por otro lado, el tatuaje al haber evolucionado tanto y ser considerado un tipo de obra de arte es susceptible de derechos de autor, estos se encargan de la regulación y cumplimiento de los derechos que nacen con los diferentes tipos de creaciones artísticas, y les reconoce derechos morales y patrimoniales a sus autores, estableciendo las limitaciones, excepciones, y alcances de los mismos.

PALABRAS CLAVES: Tatuaje, obras artísticas, derechos de autor, propiedad intelectual.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de titulación busca destacar de una manera factible los derechos de autor que son aplicables para los tatuadores, con la finalidad de que estos puedan proteger sus obras artísticas, y obtener mayor información de los alcances y limitaciones de su trabajo como artistas dentro de las normas jurídicas.

En el territorio Ecuatoriano para temas de derechos autor rigen las distintas decisiones de la comunidad Andina y el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (COESC), que nos ayudaran a definir los tipos de obras, tomando en cuenta que a pesar de que los tatuajes no esten incluidos de manera expresa, observaremos que estos si entran en la categoria de obra artistica.

Es así que, este trabajo investigativo, está compuesto por dos capítulos: 1) El tatuaje dentro de la historia de la humanidad y 2) El tatuaje como obra susceptible de derechos de autor.

En el primer capítulo se trata el tatuaje desde su definición, su origen, su importancia en la sociedad actual y su evolución, viendo los distintos significados a través de su época y cómo ha llegado a tener una expansión y popularización global con el paso de los años, hasta los diferentes estilos más significativos actualmente.

En el segundo capítulo abordaremos el tatuaje como obra, su titularidad y autoría, planteamos los problemas jurídicos existentes para poder irlos resolviendo de acuerdo al análisis de los derechos de autor, viendo los derechos morales y patrimoniales inmersos en esta práctica, y continuaremos analizando diferentes casos famosos que se han dado.

Finalmente concluimos con un análisis general de los derechos de los tatuadores, si el tatuaje es considerado una obra artística por sí solo, y cómo podríamos aplicar esto en la práctica profesional de todos estos artistas

Capítulo 1

- 1. El tatuaje**
- 2. Origen del tatuaje**
- 3. El tatuaje en las culturas antiguas**
- 4. Origen del tatuaje en la sociedad contemporánea**
- 5. El tatuaje en nuestra época actual**
- 6. La evolución del tatuaje**

Capítulo 2

- 1. El tatuaje como obra**
- 2. LA PROPIEDAD SOBRE EL LIENZO**
 - 2.1. CORPUS MISTICUS Y CORPUS MECHANICUS**
- 3. Autoría y titularidad del tatuaje**
- 4. Derechos de autor dentro del tatuaje**
 - 4.1. Derechos morales**
 - 4.1.1. El derecho de divulgación**
 - 4.1.2. El derecho de paternidad**
 - 4.1.3. El derecho de integridad**
 - 4.1.4. El derecho de retracto**
 - 4.1.5. El derecho de acceso**
 - 4.2. Derechos Patrimoniales**
 - 4.2.1. Los derechos de reproducción**
 - 4.2.2. Derechos de comunicación pública**
 - 4.2.3. Derecho de distribución**
 - 4.2.4. Derecho de transformación de la obra**
 - 4.2.5. Derecho de importación**

5. Casos emblemáticos

5.1. Matthew Reed vs. Nike

5.2. Caso Victor Whitmill vs. Warner Bros. Entertainment Inc.

5.3. Christopher Escobedo vs. THQ, Inc.

5.4. Caso Solid Oak Sketches, Llc. vs. 2K Games, Inc. by Take Two Interactive Software, Inc.

5.5. Caso Louis Molloy vs. David Beckham

5.6. Caso González vs. Transfer Technologies Inc.

5.7. Caso Jeffrey B. Sedlik demandó a la tatuadora Kat Von D

Conclusiones y Recomendaciones

Bibliografía

CAPITULO 1

1. El tatuaje

El tatuaje es un tipo de modificación corporal, que consiste en plasmar diferentes tipos de figuras, textos, imágenes, o expresiones visuales de manera temporal o permanente mediante la inyección de distintos tipos de líquidos en la dermis que generen pigmentación de la piel.

Podemos separar al tatuaje en dos instancias distintas, su origen y utilización en las culturas antiguas; y el tatuaje dentro de la sociedad contemporánea

2. Origen del tatuaje

El tatuaje tiene distintos orígenes dentro de la antigüedad, los vestigios más antiguos encontrados son de la momia llamada *Ötzi*.

“Ötzi, o también “Hombre de los Hielos”, “Hombre de Similaun” u “Hombre de Hauslabjoch”, son los nombres por los que conocemos o nos referimos al hablar del individuo masculino adulto que quedó momificado debido a condiciones naturales y que fue casualmente hallado por una pareja de alpinistas alemanes en 1991 en el Valle de Ötz (Alpes de Ötztal, a 3200 msnm); concretamente en la zona que hace frontera y divide Austria e Italia“
(Experimental, 2016)

Otzi tenía 68 tatuajes en la muñeca izquierda, 2 en la lumbar de la espalda, 5 en la pierna derecha y 2 en la izquierda. Se detectó que los tatuajes no tenían ninguna forma reconocible, por lo cual no fueron realizados con una finalidad estética, y al determinar que Otzi padecía de artritis, se afirma que estos tatuajes pudieron ser realizados con un fin de tratamiento curativo contra su enfermedad.

“Los otros restos más antiguos descubiertos con tatuajes figurativos, son de dos momias encontradas en Egipto, que se presume fueron momificadas en el periodo predinástico de Egipto.”(*Descubren Los Tatuajes Más Antiguos Del Mundo - National Geographic En Español, s/f*)

Se ha determinado que estos tatuajes tienen un significado más cultural, y de reconocimiento, siendo algo significativo y a la vez estético.

3. El tatuaje en las culturas antiguas

Para determinar los distintos tipos de orígenes del tatuaje tenemos distintas culturas antiguas del mundo que nos sirven como referentes, como por ejemplo, la egipcia, polinesia, americana, oriental, siberiana, medio oriental, y occidental, entre otras.

Dentro de estas culturas se utilizó el tatuaje de distintas maneras, en el antiguo Egipto esta práctica era más común entre las mujeres, y se marcaban la piel con un significado espiritual o cultural, de respeto y protección. En la cultura romana y griega se utilizó el tatuaje de una manera más negativa, ya que se marcaba a las personas que habían cometido algún tipo de acto prohibido, como robar, o matar, etc. Al ser marcados de por vida, eran conocidos como personas no gratas por todos quienes observaban estos tatuajes.

En la cultura oriental como por ejemplo la japonesa, el tatuaje era utilizado de distintas maneras, la principal era identificar a las personas que habían cometido alguna falta grave, para cubrir estos, se realizaban distintos tipos de figuras más estilizadas como dragones, tigres, etc. De ahí surgen los famosos yakuza; ellos normalmente al tener un historial y vida relacionada a la delictividad, ocultaban los tatuajes relacionados a sus faltas graves llenándose el cuerpo de distintos diseños estilizados.

Dentro de las culturas oceánicas como la Mahori, los tatuajes se utilizaban con una finalidad bélica para asustar a sus enemigos. Los guerreros de la tribu se marcaban las zonas más visibles de su cuerpo, como la cara, esta acción también tenía significados jerárquicos dentro de la milicia.

El origen de la palabra tatuaje se genera en la cultura samoana, ellos llamaban a esta práctica tatau, que significa marcar o golpear dos veces. Al momento que los marineros viajaban por el océano pacífico y se encontraron con esta cultura, se asombraron por esta práctica, ellos interpretaron la palabra tatau como tatuaje y de ahí se desprende la palabra al español de tatuaje, que es la que utilizamos actualmente.

4. Origen del tatuaje en la sociedad contemporánea

“Entre los siglos XIX y XX comienza de forma progresiva su expansión en los países occidentales inicialmente asociado a grupos específicos y constituyendo, en ocasiones, una señal de marginalidad o diferenciación respecto del grueso de la sociedad. Frente al tatuaje tribal originario y al posterior asociado a lo marginal, se ha producido en las últimas décadas un auge del tatuaje en las sociedades contemporáneas.” (Visual & 2017, s/f)

“Dentro de las expediciones en respuesta a la exploración del nuevo mundo como la de Colón a América o James Cook a la isla de polinesia, se dieron los primeros contactos con este tipo de modificaciones, muchas tribus como los maoríes, enseñaron estas prácticas a los marineros y ellos al regresar a su continente la popularizaron y empezaron a practicarla con fines más estéticos.” (Experimental, 2016)

El tatuaje se fue popularizando poco a poco, pero no era visto de una buena manera, por lo cual se consideraba una práctica no permitida, debido a esto se realizaba en eventos como peleas clandestinas de box, o de manera oculta en las barberías. Los barberos fueron tomando pie dentro de esta práctica, ya que en ese tiempo ellos eran polifuncionales y tenían muchas atribuciones.

En el siglo XIX era muy común que marineros se marcaran la piel, los primeros tatuajes que se realizaron fueron como cábalas, ya que se tenía la creencia que, si un barco llegaba a naufragar, lo primero que se encontraban eran las cajas donde se transportaban los cerdos o las gallinas, entonces empezaron a tatuarse estos animales como símbolo de suerte, para que si algún momento llegaran a naufragar pudieran encontrarlos.

Poco a poco se popularizaron los tatuajes de rostros o figuras femeninas debido a que los marineros zarpaban a viajes que podían durar meses o años y no tenían contacto con ninguna mujer o sus parejas, y empezaron a llevarlas en su piel para poder mantener su recuerdo; en 1846 en la ciudad de Nueva York se tiene registro de la inauguración del primer estudio de tatuajes, que refleja su evolución, logrando tener mayor apertura y ya no ser considerado prohibido.

5. El tatuaje en nuestra época Actual

A partir del nacimiento del primer estudio en Nueva York es donde el tatuaje comienza su nueva etapa y toma importancia dentro de nuestra cultura actual, ya que empezó a ser utilizado con fines estéticos por distintas partes de la población, no era muy bien visto ni aceptado en sus inicios, pero poco a poco se fue popularizando.

Otro periodo importante dentro del tatuaje, no precisamente positivo, fue en la segunda guerra mundial. El tatuaje fue utilizado por los alemanes para marcar a los prisioneros de los campos de concentración.

