



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL

EL CUERPO COMO SOPORTE DE UNA OBRA DE PROPIEDAD INTELECTUAL
Protección jurídica del tatuaje

Memoria para optar al título de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor:

DANIELA NOEMÍ OLIVA DÍAZ

Profesor Guía:

Santiago Schuster Vergara

Santiago, Chile

2023

Índice

Introducción.....	5
CAPÍTULO I: El cuerpo humano en el arte y su vinculación con el tatuaje: la perspectiva artística y jurídica de este arte corporal.	8
1.Arte corporal en la historia y su delimitación bajo el derecho de autor	8
2.El carácter de obra protegida en el arte corporal	12
3.La protección del tatuaje como obra	12
3.1. Participación del cuerpo en el arte corporal	14
a) El cuerpo como herramienta de creación.....	15
b) El cuerpo como un componente	16
c) El cuerpo como lienzo.....	18
4.El arte de tatuar: una especie de arte corporal que utiliza el cuerpo como soporte. 19	
5.El cuerpo tatuado utilizado como soporte en la práctica	20
6.Análisis del tatuaje a la luz de la aplicación del <i>Copyright Act</i> (Ley de Derechos de Autor Estadounidense) y la Ley n° 17.336 de Propiedad Intelectual	22
a) Originalidad	23
a. Presupuesto de originalidad en la legislación internacional y nacional .	26
b) Clasificación de la obra	27
c) Fijación en un medio de expresión tangible	28
CAPÍTULO II: Titularidad sobre los tatuajes como obras intelectuales	32

1. Titular originario de un tatuaje.....	32
a) Tatuaje en pluriautoría	35
b) Tatuaje creado por una persona jurídica.....	36
2. Titular secundario de un tatuaje.....	37
3. Cuestiones de titularidad en el tatuaje como obra por encargo	39
 CAPÍTULO III: Desafíos jurídicos que surgen de la situación de propiedad intelectual del tatuaje.....	 43
1. Eventual colisión entre derechos relacionados con la autodeterminación sobre el cuerpo humano y el derecho de autor sobre el tatuaje	44
a) El tatuaje como parte del derecho a la propia imagen y su interacción con los derechos patrimoniales del derecho de autor	44
b) Afectación a la libertad ambulatoria	56
c) Afectación al desarrollo de la personalidad externa	59
2. Formas de explotación del tatuaje y sus implicancias en el uso del cuerpo humano como soporte	65
a) Derecho de reproducción	66
b) Derecho de distribución.....	67
c) Derecho de comunicación al público.....	68
d) Obra derivada	68
2.1. Mecanismos de explotación	69
3. Aplicabilidad de las excepciones de uso o autorizaciones legales de uso en relación al tatuaje.....	73

CONCLUSIÓN	77
BIBLIOGRAFÍA	79

Introducción

Durante siglos, en el ámbito artístico, el cuerpo humano ha servido de medio para materializar las ideas del autor. No cabe duda de que bajo ese contexto se le atribuya la denominación de soporte ya que sirve de base para sostener un diseño bidimensional. Bajo los términos del derecho de autor continental, el soporte no es un elemento indispensable ni se encuentra sujeto a requisitos, sino que es la obra que debe buscar la forma de cumplir con la originalidad suficiente para que se le otorgue protección.

Este estudio razona acerca de la protección de los derechos de autor a los tatuajes. La mayoría de la doctrina y jurisprudencia aboga por que sean un objeto protegible de derecho de autor, teniendo en consideración el estilo, el uso de color, los trazos y la premeditación detrás de un tatuaje creativo, de forma similar a como se evalúa la originalidad de las pinturas, dibujos, ilustraciones y otras obras visuales. Esto se respaldará con los casos que se comentarán del derecho comparado.

La investigación busca determinar si el tatuaje cumple con el presupuesto de originalidad, conocido como uno de los requisitos mínimos y universales entre los países adheridos al Convenio de Berna, de modo que si un tribunal en Chile deba resolver si los tatuajes son objeto de derechos de autor, junto con reconocer las diferencias con otros tipo de obras visuales, pueda observar que la individualidad del tatuaje adherido de manera permanente a un cuerpo humano es también aplicable la categoría de obras visuales.