La connotación artística del tatuaje comienza desde los tatuajes realizados a los marineros. Cuando estos empezaron a tatuarse, los diseños tenían formas más estilizadas, siendo de animales o figuras más comunes, como chicas, o barcos. Ahí es donde nace el tatuaje tradicional americano, con diseños muy marcados, y con un estilo muy peculiar, normalmente se realizaban distintos dibujos como, águilas, barcos, animales simples, cosas con líneas, y a la vez pocos colores, como el amarillo, rojo, verde y café.

Hasta el momento, el tatuaje ha pasado por varias etapas y transformaciones, tanto por el avance científico y tecnológico, como por su popularización. Todo empezó con el surgimiento de materiales específicos para esta práctica, como agujas especializadas, con las cuales ya se podía realizar distintos tipos de trazos, por lo cual los diseños podían ser marcados con más detalles y estilización.

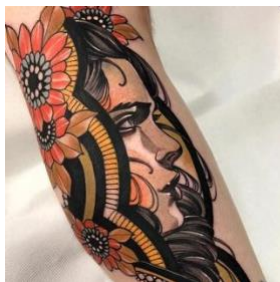
Los nuevos estilos que fueron surgiendo, tenían cada vez más complejidad, como ejemplo tenemos:

- El tradicional(Old School):



*“Entre los estilos de tatuaje más populares, uno de los que lleva manteniéndose en primera línea durante décadas es el tatuaje tradicional americano. También se conoce como Traditional, Trad y Old School (vieja escuela). **Son tatuajes delimitados con líneas negras puras, sólidas y sencillas.** Las líneas suelen ser gruesas y casi siempre van coloreados con cuatro o cinco tonos básicos. Los temas son de todos conocidos: pin ups, marineros, flores, animales...”(¿Cuales Son Los Estilos de Tatuajes Más Demandados? - ESDIP Madrid, s/f)*

- Neotradicional:



Inspirado en el tatuaje tradicional, este estilo va un paso más allá aumentando la complejidad. Pedro nos comenta: *“Yo me dedico al “neotrad”, un estilo en el que se juega mucho con las flores, los ornamentos del fondo y demás. **No hay un tema fijo: ni animales, ni flores, ni retratos... Es muy variado. En cada estilo encuentras mil cosas.** Por ejemplo, esta semana tengo un Anubis egipcio, la semana que viene tengo un zorro neotradicional, la siguiente tengo una cara de una geisha... De todo”.* El neotrad combina trazos gruesos y finos; los colores siguen siendo básicos, pero se aplican por toda la obra y crean sombras, degradados y texturas.(¿Cuales Son Los Estilos de Tatuajes Más Demandados? - ESDIP Madrid, s/f)

- Oriental(Japones y Neo Japonés):



La cultura nipona ha influido poderosamente en el mundo del tatuaje, ya desde hace décadas. El estilo Japonés Tradicional (*irezumi*) refleja imágenes de máscaras, samuráis, geishas, peces rojos, diablos, dragones... Con profusión de colores y mucho realismo. **El Neo Japonés es una mezcla de Neo Trad e Irezumi, con diseños detallados y muy sofisticados.**“(¿Cuales Son Los Estilos de Tatuajes Más Demandados? - ESDIP Madrid, s/f)

- Acuarela:



“El efecto de estos tatuajes es similar al de las acuarelas sobre papel. **Los colores se difuminan para crear luces y sombras, consiguiendo obras muy atractivas.** El efecto se consigue superponiendo veladuras de color en distinta concentración (más o menos opacas).“(¿Cuales Son Los Estilos de Tatuajes Más Demandados? - ESDIP Madrid, s/f)

- Dotwork:



“Como su propio nombre indica, la técnica *dotwork* utiliza diminutos puntos para crear las formas. **En ocasiones, los puntos se mezclan con líneas para aumentar el interés de la obra.** Las sombras y las masas de color se crean mediante una densidad mayor o menor de puntos.”(¿Cuales Son Los Estilos de Tatuajes Más Demandados? - ESDIP Madrid, s/f)

- Blackwork:



“El estilo *blackwork*, como su propio nombre indica (trabajo en negro), **utiliza únicamente esta tinta para crear líneas, sombras y efectos.** La técnica surgió hace unos cinco años, y ha ido evolucionando hasta lograr efectos muy puros y recortados. Los artistas pueden realizar obras puramente lineales o añadir sombreados con puntos, tramas...”(¿Cuales Son Los Estilos de Tatuajes Más Demandados? - ESDIP Madrid, s/f)

Tenemos algunos con aun mayor dificultad, que han tomado mucha popularidad en estos últimos tiempos como:

- Realismo a grises o a color:



“El tatuaje realista, como su propio nombre indica, es un tatuaje que plasma una imagen real, ya sea sobre una foto de referencia o directamente sobre algo al natural...”(¿Cuales Son Los Estilos de Tatuajes Más Demandados? - ESDIP Madrid, s/f)

Una de las características más importantes de este estilo, y principal diferencia del hiperrealismo, es que el realismo busca la interpretación artística del tatuador, se basa en plasmar la visión del artista de una imagen real.

- Hiperrealismo:



El tatuaje hiperrealista tiene características muy marcadas, la principal es que tiene que ser una representación fiel a la imagen o fotografía, de algo real o natural que se busca plasmar, debe tener la mayor cantidad de detalles y similitud posible. No tiene espacio para la interpretación.

También tenemos técnicas muy importantes como:

Free hand



La connotación artística de esta técnica surge desde la imaginación y capacidad creativa del autor y la habilidad de poder plasmar su idea, que a diferencia del proceso tradicional que se realiza en una plantilla con un papel especial de tinta llamado papel hectográfico, que luego se coloca en la piel para poder tener la guía del tatuaje a realizarse. El tatuador crea un dibujo en la piel del cliente con un marcador, que puede ser referenciado o creado ese mismo instante.

Free machine

A diferencia del free hand, se plasma el diseño deseado directamente en la piel, sin ningún tipo de guía previa, sin que el cliente pueda saber el resultado. El único que puede prever cómo será la obra es el tatuador, ya que bajo su visión e imaginación trata de plasmar su idea en el cliente.

Actualmente para la realización de cualquier tipo de tatuajes independientemente de su estilo, se pasa por un proceso de diseño o rediseño de la imagen que quiera plasmarse en la piel, o el uso de diferentes técnicas como el "free hand" o "free machine" que plasman el diseño directamente en la piel sin creación previa de un diseño.

6. La evolución del tatuaje

"El tatuaje y la perforación corporal son un reflejo de la necesidad del ser humano por decorar su cuerpo. Los jóvenes crean diferentes significados que contribuyen a la creación de sus identidades. El objetivo de esta investigación es desvelar los significados bajo la piel tatuada para comprender este fenómeno social. Entendemos estas prácticas como un entramado de significados, expresados en actitudes y sentimientos, que se encuentra cruzado por el género, la experiencia del placer-dolor y la resistencia ante las estéticas dominantes." (García & González García, 2013)

En la sociedad actual es más utilizado con un fin estético, pero también tenemos algunos otros casos como los tatuajes con fines médicos y cosméticos. Pero dentro de los que tomamos especial atención será en los estéticos, ya que estos se buscan que sean diseñados o realizados con un fin artístico.

Estamos viendo en la actualidad un gran cambio generacional, en el cual varios tabúes han sido eliminados. Cosas que antes no eran socialmente aceptadas cada vez son más normalizadas. El tatuaje hace varios años era visto con una connotación negativa, por diferentes razones, pero la globalización y su popularización ha ayudado a que cada vez sea más aceptado.

La globalización, evolución y avance tecnológico, fue lo que popularizó al tatuaje, porque al momento de generar materiales y productos especialmente creados para la realización de estas reproducciones, se facilitó la realización de diseños más artísticos, y más estéticos.

Artistas o gente famosa, como cantantes, o actores también han contribuido en la popularización de este arte, ya que se han realizado este tipo de modificaciones. Para esta práctica en la actualidad se debe usar productos de grado médico, y tener el conocimientos suficiente para su manipulación. Los materiales al tener un grado quirúrgico tienen un costo elevado, por lo tanto, tatuarse no era algo barato independientemente del diseño, por lo que solo cierto tipo de la población podía tener acceso a este tipo de práctica de manera profesional.

A pesar de que se popularizó, hubo una gran parte de la población que la seguía relacionando de una manera negativa, y tuvo que pasar por un gran proceso de evolución generacional para ser cada vez más aceptada.

El tatuaje actualmente se ha vuelto un decorativo corporal más, un método por el cual las personas buscan expresar y construir su identidad y personalidad. Tatuar se ha vuelto una profesión, que, como cualquier otra, goza de ciertas ventajas y desventajas; dentro de nuestro país no existe una regulación para este arte, ni algún tipo de especialización, por lo cual es muy complicado determinar qué tatuador se podría considerar profesional.

Debido a la gran expansión de este arte, también ha surgido una gran corriente conformada de personas que intentan aprender del mismo, pero no todos lo logran. Muchas veces se termina realizando estas prácticas en condiciones precarias, a causa de la falta de reglamentación especializada.

Lejos de otras profesiones orientadas al ámbito estético, como peluquerías, barberías, cuidado corporal, etc. En esta práctica se realiza una modificación al cuerpo, específicamente en la piel, es por ello que cualquier intervención o

modificación que no sea realizada de manera correcta con los estándares mínimos de bioseguridad, podría generar una amenaza, debido a que se manejan materiales cortopunzantes que realizan una inserción en la dermis. en la cual la sangre puede ser un contaminante o ser contaminada, y esto puede generar infecciones, o el contagio de enfermedades tales como la hepatitis c, o VIH.

Las personas que realizan este trabajo deben tener algún tipo de preparación artística y a la vez de bioseguridad. Se trata de enfocar esta profesión al lado más artístico posible, ya que los distintos diseños generados, dependiendo de la creación, puede ser considerada una obra artística y el plasmarlo en la piel sería un método de reproducción de la misma.

Capítulo 2

1. El tatuaje como obra

Según la decisión andina 351 en su artículo 3 obra es

“Toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma. “ (SICE - Comunidad Andina - Decisión 351, s/f)

En el artículo 3 de la decisión andina 351 se define obra plástica como:

“La creación artística cuya finalidad apela al sentido estético de la persona que la contempla, como las pinturas, dibujos, grabados y litografías. No quedan comprendidas en la definición, a los efectos de la presente Decisión, las fotografías, las obras arquitectónicas y las audiovisuales” (SICE - Comunidad Andina - Decisión 351, s/f)

Y en el artículo 7 de la decisión andina 351 podemos observar que:

“Queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras. “(SICE - Comunidad Andina - Decisión 351, s/f)

Podríamos tomar en cuenta que, en la norma antes vista, no se menciona de manera explícita a los tatuajes como obras de arte, sobre todo en la definición de obra plástica o de las bellas artes. Las obras que vemos expresadas en el artículo son las pinturas, dibujos, grabados y litografías.

Debemos tomar en cuenta que en la mayoría de casos, se realiza un diseño previo al tatuaje, el cual puede ser un dibujo o pintura, por lo que la generación del diseño para tatuar podría ser la obra artística principal.

De igual manera, cuando la obra de arte se plasma directamente en la piel mediante las técnicas conocidas como freehand o free machine, se puede considerar un dibujo en un lienzo no convencional, por lo que el tatuaje en sí sería una obra.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que, para poder considerar cualquier creación artística, como un dibujo, pintura, grabado, etc. Se debe cumplir con ciertas características, las cuales podemos encontrar en la RESOLUCIÓN No. SENADI-DNDAYDC-2021-001-REG-R que nos menciona que:

“4.2. En la doctrina, se ha establecido que para que una creación sea considerada como obra y sea protegida por el Derecho de Autor, debe cumplir los siguientes parámetros:

a) Elemento volitivo o animus narrandi, se refiere a que debe existir la voluntad por parte del autor de crear una obra, es decir, la misma no debe ser fruto del azar;

b) Debe ser susceptible de poner en práctica el fenómeno de la comunicación humana, teniendo como excepción al software;

c) Debe tener altura creativa, elemento desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia alemana que hace referencia a la distancia que debe existir entre el elemento denotativo y el connotativo;

d) Debe ser original “ (SENADI-RESOLUCIÓN 2021-001, 2021)

Por lo cual debemos tener en cuenta estos 4 elementos principales, que vienen a ser:

El elemento volitivo o *animus creandi*, se refiere a que una creación podrá ser considerada obra, si fue realizada con el ánimo de crearla, independientemente de su resultado final, no como fruto del azar. Por lo cual, en el tatuaje, al ser realizado el diseño con los materiales especializados y máquinas profesionales para este procedimiento, se demuestra el *animus creandi*, ya que se denota la intención de realizar la obra.

La obra debe ser susceptible de poder aplicar el fenómeno de la comunicación humana y que este sea probado. Este requisito en palabras más sencillas, es un tipo de prueba que se debe realizar a la obra, en la cual, según la susceptibilidad humana, esta debe ser capaz de identificarse de manera simple o compleja, es decir la obra debe hablar por sí sola.

La altura creativa, debe existir una distancia entre el elemento denotativo y connotativo, eso se refiere a que mientras exista mayor distancia entre lo que quiero decir y cómo lo digo con mayor originalidad, tendremos mayor protección por el derecho de autor, como por ejemplo: intentemos imaginar que el autor de una pintura quiere plasmar el dolor de la traición de una pareja, si este pinta a un chico con un corazón roto, logramos tener el elemento denotativo pero no está tan alejado del connotativo, por otra parte, otro artista intenta representar lo mismo, pero lo hace pintando un ojo con una lágrima, con una pupila con forma de corazón roto y en el centro del reflejo una pareja besándose, tenemos la misma idea pero plasmada de diferente manera, en este ejemplo el elemento denotativo se aleja más del connotativo y nos puede llegar a expresar el mismo sentimiento que el primer cuadro, o se puede entender aún mejor lo que quería expresar el autor, por lo que se consideraría una obra.

Y, por último, **debe ser original**

“En sentido subjetivo se entiende por obra original cuando refleja la personalidad del autor y desde el punto de vista objetivo que considera la "originalidad" como "novedad objetiva" cuando puede afirmarse que nos encontramos ante una creación original.” (Sedano, T. G. 2016).

Como por ejemplo de la subjetiva, si pedimos a los artistas Picasso y a Salvador Dalí pintar un plato de frutas, dándoles la misma imagen referencial, tendremos resultados completamente diferentes, por un lado Pablo Picasso, nos podría dar una obra en su estilo cubismo, y Salvador Dalí el surrealismo.

En la originalidad objetiva, es importante que la nueva obra tenga diferentes elementos que puedan distinguirla de otras obras, es decir, que sea original y que denotan que fue el resultado de un proceso creativo.

Dentro de los elementos observados el primero está implícito dentro del tatuaje, pero los otros tres dependen mucho del diseño que se desee plasmar en la piel, así que, es muy importante tener en cuenta todo el proceso creativo que deberá tener el tatuador para poder ser autor de una obra.

Podemos determinar que los tatuajes que cumplan con todos los requisitos antes mencionados pueden ser considerados una obra, y por lo tanto otorgar titularidad de derechos a su autor. Bajo este criterio, no todo tatuaje es una obra susceptible de protección de derechos de autor

2. LA PROPIEDAD SOBRE EL LIENZO

2.1. CORPUS MISTICUS Y CORPUS MECANICUS

Dentro del ámbito de la propiedad intelectual tenemos la distinción de la obra y del lienzo, mejor llamado corpus mysticus y corpus mechanicus. El corpus mysticus es la obra, la expresión del artista y lo que busca plasmar, es el resultado del trabajo creativo que ha tenido que realizar el artista mediante diferentes procesos, y el corpus mechanicus es el soporte en el cual se plasma la obra o este trabajo creativo. Todo esto se lleva a cabo, independientemente de ser lienzos tradicionales o no tradicionales.

Una importante distinción en el corpus mechanicus es que, mediante alguna técnica podamos retirar el corpus mysticus y el soporte quede exactamente igual

que antes de haber sido utilizado para la obra, como por ejemplo: algún tipo de madera o pared que han sido pintadas.

A la vez, tenemos otros tipos de lienzos que a pesar de intentar devolver el soporte a su estado original, no es posible, como en el caso de las piezas de mármol talladas, que a pesar de intentar volverlo a su estado original esto será imposible y nunca quedará igual.

Los tatuajes entraron en la segunda categoría, ya que hasta el momento se habla de que los tatuajes son permanentes, a pesar de que existan diferentes tipos de borrado, como el láser, ninguno de estos métodos logra dejar la piel de la manera original, siempre queda una marca o cicatriz con evidencia de que existió un tatuaje.

Tomando en cuenta esto, la piel de la persona tatuada sería el corpus mechanicus, y la expresión del artista vendría a ser el corpus mysticus, ya que a pesar de que el tatuador realiza esta acción con instrumentos especializados para este procedimiento, también puede llegar a plasmar su obra en piel sintética, cuero de cerdo, etc. Aclarando con esto que el corpus mechanicus dentro del tatuaje es accesorio al corpus mysticus.

Con esto surgen varias incógnitas como por ejemplo: ¿Hasta qué punto una persona pierde el control para decidir sobre la manifestación sobre ese pedazo de piel? ¿Hasta qué punto se puede decidir la eliminación del tatuaje sin solicitar el permiso del tatuador? ¿Esto vulneraría su derecho de decidir sobre su cuerpo?

Teniendo en cuenta que es un lienzo no convencional, la persona en sí tiene derecho sobre su cuerpo, el autor solo tendría titularidad y autoría del tatuaje plasmado en la piel, pero ningún tipo de propiedad sobre el lienzo, ya que esta es una persona. El eliminar del lienzo el tatuaje, vulneraría los derechos de integridad del poseedor.

3. Autoría y titularidad del tatuaje

Un tema esencial dentro de los derechos de autor es la Autoría y la Titularidad de las obras, estas a pesar de estar muy relacionadas, no son lo mismo. Según Alejandra Castro Bonilla en su escrito "Autoría y titularidad en el derecho de autor" define al autor como "La persona natural que crea alguna obra literaria artística o científica " y nos aporta la diferencia entre titularidad y autoría.

"La titularidad se refiere no a la autoría sino a la propiedad de la obra. La titularidad suele recaer, cuando no en el autor (el caso más claro es el del autor de una obra individual), en la persona que ha encargado la obra o en la persona que haya adquirido el derecho patrimonial de la obra. Sin embargo, nunca la autoría puede recaer en quien no realice una labor creativa. Efectivamente, no es autor el que realice una mera labor técnica no creativa y cuyo aporte puede ser sustituido por otra persona que hará una contribución idéntica, evidenciando que el aporte no es personalísimo y por ende no es original y no conlleva una impronta de la personalidad." (Autoría y Titularidad En El Derecho de Autor - Informática Jurídica, s/f)

Por lo tanto, la autoría siempre le va a pertenecer al creador del diseño, ya que, si el tatuador mediante distintos procesos creativos obtiene un resultado que va a ser tatuado en la piel del cliente, a pesar de que el cliente haya dado la idea, el tatuador es el creador del diseño. Si este cumple con los requisitos antes mencionados, puede ser considerado una obra y tener la autoría sobre ella.

Pero en caso de que el diseño del tatuaje a realizarse haya sido creado por un tercero, y el tatuador solo lo plasme en la piel, este no sería un creador, ni titular de la obra, ya que solo fue el mecanismo por el cual se plasma la misma, siendo parte solo de un método de reproducción. Como gran ejemplo, al momento que se realizan esculturas metálicas, el autor realiza el diseño y hasta el molde, pero el trabajo de fundir el hierro y colocarlo en el molde para que se cree la escultura puede ser realizado por un fundidor, pero esto no lo hace el autor de la obra.

Con respecto a la titularidad, la titularidad normalmente le pertenece al creador de la obra, debido a que cualquier rédito que pueda ser generado con la reproducción de su obra o con algún distinto tipo de uso, recaerá sobre él. Incluso si se llega a vender el ejemplar original o una reproducción de la obra, (*el nuevo dueño de la obra solo poseerá la propiedad sobre el corpus mechanicus*), no tendrá la titularidad de la obra, porque no tiene los derechos sobre la protección de la propiedad intelectual de la obra.