Si bien nuestro objetivo es intentar visibilizar al tatuaje como un tipo de obra protegible, también nos llevará a reflexionar sobre las restricciones y remedios que impone la Ley n° 17.336 al entrar en contacto con la libertad y autodeterminación de sus portadores.

Muchos artistas del mundo del espectáculo y entretenimiento como actores, cantantes y deportistas en más de una ocasión han provocado que la protección de

derecho de autor respecto a este tipo de arte se haya visto tensionada debido a la proliferación de plataformas comunicacionales que permiten su exposición.

Así, por ejemplo, un caso que causó revuelo en la industria de los videojuegos hace un par de años se originó por el uso no autorizado de los tatuajes de famosos basquetbolistas al ser reproducidos como avatares digitales. En otro caso durante la grabación de una cinta cinematográfica, a modo de imitación, uno de los actores tenía maquillado el tatuaje de un distintivo boxeador, lo que también fue objeto de demanda.

A pesar de existir experiencias comparadas que abordan los conflictos suscitados frente a este tipo de obras, no se visualiza un panorama del todo claro para solucionar conflictos que podrían surgir entre los derechos de un tatuador y los derechos básicos del destinatario. Tratamos con una forma de expresión que presenta nuevos desafíos desde la óptica de la propiedad intelectual. ¿Soy el dueño del tatuaje sobre mi piel? ¿A qué explotaciones puede someterse un tatuaje si posteo una foto, un video o lo expongo por otros medios? ¿Puedo afectar el derecho de autor del tatuaje tatuando otro encima u optando por borrarlo con láser? Son el tipo de interrogantes que se pretenden abordar a lo largo de esta investigación.

Es un tema que se debe seguir explorando sobre todo porque es un arte que está en auge entre la población mundial, al igual que las plataformas que se usan para compartirla, lo que no deja fuera que se discuta bajo la regulación nacional. Cabe señalar que quedará fuera del alcance de este análisis las cuestiones relativas al curso de acción que se pueda tomar y las indemnizaciones correspondientes, si se termina configurando alguna infracción a este tipo de obra. Aunque reconocemos la importancia de abordar las infracciones, pretendemos enfocarnos en el objetivo de identificar los desafíos principales que derivan del tatuaje.

Esta investigación se iniciará con una reseña sobre el tratamiento que se le da al cuerpo en las distintas ramificaciones del arte corporal para contextualizar y destacaremos entre estas al tatuaje como objeto de estudio. Este vendría siendo

uno de los formatos artísticos aptos para convertirse en objeto protegido debido a su contenido creativo.

Seguidamente, en el segundo capítulo avanzamos a teorizar sobre situaciones de titularidad de derecho de autor en las que no se condice con la misma persona (quién lo porta y diseña) para luego en el tercer capítulo avanzar con los desafíos jurídicos e implicancias que surgirían a partir del reconocimiento del tatuaje como obra de propiedad intelectual, ya particularizada como una obra original adherida a la piel de un tercero distinto del tatuador. Dichos desafíos estarían ligados a las siguientes etapas de análisis a una situación de propiedad intelectual, esto es: el choque con ciertos derechos personalísimos del portador, los derechos económicos del autor y la determinación de usos excepcionales de la obra.

Para todo esto recurriremos a la jurisprudencia y doctrina estadounidense que es donde se han planteado inicialmente estas discusiones, con el fin de compararlo a la normativa nacional de derecho de autor y así poder aportar con respuestas en caso de que nuestros tribunales se vean enfrentados a estas problemáticas. Nuestro país no queda exento de los litigios que podrían surgir a partir de estas prácticas de decoración corporal que cada vez van en auge. La Constitución Política de la República reconoce la protección de la propiedad intelectual pero también procura resguardar derechos básicos relacionados con la libertad, la autonomía corporal, la libertad de expresión y libre circulación de la persona. Además, estas dos áreas del derecho encuentran su asidero en normativa internacional. Si bien los tratados sobre propiedad intelectual nos brindan una guía sobre los derechos mínimos que deben cumplir sus adherentes, queda en nosotros encontrar la normativa nacional que permita solucionar esto tipo de problemas en el futuro.