La titularidad del corpus mysticus del tatuaje también podría ser cedida, pero debemos tener en cuenta cuanto vale ceder este derecho o no. Si realizamos un tatuaje que sea considerado obra de nuestra autoría a una persona normal, que no pueda sacar réditos económicos del mismo por su uso de imagen o cualquier otro tipo de explotación, no nos dará mayor diferencia tener la titularidad. Pero en el caso de que esa persona pueda volverse un personaje público, famoso, actor, modelo, jugar algún deporte profesional, etc. En su uso de imagen sí influirá sus tatuajes, y esto podría generar réditos económicos.

Tomando en cuenta esto, nosotros podemos tener muy claro que en caso de que esto suceda, nos conviene tener la titularidad de nuestra obra. Si llegamos a realizar un tatuaje a alguien que ya dispone de fama, y esta persona podría hacer uso de los tatuajes en su imagen personal y profesional, y esto le generaría réditos económicos por nuestra obra; obviamente nos convendría seguir teniendo la titularidad de la obra,

Pese a que no sea indispensable la parte de la argumentación jurídica al tener la posibilidad de que la persona pueda convertirse en una persona famosa, o que ya sea una persona famosa, sería muy importante generar un contrato en el cual esta persona acepte de manera explícita y tenga conocimiento de que la titularidad de los tatuajes que se va a realizar van a ser del tatuador, y en caso de alguna remuneración económica por el uso de imagen, el creador deberá recibir parte del rédito económico.

Otra alternativa de este escenario, puede ser, plantear de una manera anticipada, que la persona pueda hacer uso de los tatuajes en su imagen

personal y que pueda sacar provecho a los mismos. Se deberá ceder la titularidad de ellos, pero al estar consciente de que el tatuador perderá de alguna manera los réditos económicos de su obra, este cobrará más por el tatuaje.

Por ejemplo: si un tatuador marcaría una obra de su autoría en la piel del Chito Vera, y esta se encuentra valuada normalmente en \$200, este sería el precio que cobraría teniendo en cuenta que si el Chito Vera llegase a obtener réditos económicos por el uso de imagen del tatuaje, él tendría que reconocer parte de ese rédito para el tatuador. Pero de ser consciente de que esto no sea muy conveniente y bien visto por el cliente, se debería explicar en qué consiste la titularidad y que al transferirse el artista estaría perdiendo cierta remuneración. Se podría llegar a un acuerdo en que el tatuaje y su titularidad no valen \$200 sino \$2000 y si el cliente desea la titularidad directa, este sería su verdadero valor.

No debemos olvidar una categoría muy importante de creación, que es la obra por encargo, en el Código Orgánico de Economía Social de los Conocimientos en el Artículo 115 podemos observar:

“Art 15. Obras bajo relación de dependencia y por encargo.- Salvo pacto en contrario o disposición especial contenida en el presente Título, la titularidad de las obras creadas bajo relación de dependencia laboral o por encargo corresponderá al autor. En caso de que el autor ceda sus derechos, conservará la facultad de explotar las obras en forma distinta a la contemplada en el contrato, siempre que lo haga de buena fe y no perjudique injustificadamente la explotación normal que realice el empleador o comitente. En cualquier caso, el autor gozará del derecho irrenunciable de remuneración equitativa por la explotación de su obra, de conformidad con lo dispuesto en el presente Código. Tratándose de software este derecho no será aplicable. Este derecho será aplicable aún en los casos de transferencia o transmisión de la titularidad de la obra creada bajo dependencia laboral y por encargo.”
(COESC, 2016, artículo 15).

Con este concepto podemos ver que en el Ecuador los derechos de las obras por encargo o en relación de dependencia, seguirán siendo del autor a menos

que esto haya sido pactado previamente, y la otra manera es que el autor ceda sus derechos pero aun así no los perderá por completo.

Por lo tanto, dentro de los tatuajes, la autoría y la titularidad recaerá dentro del creador de la obra, que sería el tatuador, a menos que decida ceder su titularidad o que al momento de realizar el tatuaje en el costo del mismo ya esté incluido de manera explícita la cesión de la titularidad. Por otro lado, la persona tatuada será poseedor, pero no titular del tatuaje, ya que los réditos económicos que puedan surgir de la obra o la explotación de la misma seguirán siendo del autor.

4. Derechos de autor dentro del tatuaje

En el ordenamiento jurídico Ecuatoriano encontramos el Artículo 88 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN

“Art. 88. Los derechos de propiedad intelectual constituyen una herramienta para el desarrollo de la actividad creativa y la innovación social, contribuyen a la transferencia tecnológica, acceso al conocimiento y la cultura, la innovación, y a la reducción de la dependencia cognitiva” (COESC, 2016, artículo 88).

A la vez en “Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos “la OMPI nos dice que

“El derecho de autor protege dos tipos de derechos. Los derechos patrimoniales permiten a los titulares de derechos percibir una retribución económica por que terceros utilicen sus obras. Los derechos morales permiten que el autor o el creador tomen determinadas medidas para preservar y proteger los vínculos que los unen a sus obras. El autor o el creador pueden ser los titulares de los derechos patrimoniales o bien tales derechos pueden ser cedidos a uno o más titulares de derecho de autor. Muchos países no permiten la cesión de los derechos morales. “ (OMPI, p.9)

Dentro de la propiedad intelectual tenemos los derechos de autor, estos protegen las creaciones que son producto del intelecto humano mediante diferentes procesos creativos y que han llegado a ser materializados, debemos tener en cuenta que en la propiedad intelectual, todo creador es titular de derechos, pero no todo titular de derechos es creador. Ya que la titularidad se puede ceder, y a pesar de que alguna persona disponga de esta, no significa que sea el autor. Dentro de los derechos de autor tenemos dos ramificaciones principales, los derechos morales y patrimoniales, debemos tener en cuenta que estos esencialmente protegen a las creaciones como el arte o la ciencia.

En el ordenamiento jurídico Ecuatoriano encontramos el Artículo 88 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN

“Art. 88. Los derechos de propiedad intelectual constituyen una herramienta para el desarrollo de la actividad creativa y la innovación social, contribuyen a la transferencia tecnológica, acceso al conocimiento y la cultura, la innovación, y a la reducción de la dependencia cognitiva” (COESC, 2016, artículo 88).

A la vez en “Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos “la OMPI nos dice que

“El derecho de autor protege dos tipos de derechos. Los derechos patrimoniales permiten a los titulares de derechos percibir una retribución económica por que terceros utilicen sus obras. Los derechos morales permiten que el autor o el creador tomen determinadas medidas para preservar y proteger los vínculos que los unen a sus obras. El autor o el creador pueden ser los titulares de los derechos patrimoniales o bien tales derechos pueden ser cedidos a uno o más titulares de derecho de autor. Muchos países no permiten la cesión de los derechos morales. “(OMPI, p.9)

Con toda la información y normas antes vistas podemos generar un concepto general para poder comprender de mejor manera la división de los derechos de autor, en derechos morales y patrimoniales, los cuales veremos a continuación.

4.1. Derechos morales

Al referirnos a los derechos morales debemos entender que estos surgieron en el siglo XIX en Francia, dentro de su jurisprudencia, dotando de un reconocimiento de un vínculo personalísimo entre la obra y el autor, ya que esta surgió desde la creatividad e intelecto del mismo. De manera que debemos tomar en cuenta que cualquiera afectación a la obra puede afectar a la individualidad honor y prestigio de la misma, por lo cual el autor al ser titular de estos derechos velará por el bienestar personal de la misma, sin dejar de lado sus características que son: la irrenunciabilidad, inalienabilidad, inembargabilidad, imprescriptibilidad.

Tenemos distintos tipos de Derechos Morales como:

4.1.1. El derecho de divulgación

Este se refiere a la facultad que dispone el autor para poder tomar la decisión de si dará a conocer su obra, y la manera en la que se mostrará. Ya que los autores pueden generar obras, pero pueden decidir ellos si quieren que se haga pública o que solo quede para ellos. En el caso de los tatuajes, el tatuador al momento de crear un diseño para plasmarlo en la piel, el dispone de la facultad de decidir si matarlo o no y de quien llevará la reproducción de su obra, por lo cual los tatuadores si disponen de derecho de divulgación.

Pero a diferencia de lo que pasa en una obra literaria donde por la naturaleza del lienzo puedo esconder la obra, en el tatuaje al ser el lienzo la piel, se entendería que el tatuador al momento de tatuar implícitamente está aceptando que su obra sea divulgada, porque no podría impedir o disponer de la piel tatuada, llegando al absurdo jurídico de disponer del cuerpo de alguien más, y más aún si el tatuaje está en algún lugar visible.

4.1.2. El derecho de paternidad

Este derecho se basa en la facultad que dispone el autor para poder exigir que su nombre o seudónimo pueda ser vinculado a cualquier difusión de su obra, o contrariamente, que no se haga público su nombre o seudónimo en su obra, y esta quede en anonimato.

En el tatuaje no se podría impedir que el tatuador no se dé a conocer, pueda utilizar un seudónimo de su obra o decida sobre su derecho de paternidad, por lo cual el tatuado no podría oponerse a reconocer la paternidad del autor.

4.1.3. El derecho de integridad

Este derecho se refiere a que el autor puede exigir que respete la integridad de su obra al momento de ser divulgada, para evitar que se realice modificaciones, adiciones, o cambios en general que puedan llegar a alterar la concepción de la obra, evitando que se perjudique su reputación.

Dentro del tatuaje el autor tiene ciertas limitaciones sobre la obra, porque esta se encuentra en el cuerpo de alguien más, donde nos surge la duda de ¿Cuál es el límite que tiene la persona tatuada respecto a su cuerpo y poder modificar el tatuaje, y ¿Cuál es el alcance que tiene el tatuador respecto al cuerpo de la persona tatuada, ya que su obra se encuentra sujeta al derecho de integridad personal del poseedor?

Pero el tatuador puede disponer de la integridad del diseño que realizó y evitar que se llegue a modificar si es que alguien más lo intenta reproducir en cualquier medio.

4.1.4. El derecho de retracto

A este se lo conoce con el nombre de derecho de arrepentimiento, ya que se basa en el retiro de la obra del mercado, por decisión del autor. Este derecho le da potestad al autor de poder impedir que se continúe con la comercialización de la obra o haciendo uso de la misma, puede realizar este tipo de acciones a pesar de haber cedido la titularidad a otra persona, pero con esto deberá indemnizar al titular que haya sido perjudicado.

En el caso de los tatuadores, no dispondrán de este derecho ya que, al momento de plasmar la obra, a esta ser realizada en un lienzo no convencional que

posiblemente se vuelve permanente, no puede tener retracto sobre la obra ya que a pesar de que desee quitarla, esta no podrá ser eliminada de la persona tatuada solo por voluntad del autor.

4.1.5. El derecho de acceso

El derecho al acceso se fundamenta en que el autor debe poseer el derecho a acceder al ejemplar único de la obra cuando este se encuentre en poder de algún tercero, para que el autor pueda ejercer el derecho de divulgación, en caso de que la obra no haya sido divulgada antes de ser vendida a un tercero. Es decir, tiene connotaciones muy peculiares, lo cual sería poder acceder al cuerpo de la persona tatuada.

La intención de acceder al cuerpo de la persona tatuada trae peculiares connotaciones que podrían afectar los derechos de la integridad de la persona, limitando el acceso del tatuador a su obra, teniendo una ponderación en el cual como el derecho a la integridad es un derecho humano, vendría a ser más importante que el derecho del autor.

4.2. Derechos Patrimoniales

La definición principal que podríamos dar a los derechos patrimoniales para una rápida descripción es, los derechos económicos sujetos a la obra. Estos nacen como parte de la producción de arte y en respuesta a la necesidad económica de los artistas para su desarrollo personal. De igual manera estos derechos en principio son exclusivos de los creadores de las obras, pero pueden ser cedidos.

A diferencia de los derechos morales, los derechos patrimoniales son transferibles, transmisibles, embargables, renunciables y de cierta manera temporales. Por lo cual estos sí pueden cambiar de titular dependiendo al acuerdo que se llegue, ya que tanto personas naturales como jurídicas pueden llegar a ser titulares de los mismos. También al momento de ser transmisibles, estos pueden llegar a heredarse por los hijos del autor o a quien se los disponga, teniendo la libertad de poder hacer uso de los mismos de acuerdo a su conveniencia y voluntad conforme al ordenamiento jurídico.

De Acuerdo a las normas nacionales e internacionales tenemos el artículo 13 de la decisión Andina 351

“Art.13. El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

- a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento.*
- b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes.*
- c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler.*
- d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho.*
- e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra” (SICE - Comunidad Andina - Decisión 351, s/f)*

Y tenemos el artículo 120 del COESC

“Art.120. Se reconoce a favor del autor o su derechohabiente los siguientes derechos exclusivos sobre una obra:

- 1. La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento.*
- 2. La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes.*
- 3. La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler.*
- 4. La importación de copias hechas sin autorización del titular, de las personas mencionadas en el artículo 126 o la Ley.*
- 5. La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.*
- 6. La puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija” (COESC, 2016, artículo 120)*

Dentro de los Derechos Patrimoniales, tenemos:

4.2.1. Los derechos de reproducción

Uno de los derechos más importantes en los derechos patrimoniales es el de reproducción, ya que este representa la facultad del autor de autorizar la fijación del corpus místico de la obra en el corpus mechanicus, o de la persona que tenga la titularidad de la obra.

Los tatuadores si disponen de este derecho ya que ellos deciden reproducir su obra en lienzos no convencionales que vendrían a ser la piel y cuantas veces deseen reproducir el mismo así sea en diferentes lienzos.

4.2.2. Derechos de comunicación pública

Este es el derecho que se tiene de poder difundir la obra por algún medio por el cual se puedan expresar las palabras signos sonidos o imágenes, uno de los requisitos principales es que exista la accesibilidad de la obra a distintos grupos de personas y que no exista una distribución previa a estos individuos.

Este derecho para los tatuadores se aplica mediante la plasmación de la obra en el corpus mysticus, pero solo tendrá acceso a la obra las personas que el poseedor de la obra desee que tengan acceso, las demás personas podrán tener acceso al mismo a través de fotos o representaciones de la obra original que sería el tatuaje.

4.2.3. Derecho de distribución

El derecho de distribución es parte del derecho de autor en el sentido más amplio, ya que otorga al autor la facultad de autorizar de manera exclusiva la distribución de los ejemplares de su obra, para poder realizar transferencia de propiedad hacia los consumidores. Este también puede ser mediante el arrendamiento o alquiler de sus ejemplares.

En el caso de la distribución los tatuadores el único tipo de distribución que podrían tener es de imágenes del tatuaje que realizaron, y permitir la distribución del mismo, el permitir usar sus diseños, y cobrar un porcentaje por esto.

4.2.4. Derecho de transformación de la obra

El derecho de transformación de la obra es el que otorga al autor la facultad de explotar su obra autorizando la creación de obras alternas a la principal, como diferentes tipos de obras derivativas, pero teniendo en cuenta que las obras derivadas se caracterizan por su originalidad propia, se podrían considerar transformaciones de la obra, *“la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra”* (COESC, 2016, artículo 120)

Los tatuadores sí tendrían derecho a la transformación de la obra ya que pueden otorgar la facultad de que alguien más pueda generar alguna obra alterna a su obra original o poder cambiarlo de alguna manera el mismo.

4.2.5. Derecho de importación.

El Derecho de importación consiste en que el creador tiene la potestad de prohibir o autorizar la importación o exportación de su obra a otro país, por lo cual, para cualquier accionar de un tercero sobre su obra así sea el poseedor tiene que ser previamente autorizada por el titular.

Los tatuadores no tendrían derecho de importación sobre la obra ya que todas las personas según el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho a la libre circulación al proclamar que

“Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado” (Derechos Humanos, D.E. 1948

y no podemos prohibir ni restringir este derecho a pesar de que en la persona se encuentre nuestra obra.

5. Casos emblemáticos

Dentro del mundo del tatuaje y la propiedad intelectual, hemos tenido varios casos emblemáticos en los cuales podremos observar cómo estos derechos ya se han aplicado, y con esto se ha dejado un precedente jurisprudencial, la mayoría de estas han sido resueltas en Estados Unidos, por lo cual veremos cómo se han resuelto en el Derecho anglosajón.

5.1. Matthew Reed vs. Nike



Este caso es muy importante porque a pesar de haber sido resuelto de manera extraoficial, ya que no se dictó sentencia, este fue el primero en llegar a las cortes estadounidenses. Matthew Reed, dueño del estudio de tatuajes Tiger Lily, demandó a Nike, Wieden+Kennedy y al jugador Rasheed Wallace, ya que el artista consideraba que dentro de un comercial de la marca Nike en la que aparecía Rasheed Wallace se hacía enfoque al tatuaje realizado por él, este comercial se utilizó en el sitio web y en televisión, en la cual se realizó una recreación digital del tatuaje, por lo cual considero que se vulneraron sus derechos de autor, esta demanda fue impuesta en el tribunal del distrito de Oregón.

Bajo lo dispuesto en los tres primeros numerales de la sección §106 de la Copyright Act de 1976 (Estados Unidos) que establece lo siguiente:

“El propietario de los derechos de autor bajo este título tiene los derechos exclusivos para hacer y autorizar cualquiera de los siguientes: (1) reproducir el trabajo protegido por derechos de autor en copias o grabaciones fonográficas; (2) para preparar trabajos derivados basados en el trabajo protegido por derechos de autor; (3) para distribuir copias o fonogramas del trabajo protegido por derechos de autor para el público mediante venta u otra transferencia de propiedad, o por alquiler, arrendamiento o préstamo” (Copyright Act de EEUU, 1976).

Por lo tanto, el artista solicitó que “el juez ordene que el tatuaje desaparezca del aire y del internet”, es decir, que se les prohíba a las empresas Nike y Wieden+Kennedy seguir usando la creación en el comercial, “una parte de las

ganancias de los demandados, un porcentaje de los ingresos que Wallace recibió por parte de Nike y los costos por honorarios de sus abogados” (Demanda de Reed vs. Nike Inc., 2005)

Al momento de la realización del tatuaje, Rasheed Wallace y Matthew Reed intercambiaron ideas de lo que buscaban como resultado del tatuaje, Matthew Reed después de recibir todas las especificaciones creó un boceto el cual fue aprobado por Rasheed Wallace.

Análisis.

Dentro de este caso podemos observar que el tatuador al presentar la demanda hace alusión a los derechos materiales, viendo vulnerado su derecho de reproducción y derecho de comunicación pública.

Derecho de reproducción debido a que se realizó una copia digital del tatuaje el cual fue utilizado en la campaña publicitaria dentro de los comerciales televisivos y la página web de la marca.

Derecho de comunicación pública, que es el derecho que el autor tiene de decidir la forma de difusión de su obra y del control de la misma, y también de poder decidir quien tenga acceso o no a la obra, que, mediante la campaña publicitaria, Nike hacía que la obra pueda ser accedida de manera libre por cualquier persona que desee ver el comercial o entrar a su página web.

5.2. Caso Victor Whitmill vs. Warner Bros. Entertainment Inc.



El caso que continúa en esta lista es el de Caso Victor Whitmill vs. Warner Bros. Entertainment Inc, que envuelve al famoso boxeador Mike Tyson, El tatuador Victor Whitmill ya antes había consentido la aparición de Myke Tyson con su tatuaje en las películas de The Hangover, pero en la segunda parte de esta que se estrenó el 2011, se utilizó el tatuaje realizado por Victor Whitmill a Myke Tyson en la película, más aún, en los afiches de promoción de la película se hace principal énfasis en el tatuaje. Por lo cual, este consideró una vulneración de sus derechos y decidió demandar a la empresa Warner Bros. Entertainment Inc.

El tatuador afirmó que él creó y diseñó el tatuaje de una manera original y distintiva, además de plasmar el tatuaje directamente en la cara de Tyson, no necesito dibujarlo o voltearlo de ninguna manera, y aún más importante, que el día de realizado el tatuaje el 10 de febrero del 2003 Myke Tyson fue muy consciente y firmó un documento en el cual reconocía que Victor Whitmill es el creador y que cualquier ilustración, creación, bocetos, dibujos o hasta fotografías relacionados con el tatuaje de Tyson, serían de su propiedad.

Por lo cual, él en la demanda adjunto este documento y varias fotos que fueron tomadas el día de la realización del tatuaje donde se puede ver juntos al artista y al boxeador cuando se realizaba el procedimiento.