CAPÍTULO I: El cuerpo humano en el arte y su vinculación con el tatuaje: la perspectiva artística y jurídica de este arte corporal.

El desarrollo del arte corporal data de la prehistoria y se caracterizaba por manipular la forma, diseño, apariencia y percepción del cuerpo humano. Se diseminó en varias culturas y adoptó distintas formas para llevarse a cabo, se tomó al cuerpo como si fuese un pincel y hasta llegó a adoptar el rol del mismo lienzo.

Cuando se analiza la situación de propiedad intelectual de estas obras cuyos creadores optan por fijarlas en el cuerpo humano, surgen interrogantes en cuanto a la extensión de los derechos y las implicancias que podrían tener en los derechos personalísimos de quien es portador de la obra de forma permanente. El ejemplo más claro es el del tatuaje, una ilustración bidimensional que se asienta en la piel de quien decida portarlo.

A través de una perspectiva histórica podemos afirmar que el tatuaje ha ganado un valor artístico de tal magnitud que en la actualidad es un área que posee un reconocimiento mundial en el ámbito académico, profesional y comercial. Cada vez son más los tatuadores dedicándose a un trabajo que es considerado una forma creativa de expresarse en la piel humana.

En este primer capítulo definiremos los conceptos básicos relacionados con el arte corporal e identificaremos al objeto protegible o activo relevante en una situación de propiedad intelectual, para luego abordar los desafíos que se suscitan a partir de tal premisa.

1. Arte corporal en la historia y su delimitación bajo el derecho de autor

Los investigadores en historia del arte estimen que el desarrollo de las protecciones artísticas y pintura corporal se dividen en tres partes: el ritual del arte corporal, el nacimiento de una nueva forma de arte que comprende los años 1960-1980 y las formas contemporáneas de arte posterior a 1980¹. Adelantamos que en esta última etapa con el avance de las tecnologías, se tuvo acceso a plataformas de

¹ Volen, B. (2023). Body Art & Body Painting History. Disponible en: <https://bella-volen.com/body-art-history-body-painting-history.html>.

comunicación que nos permitió acceder, compartir, manipular de nuevas maneras a estas nuevas creaciones, lo que conlleva a que empiece a relacionarse con el derecho de autor².

Desde la prehistoria los humanos comenzaron a experimentar con pigmentos que obtenían de la naturaleza para crear distintos diseños sobre el cuerpo con materiales similares a lo que hoy conocemos como pintura corporal. Esta práctica se utilizaba en rituales o celebraciones que representaban la vida del hombre y su relación con ciertas emociones o acontecimientos³. Esta es la primera etapa y comprende las culturas indígenas de Australia, Nueva Zelanda, las Islas Pacíficas, África, India y Japón, y la utilización de la pintura junto con otras formas de arte que incluían tatuajes, taponos de orejas y nariz, *mehndi*, *henna* y escarificaciones.

La segunda etapa se sitúa alrededor de 1960 donde surgió un interés por el proceso de creación del artista, el arte conceptual, la *performance*, la acción en el arte y la utilización del cuerpo humano como un vehículo de expresión. En Europa destacaron los movimientos artísticos del expresionismo abstracto, el arte cinético y que pretendían desafiar los cánones del arte, el uso de herramientas y técnicas tradicionales para crear obras.

Este periodo posee un enfoque artístico que se caracteriza por utilizar al cuerpo como un material tangible. Quiere decir que el cuerpo del artista se convierte tanto en sujeto como objeto de la obra, lo que implica que el artista adopte un rol significativo al intervenir de manera creativa su propio cuerpo o bien el de un tercero, permitiendo el despliegue de “nuevas posibilidades para el soporte artístico”⁴.