Dentro de sus peticiones estaba el ser indemnizado por la infracción y obtener una parte de las ganancias del demandado, también el suspender la promoción de la película, y que se prohibiera lanzar la misma. La Juez Catherine D. Perry decidió desestimar las peticiones del tatuador ya que sería una gran afectación para el público y las salas de cine y a la Empresa al retrasar el lanzamiento de la película, aunque se determinó que Whitmill con sus alegaciones podría ganar el juicio ya que sus derechos de autor sobre su obra han sido determinados y registrados y se ha previsto de varias maneras este tipo de situaciones. Pero de que el veredicto hubiese sido distinto, se habría causado la pérdida de al menos 100 millones de dólares.

Por el hecho de que esta demanda haya sido interpuesta antes del estreno de la película, para que haya afectaciones, este caso se resolvió extrajudicialmente, por lo cual no se obtuvo una sentencia que pueda resolver el vacío jurídico

existente y que hoy en día nos podría servir de jurisprudencia para cualquier caso a futuro.

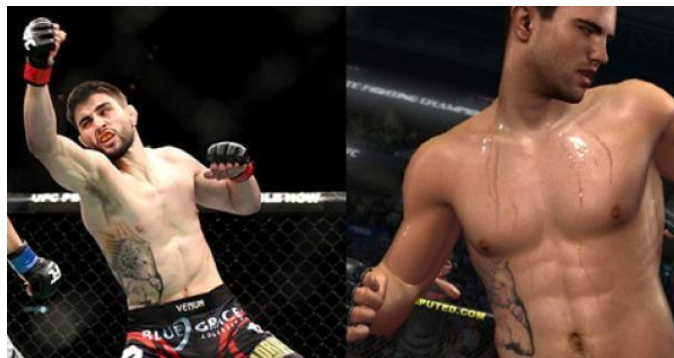
Análisis.

En este caso tenemos la clara vulneración de los derechos patrimoniales del artista, específicamente los derechos de reproducción y de comunicación pública.

Los derechos de reproducción fueron vulnerados, debido a que se reprodujo el tatuaje realizado por Victor Whitmill a Mike Tyson, en el personaje Stu de la película The Hangover.

Y los derechos de comunicación pública fueron vulnerados, ya que la reproducción de este tatuaje fue llevado a una película, a la cual podrían tener acceso todos los espectadores que lo desearan, y el autor autorizó el uso del mismo de ninguna de las maneras empleadas, tomando en cuenta que el tatuaje fue utilizado a en afiches publicitarios de diferentes maneras, vulnerando aún más el derecho antes mencionado.

5.3. Christopher Escobedo vs. THQ, Inc.



En noviembre de 2012 el artista del tatuaje Christopher Escobedo demandó a THQ, Inc.²⁶ fabricante del videojuego “UFC Undisputed 3” en la Corte del Distrito de Arizona en Estados Unidos, debido a que copió una de sus creaciones en el mencionado juego (Grassi, 2016, p.59).

El objeto de la infracción fue el tatuaje que plasmó el artista en el cuerpo del famoso profesional de artes marciales mixtas Carlos Condit en julio de 2009, el cual era un diseño de la cabeza de un león ubicado en la derecha de la caja torácica (costillas) del luchador. Para obtener tal creación el tatuador dibujó

Christopher Escobedo realizó un tatuaje a Carlos Condit en julio del 2009, el tatuaje realizado tenía la forma de un león en la zona de la caja torácica, más específicamente en el lado derecho, Christopher Escobedo realizó una serie de dibujos en papel del diseño hasta obtener una creación que sea del gusto del luchador, para después marcarlo en su cuerpo. Por lo cual Escobedo afirmaba ser el creador y diseñador de la obra. En el año 2012 en el mes de noviembre Escobedo interpuso una demanda en la corte del distrito de Arizona en EEUU a THQ por el videojuego “UFC Undisputed 3” ya que la empresa realiza una copia exacta del tatuaje antes mencionado en el personaje de Carlos Condit

En la demanda se afirma que “Una vez escogido el personaje comienza el juego, que consiste en rondas de combate. Si es seleccionado Condit se puede visualizar claramente el tatuaje de león en las luchas debido a que aparece sin camiseta” y “THQ permite que los usuarios realicen un carrete más destacado de la pelea y la publiquen en línea, de modo que facilita que descarguen, copien y distribuyan públicamente copias adicionales de la réplica no autorizada del tatuaje” (Demanda Escobedo vs. THQ, Inc., 2012)

También Escobedo afirmó que nunca autorizó a Carlos Condit ni a terceros el poder utilizar su obra mediante copia o representación gráfica del mismo, también el registro este tatuaje en la Oficina de Copyright de los Estados Unidos mediante el Certificado de Registro de derechos de autor N° Vau001094747 de fecha 24 de febrero de 2012, titulado “el tatuaje del león”

Dentro de la demanda la abogada de la parte actora afirmó que

“La gente a menudo cree que poseen las imágenes que están tatuadas por los tatuadores, pero en realidad el propietario de la obra de arte del tatuaje es el creador de la obra, a menos que haya una asignación por escrito de los derechos de autor en el arte del tatuaje. Los señores Escobedo y Condit nunca

tuvieron un acuerdo por escrito. Por lo tanto, Escobedo sigue siendo el propietario de los derechos de autor sobre la imagen que dibujó” (Cision PRWeb, 2012).

Por los actos realizados por THQ Escobedo solicitó que se le incluya dentro de todas las ganancias percibidas por el juego y una indemnización por daños y perjuicios de 4 millones. La magistrada Mary F. Walrath termino resolviendo el caso en la corte de bancarrota, debido a que la compañía se encontraba en bancarrota, tomando una decisión de una indemnización de \$22,500 que fue la cantidad que se pagó a Carlos Condit por aparecer en el juego, Escobedo no conforme decidió apelar la sentencia, a pesar de esto, el caso se terminó resolviendo de manera extrajudicial, por lo cual el caso fue desestimado el 11 de diciembre de 2013

Análisis.

En este caso podemos mirar cómo se vulneran los derechos patrimoniales del artista al representar su obra dentro de un videojuego, vulnerando así su derecho de reproducción y comunicación pública.

Debido a que En el derecho de reproducción se genera dentro del videojuego el mismo tatuaje que él realizó, siendo esta una reproducción no autorizada, y vulnerando sus derechos

En el derecho de comunicación pública de igual manera, se comercializa, y se puede disponer del diseño copiado por cualquier persona que pueda adquirir el videojuego o tenga la posibilidad de observar una partida será grabada o fotografiada.

5.4. Caso Solid Oak Sketches, Llc. vs. 2K Games, Inc. by Take Two Interactive Software, Inc.



El 1 de octubre de 2013 lanzó “NBA 2K14”, el 7 de octubre de 2014 aproximadamente publicó “NBA 2K15” y el 29 de septiembre de 2015 lanzó “NBA 2K16”, todos estos juegos electrónicos incluyeron la reproducción no autorizada de varios diseños de tatuajes, cuyos derechos de autor los posee Solid Oak” (Demanda Solid Oak Sketches vs. 2K Games, INC y Take Two Interactive Software Inc., 2016, p.3).

Solid Oak Sketches es una empresa que se dedicó a firmar acuerdos de licencia con varios tatuadores, como, Shawn Roma, Justin Wright y Tommy Ray Cornett, de tatuajes realizados a personas famosas como, por ejemplo. obtuvo los derechos sobre los tatuajes en el año 2015.

El 8 de julio del 2015 Solid Oak decidió contactarse con las autoridades de Take Two Interactive Software mediante varios comunicados en los cuales explicaban que se estaban cometiendo una vulneración de derechos de autor contra su compañía, de esta manera se buscaba llegar a un acuerdo en el cual exista una compensación por el uso de las obras y un permiso de licencia a futuro, además de una cláusula en la que se acordaría dejar en secreto este conflicto y acuerdo, pero Take Two solo solicitó información relevante pero no aceptó el trato, por lo cual se interpuso una demanda

El caso llegó a las manos de la jueza de la Corte del Distrito Sur de Nueva York Laura Taylor Swain. Después de ver la demanda y su contestación, analizando la petición por parte de Two Interactive de desestimar la demanda, decidió no aceptar la petición, dejando que el juicio continúe.

Finalmente fue resuelto en el año 2020

“La juez Laura Taylor Swain finalmente basa su conclusión en 3 ideas principales: el uso de minimis, la licencia implícita y el fair use. En primer lugar, señala que, para poder presentar una reclamación de infracción de derechos de autor, el demandante con derechos de autor debe demostrar dos aspectos: que el demandado ha copiado sustancialmente la obra del demandante y que, al existir una similitud sustancial entre la obra del demandado y los elementos protegibles de la obra del demandante, hay una copia ilegal. En este caso la juez sostiene que los tatuajes no son lo suficientemente visibles como para detectar cada trazo en el videojuego, sino que representan entre un 4% y un 10% del tamaño real del tatuaje, lo necesario para poder plasmarlo en la simulación del videojuego. Este uso de minimis demuestra que no se puede considerar una copia, sino que el hecho de plasmar los tatuajes en el juego simplemente ayuda a hacer más realista la imagen del jugador (Epígrafe De Minimis Use).

En segundo lugar, sostiene que la parte demandada tenía una licencia implícita para usar los tatuajes con base en acuerdos con la NBA, ya que ellos sí tenían la autorización de los jugadores para utilizar su imagen (Epígrafe Implied License). También añade que Solid Oak nunca ha concedido licencias para los diseños de tatuajes y que no existe, ni se prevé que exista, ningún mercado de licencias de tatuajes de jugadores de baloncesto para su uso en videojuegos. (Epígrafe Market for Licensing Tattoos). “ (LOS DERECHOS DE AUTOR EN LOS TATUAJES: CASO “SOLID OAK SKETCHES” VS. “TAKE TWO & 2K GAMES” ., s/f)

“basa su conclusión final en que el uso de los tatuajes constituye un fair use, recogido en la sección 107 del Copyright Act. Esta sección sostiene que para determinar el uso justo que se hace de una obra hay que basarse en 4 factores principales: el propósito del uso, la naturaleza de la obra protegida, la cantidad y la importancia de la parte utilizada en relación con la obra total, y el efecto de su uso en el mercado. Con base en esto, la juez aclara que el propósito de plasmarlos en un videojuego es totalmente diferente al propósito para el cual fueron creados, ya que estos se integraron en el juego para el reconocimiento

de los jugadores en la pantalla y no como una estrategia de marketing, por lo que no constituye una infracción de derechos de autor. Sería una locura imaginar que el aspecto real de una figura pública con tatuajes necesite la autorización del tatuador siempre que estos vayan a reproducirse en un soporte como un videojuego, una revista e incluso un documental “(LOS DERECHOS DE AUTOR EN LOS TATUAJES: CASO “SOLID OAK SKETCHES” VS. “TAKE TWO & 2K GAMES”., s/f)

Análisis.

En este caso de igual manera Podemos observar cómo se reproduce de manera no autorizada los tatuajes de varios artistas cuyos derechos fueron adquiridos por Solid Oak Sketches, de igual manera se vulneran los derechos de reproducción y de comunicación pública ya que se observa a los personajes con las obras exactamente iguales, y cualquier persona puede tener acceso a las obras si visualiza a los personajes en el juego.

Rompe la línea jurisprudencial

Tomando en cuenta que esta es uno de los pocos casos en los que sí se dictó sentencia, la decisión de la jueza no me parece lo suficientemente fundamentada, ya que a pesar de los 4 puntos que expone, no quita que la obra fue reproducida sin una autorización, y que la empresa infractora no tomó en cuenta esto, de igual manera las obras se encontraban protegidas antes de la controversia, por lo cual aunque el juego no se centre en los tatuajes, y según alegan, estos no son parte fundamental, si no fueran fundamentales en juegos que se suponen que tienen tecnología tan avanzada para poder mostrar a los jugadores de la manera más fiel posible, podría haber generado el juego sin necesidad de colocar los tatuajes a los personajes del videojuego.

Pero esto habría causado una gran molestia en el público del videojuego ya que muchas veces estos tatuajes representan parte de la evolución de un jugador o personaje, como por ejemplo de Lionel Messi, podemos darnos cuenta de su cambio o evolución mediante sus tatuaje y si en un videojuego lo retrataron sin ellos, la gente no sabría qué etapa del personaje estamos visualizando en el

videojuego, lo mismo podría variar en un corte de cabello o hasta barba, por lo cual si considero que son una parte esencial de la persona para poder representarlo de una manera completamente fiel, y tomando en cuenta la definición de estos juegos, el tatuaje debe haber sido reproducido con una calidad muy alta para que pueda visualizarse en el juego, y a pesar de que en el momento de juego se pueda observar muy poco, al momento de seleccionar los jugadores o en el caso de que los jugadores hagan alguna anotación o algo, en el vídeo de reproducción del momento se ve con claridad a los mismos visualizando los tatuajes y siendo muy tomados en cuenta.

5.5. Caso Louis Molloy vs. David Beckham



En este caso el tatuador realizó 9 piezas en total a David Beckham, en el año 2005 Beckham y su esposa le consultaron si podrían utilizar sus creaciones como parte de la imagen ya que Beckham sería parte de una campaña publicitaria, pero el artista se mostró afectado, y decidió no acceder y poner en vista que se estarían violando sus derechos de autor y copyright, y qué si ellos llegaran a hacer esto sin su autorización, él los demandaría, por lo cual no se ha visto a Beckham luciendo sus tatuajes en campañas publicitarias, a pesar de que el artista no decidió comercializar sus obras, este si recibió varias ofertas por lo diseños, pero él las rechazó.

En varios medios de la época se mencionó que las obras de Molloy no le importan a nadie si no fuera porque se encontrarán en el cuerpo de Beckham,

pero a pesar de toda la controversia, hasta el momento no se ha iniciado ningún juicio al respecto.

Análisis.

En este caso podemos observar que Louis Molloy decidió no ceder sus derechos de comunicación, y que de alguna manera fueron respetados con la advertencia del artista de demandar a la pareja. Que normalmente este tipo de resultados en los casos puede variar, como en los anteriores, ya que se puede llegar a un acuerdo por el uso de los mismos, pero si aun así el autor desea no ceder sus derechos para ningún tipo de reproducción o comunicación pública o distribución, esto debe ser respetado.

Este es un momento de cómo se limitan derecho sobre mi cuerpo

5.6. Caso González vs. Transfer Technologies Inc.

En este caso, Gonzales realizó algunas creaciones las cuales tenían la finalidad ser utilizadas para la reproducción de camisetas, pero la empresa Transfer Technologies decidió hacer el uso de estos diseños para crear tatuajes temporales, por lo cual Gonzales al enterarse de esto decidió demandar a Transfer Technologies, y se detuvo inmediatamente la producción y comercialización de los mismos.

En el juicio se decidió que el artista recibiría una indemnización de \$750 por obra, que daría un total de \$3000 pero que no entraría la cuestión de costes de abogados al no considerarlos necesarios para este caso, pero este decidió apelar y en la sala 7ma de apelaciones se decidió que, a pesar de la suspensión de actividades, esto no era argumento suficiente para no realizar el pago de costes de abogados.

Análisis.

En este caso vemos una clara vulneración del derecho de reproducción y distribución, porque el creador de la obra lo hizo con una finalidad, y el decidió el método de reproducción que se utilizará para su obra, pero no se cumplió y decidieron reproducir las obras con otra finalidad completamente distinta que

vulnera el derecho de distribución, ya que el artista debería elegir cómo se distribuiría su obra y en qué método, por lo cual, a pesar de no haber sido una controversia por algún famoso, podemos ver que si los diseños son utilizados con un fin comercial, estos afectan directamente al autor del mismo.

5.7. Caso Jeffrey B. Sedlik demandó a la tatuadora Kat Von D



En este caso Jeffrey B. Sedlik demanda a la tatuadora Kat Von D por un tatuaje realizado del retrato generado por Jeffrey de Miles Davis, la tatuadora reprodujo la obra de Jeffrey en el hombro de un cliente, y utilizó las imágenes del tatuaje para generar publicidad en sus redes sociales y página web.

Jeffrey asegura que la tatuadora obtuvo grandes ganancias por la publicidad generada de la reproducción de su obra, por lo cual exige una indemnización de 150,000\$, este caso sigue en proceso.

Análisis.

En este caso podemos observar lo contrario, como se demanda a una tatuadora por la reproducción de otra obra de arte, podemos darnos cuenta aquí que los 4 puntos observados que tiene que tener una obra para ser considerada así son muy importantes, y este tatuaje más que una obra vendría a ser una reproducción, y la parte importante de este caso para nuestro análisis es que, mientras un tatuaje no cumpla estos 4 requisitos, no podrá ser considerada obra y los tatuadores no podrán tener derechos morales ni patrimoniales de su creación, por lo cual todos los derechos que nacen de la obra original le seguirán perteneciendo al artista original de la obra, lo cual pasaría exactamente igual si un tatuador realiza un diseño que no sea de su autoría, este no tendría ningún derecho sobre la obra, a pesar de ser el medio para poder reproducirla.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- Podemos concluir que si el tatuaje fue plasmado en el cuerpo con la técnica del freehand o free machine puede ser considerado una obra de arte en sí misma.
- Si para realizar un tatuaje fue necesario un diseño previo, aquel será susceptible de protección de derechos de autor, y el tatuaje será solo una reproducción del mismo.
- De acuerdo a la normativa aplicable en el territorio Ecuatoriano, el tatuaje o diseño de tatuaje podrá ser considerado una obra de arte si cumple con los 4 requisitos establecidos en la RESOLUCIÓN No. SENADI-DNDAYDC-2021-001-REG-R, que son: 1) *Elemento volitivo o animus narrandi*, 2) *Debe ser susceptible de poner en práctica el fenómeno de la comunicación humana*, 3) *Debe tener altura creativa*, y 4) *Debe ser original*.
- No todos los tatuajes pueden ser susceptibles de protección por los derechos de autor, solo los que cumplan los requisitos para ser considerados obras artísticas.
- Al considerar al tatuaje o su diseño como una creación artística, los tatuadores deben ser reconocidos como los autores de la obra en el ámbito jurídico, lo cual genera la garantía de protección de sus derechos morales y patrimoniales.
- Concluimos que la titularidad y autoría de la obra recaen sobre el creador de la misma que vendría a ser el tatuador, a menos que éste ceda sus distintos derechos patrimoniales.
- La persona al tatuarse, acepta la modificación de su cuerpo y que la titularidad y autoría del diseño que llevará en su piel le pertenecen al tatuador a menos que pacten lo contrario.
- Los principales derechos morales que aplican a los tatuadores son:
- **El derecho de divulgación** que se refiere a la facultad del autor para disponer y poder tomar la decisión de si dará a conocer su obra, y la manera en la que se mostrará, en el caso de los tatuajes, el tatuador al momento de crear un diseño para plasmarlo en la piel, disponen de la facultad de decidir si matarlo o no y de quien llevara la reproducción de

su obra, pero en el tatuaje, al ser la piel el lienzo, se entendería que al tomar la decisión de tatuar a alguien, se está aceptando implícitamente que su obra sea divulgada.

- **El derecho de paternidad** se basa en la facultad que dispone el autor para poder exigir que su nombre o seudónimo pueda ser vinculado a cualquier difusión de su obra, o contrariamente, que no se haga público su nombre o seudónimo en su obra, y esta quede en anonimato. En el tatuaje no se podría impedir que el tatuador no se dé a conocer, pueda utilizar un seudónimo de su obra o decida sobre su derecho de paternidad, por lo cual la persona tatuada no podría oponerse a reconocer la paternidad del autor.

- **El derecho de integridad** se refiere a que el autor puede exigir que respete la integridad de su obra al momento de ser divulgada, para evitar que se realice modificaciones, adiciones, o cambios en general que puedan llegar a alterar la concepción de la obra, evitando que se perjudique su reputación. Dentro del tatuaje el autor tiene limitación de este derecho ya que no puede disponer del cuerpo de otra persona, y este se ve limitado.

El tatuador puede disponer de la integridad del diseño que realizó y evitar que se llegue a modificar si es que alguien más lo intenta reproducir en cualquier medio.

- **El derecho de retracto también es conocido** como derecho de arrepentimiento porque se basa en el retiro de la obra del mercado por decisión del autor. En el caso de los tatuadores, no dispondrán de este derecho ya que, al momento de plasmar la obra en un lienzo no convencional que posiblemente se vuelve permanente, no puede tener retracto sobre la obra ya que, a pesar del deseo de quitarla, esta no podrá ser eliminada de la persona tatuada solo por voluntad del autor.