El *Oxford English Dictionary* entrega una definición del arte corporal que se vincula con la noción que entregan los críticos y teóricos del arte respecto de esta segunda etapa. Lo define como un tipo de arte en que el artista utiliza su propio cuerpo como medio. Además, está estrechamente relacionado con el arte conceptual y el arte de

² Id.

³ Garrido Vílches, R. (2018). Bodypainting: La piel como lienzo. Tesis de la Universidad de Sevilla. Disponible en: <https://idus.us.es/handle/11441/80666>.

⁴ Arriagada Reyes, G. (2013). Performance: intersticio e interdisciplina. Disponible en <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/113886> p.16.

la *performance*⁵, y floreció principalmente en la misma época en que estas formas de expresión estaban en su apogeo, a finales de los años sesenta y setenta⁶.

La tercera y última etapa del arte corporal se resume en la masificación de nuevas herramientas y técnicas que se puedan utilizar en y con el cuerpo dentro de la escena artística, abarca la continuación del sentido artístico conceptual y teatral de los sesenta y el perfeccionamiento de prácticas de ornamentación que derivan de culturas antiguas.

Como vemos, el rol que se le ha dado al cuerpo bajo un contexto artístico ha sido diverso a lo largo de los años, va desde una fuente de expresión para rituales hasta un motor para el desarrollo de ideas abstractas en artistas contemporáneos. El arte corporal ha alcanzado diversos umbrales de expresión de tal forma que llegaron a ser estudiados, catalogados y desarrollados por las disciplinas del arte. La doctrina concuerda en que el arte corporal se ha convertido en objeto de serias investigaciones por parte de estudiosos de la cultura, historiadores y teóricos del arte, fotoperiodistas y otros. Sus autores demuestran que el arte corporal se remonta a muchos milenios atrás y ha existido prácticamente en todas las culturas humanas⁷.

Sin perjuicio de la larga data del desarrollo del arte corporal a lo largo de la historia, no fue sino hasta la última etapa en que surgieron los primeros conflictos jurídicos que pusieron al arte corporal en la palestra. Con la progresión cultural y tecnológica de la sociedad, surgieron nuevas maneras de ejecutar y compartir las creaciones, esto hizo inevitable que cada vez más artistas empezaran a hacer valer sus derechos de propiedad intelectual sobre sus obras. La propiedad intelectual se

⁵ Andrea Lathrop señala que el arte performance surgió durante la época vanguardista del siglo XIX, se llevaba a cabo a través de *teatros de variedades*, que eran lugares donde se conjugaba música (ruidos molestos), improvisación teatral y poesía. El objetivo principal era provocar incomodidad y molestia en el espectador. Las primeras *performances* evidenciaban una radicalización de los límites del arte en correlativa concordancia con los adelantos tecnológicos de la época: radioteatro, música y cine eran utilizados para montar improvisados espacios donde confluían los grupos vanguardistas. En esa línea, Galia Arriagada afirma sobre la relación entre arte corporal y arte performance que la primera es lo más próximo a la práctica del segundo porque se vislumbra el desarrollo de una intención más elaborada de las acciones. Ver Lathrop Ligueros, A. (2010). Hacia una performance cinematográfica. El cuerpo en la autorreflexión del lenguaje cinematográfico, p.14; Id. en 21.

⁶ Oxford Reference. (s.f.) Body art. En el Diccionario de Oxford Reference. [consulta: 14 de mayo 2023] Disponible en: <https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/oi/authority.20110803095514984>

⁷ Cotter, T. F., & Mirabole, A. M. (2003). Written on the Body: Intellectual Property Rights in Tattoos, Makeup, and Other Body Art. *UCLA Entertainment Law Review*, 10(2). p. 102.

enfrenta a un desafío que se amplía a medida que nos adentramos en la era de la hiperconectividad, pues la tecnología hace que sea más barato, rápido y fácil el copiar, transferir y manipular casi todo tipo de información y creaciones⁸.