- **El derecho de acceso** se fundamenta en que el autor debe poseer el derecho a acceder al ejemplar único de la obra cuando este se encuentre en poder de algún tercero, la intención de acceder al cuerpo de la persona tatuada trae peculiares connotaciones que podrían afectar los derechos de la integridad de la persona, limitando el acceso del tatuador a su obra,

ya que el derecho a la integridad de la persona tatuada se pondera por encima del tatuador.

- **El derecho de reproducción** representa la facultad del autor de autorizar la fijación del corpus mysticus de la obra en el corpus mechanicus. Los tatuadores deciden reproducir su obra en lienzos no convencionales que vendrían a ser la piel, y pueden reproducir el mismo así sea en diferentes lienzos.
- **El derecho de comunicación pública** se fundamenta en el poder de difusión de la obra por algún medio por el cual se puedan expresar las palabras signos sonidos o imágenes, este derecho para los tatuadores se aplica mediante la plasmación de la obra en el corpus mysticus, pero solo tendrá acceso a la obra las personas que el poseedor de la obra desee que tengan acceso, las demás personas podrán tener acceso al mismo a través de fotos o representaciones de la obra original que sería el tatuaje
- **El Derecho de distribución** otorga la facultad al autor de autorizar de manera exclusiva la distribución de los ejemplares de su obra, para poder realizar transferencia de propiedad hacia los consumidores. Este también puede ser mediante el arrendamiento o alquiler de sus ejemplares.
- En el caso de la distribución los tatuadores el único tipo de distribución que podrían tener es de imágenes del tatuaje que realizaron, y permitir la distribución del mismo.
- **El derecho de transformación de la obra** es el que otorga al autor la facultad de explotar su obra autorizando la creación de obras alternas a la principal, como diferentes tipos de obras derivativas, pero teniendo en cuenta que las obras derivadas se caracterizan por su originalidad propia, se podrían considerar transformaciones de la obra, “la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra” (COESC, 2016, artículo 120 numeral 5; Decisión 351,1993, artículo 13 literal e). Los tatuadores tienen derecho a la transformación de la obra ya que pueden otorgar la facultad de que alguien más pueda generar alguna obra alterna a su obra original o poder cambiarlo de alguna manera el mismo.
- **El derecho de importación** consiste en que el creador tiene la potestad de prohibir o autorizar la importación o exportación de su obra a otro país, por lo cual, para cualquier accionar de un tercero sobre su obra así sea el

poseedor tiene que ser previamente autorizada por el titular. Según el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho a la libre circulación al proclamar que “toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado” y los tatuadores no podrían prohibir ni restringir este derecho a pesar de que la obra se encuentre en el cuerpo de la persona.

- Es momento de que los tatuajes dispongan de una normativa en la cual sean protegidos de la misma manera que otro tipo de obras artísticas. Sin menospreciar los distintos tipos de arte post estereotipos o tabúes que han generado discriminación hacia las personas con afinidad al tatuaje.
- Se debería incentivar el conocimiento de la información legal respecto a los tatuajes, para que estos datos estén al alcance de tatuadores e interesados en tatuarse, informando el límite y la protección que les ofrece los derechos de autor.
- El arte al ser plasmado en la piel sólo puede ser poseído por un dueño, el poseedor de la obra siempre va a ser la persona tatuada, y se debe tener en cuenta que a diferencia de muchos otros tipos de obras de arte, esta no puede ser transferida a alguien más, porque está integrada al cuerpo de la persona que decidió marcarse en la piel.
- No todas los diseños o tatuajes que se realizan son 100% originales, tanto como cualquier creación artística, todo es una interpretación o modificación de la realidad general y realidad creativa del autor, por lo cual en algunos de los estilos como el realismo, e hiperrealismo, estamos realizando una reproducción de una fotografía, y esta reproducción no cumple con los requisitos para que se considere una obra.
- En el mundo del tatuaje la copia de diseños es muy común, si un artista llega a copiar el tatuaje de otro, este estaría afectado a sus derechos sobre su obra. Pero el hecho de que al momento de reproducir este primero lo haga de una manera diferente al creador original (originalidad subjetiva) con una expresión de la visión y habilidad del segundo artista, podría ser considerada una obra original apelando al lado subjetivo. También podría ser una obra derivativa, pero el tatuador necesitaría el permiso del creador del diseño para poder modificar su obra.

- Si se realizara un tatuaje de algún personaje famoso que se encuentre previamente registrado, como el ejemplo de Mickey Mouse. Se estaría vulnerando el derecho de comercialización de este personaje, ya que deberíamos tener algún tipo de permiso o concesión para poder tatuarlo, porque se podrían ver afectados los derechos morales de la obra.
- Al cobrar por este tatuaje, estaríamos vulnerando los derechos de remuneración que tienen los dueños del personaje, pero si este tatuaje ha tenido un costo bajo, consideramos que no valdría la pena iniciar una acción legal por este tipo de reproducción.
- Tomando en cuenta que el tatuaje es valorado de diferentes maneras de acuerdo al país donde este se realice, aun así, este tiene un valor muy subjetivo que depende del artista. Un tatuaje pequeño de Mickey mouse realizado en países de primer mundo puede estar costando alrededor de \$200 hasta \$400, mientras que si este es realizado de manera profesional aquí en Ecuador su costo puede llegar a variar entre los \$50 hasta los \$100, esta remuneración no es lo suficientemente significativa para iniciar un proceso legal por la violación de derechos de autor.
- Si llegara a darse una demanda por estos casos, de acuerdo al Artículo 54 de la decisión andina 351
- *“Ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante. En caso de incumplimiento será solidariamente responsable.”(SICE - Comunidad Andina - Decisión 351, s/f)*

Por lo cual la demanda sería tanto para el tatuador como para la persona tatuada.

- En los casos analizados podemos observar la falta de precedentes jurisprudenciales para poder evitar cualquier conflicto dentro de este nuevo tipo de arte. Por lo cual es necesaria una mayor amplitud normativa que envuelva los tatuajes de manera directa para prever cualquier tipo de conflicto.

- Recomendamos que el tatuaje al ser plasmado en un lienzo no convencional se debería incluir como obra artística dentro de los regímenes especiales del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos Creatividad e Innovación.
- Recomendamos regular los límites de los derechos de autor cuando se trata de un lienzo no convencional, donde este se vea limitado por la integridad personal del cliente, y en la que el tatuador a pesar de tener derechos sobre su obra, no puede disponer del cuerpo de alguien más.

BIBLIOGRAFÍA

Autoría y titularidad en el Derecho de Autor - Informática Jurídica. (s/f). Recuperado el 21 de noviembre de 2022, a partir de <https://www.informatica-juridica.com/trabajos/autoria-y-titularidad-en-el-derecho-de-autor/>

¿Cuales son los estilos de tatuajes más demandados? - ESDIP Madrid. (s/f). Recuperado el 21 de noviembre de 2022, a partir de <https://www.esdip.com/blog-escuela-de-arte/cuales-son-los-estilos-de-tatuajes-mas-demandados/>

Descubren los tatuajes más antiguos del mundo - National Geographic en Español. (s/f). Recuperado el 27 de noviembre de 2022, a partir de <https://www.ngenespanol.com/ciencia/descubren-los-tatuajes-mas-antiguos-del-mundo-en-momias/>

Experimental, L. A.-B. de A. (2016). Acercándonos al mundo del tatuaje en la prehistoria: un caso experimental en torno a los tatuajes de Ötzi/Approaching the Tattoo World in Prehistory: an. *Revistas.Uam.Es*, 11. <https://doi.org/10.15366/baexuam2016.11>

García, A. G., & González García, A. (2013). *El tatuaje y la perforación en la construcción de la corporeidad.* <https://doi.org/10.7184/cuid.2013.37.03>

LOS DERECHOS DE AUTOR EN LOS TATUAJES: CASO “SOLID OAK SKETCHES” VS. “TAKE TWO & 2K GAMES”. (s/f). Recuperado el 29 de noviembre de 2022, a partir de <https://www.propiedad-intelectual.dursa.com/en/blog-propiedad-intelectual/item/193-los-derechos-de-autor-en-los-tatuajes-caso-solid-oak-sketches-vs-take-two-2k-games>

SICE - Comunidad Andina - Decisión 351. (s/f). Recuperado el 27 de noviembre de 2022, a partir de <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec351s.asp>

Visual, A. W.-[2017] C. I. de C., & 2017, undefined. (s/f). El tatuaje contemporáneo. Identidades intervenidas. *Conferences.Eagora.Org*. Recuperado el 19 de

septiembre de 2022, a partir de

<https://conferences.eagora.org/index.php/imagen/cv2017/paper/view/1649>

Sedano, T. G. (2016). Análisis del criterio de originalidad para la tutela de la obra en el contexto de la ley de propiedad intelectual. *Anuario jurídico y económico escurialense*, (49), 251-274.

Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, Registro Oficial Suplemento 899 (09 de Diciembre de 2016).

Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual 20 de diciembre de 1996). Recuperado de https://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file_id=295158

Derechos Humanos, D. U. (1948). Declaración Universal de los Derechos humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas, 10.

Copyright Act (1976). Recuperado de <https://wipolex.wipo.int/es/text/130041>

Reed vs. Nike Inc., Tribunal del Distrito de Oregón de Estados Unidos. (octubre del 2005) Número de caso 3:05-cv-00198. [MP Anna J. Brown]

Grassi, B. L. (2016). *Copyrighting Tattoos: Artist vs. Client in the Battle of the (Waiver) Forms*. *Mitchell Hamline Law Review*. Recuperado de <https://open.mitchellhamline.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=mhlr>

Escobedo vs. THQ, Inc., Corte del Distrito de Arizona de Estados Unidos (11 de diciembre del 2013) Número de caso 2:12-CV-02470. [MP James A Teilborg]

Cision PRWeb. (16 de noviembre 2012). *Tattoo Artist Files Lawsuit Claiming that THQ Stole His Artwork in UFC Undisputed 3*. Recuperado de <http://www.prweb.com/releases/2012/11/prweb10144896.htm>

Solid Oak Sketches, Llc. Vs. 2K Games, Inc y Take Two Interactive Software, Inc., Corte del Distrito Sur de Nueva York (1 de febrero de 2016) Número de caso 1:16-CV- 00724. [Laura Taylor Swain]