Este arte no quedó fuera del fenómeno de las comunicaciones, fenómeno que se refleja en nuevos objetos que son tema de discusión en materia de derecho de autor como el vestuario, la joyería, el tatuaje y el maquillaje.

El caso de *Carell v. Shubert Org.*, es ejemplificador, donde se debatió si el diseño del maquillaje facial utilizado en la producción musical de *Cats* era suficientemente original y expresivo⁹. En *Herbet Rosenthal Jewelry Corp. v. Kalpakian*¹⁰, la parte demandante alegó la infracción del derecho de autor de una pieza de joyería que consistía en un broche de oro con forma de abeja, similar a otro broche con forma de tortuga que estaba siendo fabricado y vendido por los demandados.

Este tipo de ejemplos nos demuestra cómo es que objetos “cotidianos” como formas de arte corporal pueden llegar a estar permeados por alguna manifestación artística, reflejado en su diseño, experimentación de colores y texturas, y a la vez pueden formar parte de grandes marcas y publicidades debido a la homogeneización de productos de consumo impulsado por el desarrollo tecnológico. Si bien el cuerpo humano por siglos ha servido como un medio de expresión para el arte, así como lo han sido la pintura y la escultura, es durante este periodo donde su utilización y difusión ha sido discutida a la luz del derecho.

⁸ Princeton University. Impact of Technology on Enforcement of Intellectual Property Rights. Disponible en: <https://www.princeton.edu/~ota/disk2/1986/8610/861007.PDF> p. 97.

⁹ Cotter, T. F, & Mirabole, A. M., *supra* nota 7, en 104-105. Ver *Carell v. Shubert Org.*, No. 99 Civ. 4997(AGS). United States District Court, Southern District of New York en 2000.

¹⁰ *Herbet Rosenthal Jewelry Corp. v. Kalpakian*, No. 24990. United States Court of Appeals, Ninth Circuit en 1971. Cotter y Mirabole señalan que la joyería se considera como ornamentos para ponerse sobre el cuerpo por lo que cuentan como un arte corporal moderno al cual se le puede hacer aplicable el análisis de derecho de autor que se hace a los tatuajes y diseños de maquillaje.

2. El carácter de obra protegida en el arte corporal

La extensión de la definición de “obra” en términos de artes visuales es amplia, pero dentro del ámbito jurídico se enfrenta a un análisis más selectivo (pero igualmente subjetivo).

En el derecho de autor el término “obra” se emplea para referirse a una amplia gama de creaciones intelectuales, cuyas categorías más tradicionales están contempladas en el artículo 3 de la Ley n°17.336 de Propiedad Intelectual (en adelante “LPI”). El Convenio de Berna tampoco define “obra”, pero en su artículo 2 señala que se encuentran protegidos derechos de autor las producciones del intelecto humano que están nombradas en una lista ilustrativa, no exhaustiva (del dominio literario, artístico, científico) y que revisten una forma de expresión original (independiente de su calidad).

Este listado no taxativo es amplio, pero marca su límite cuando está frente a las ideas ya que la protección del derecho de autor se centra únicamente en formas de expresión originales¹¹. Esto se sustenta en el párrafo 2 artículo 9 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionadas con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) y artículo 2 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor (TODA). (incorporar a pie de página su referencia como Tratados obligatorios para Chile).

3. La protección del tatuaje como obra

A pesar de no tener una definición expresa de obra, la respuesta está en determinar la existencia del presupuesto de originalidad. El presupuesto de originalidad es una de las características fundamentales que distingue el objeto protegido del derecho

¹¹ A raíz de esta exclusión sobre ideas, varios artistas visuales contemporáneos para quienes se destina esta protección están en tensión con los parámetros fijados por el derecho de autor y ven obstaculizados la protección a su resultado creativo. La incompatibilidad entre la búsqueda de nuevas formas de expresión y el incentivo de creaciones del intelecto humano bajo ciertos presupuestos, hace cuestionar el reconocimiento jurídico que le otorgaría el derecho de autor a las obras pertenecientes a corrientes artísticas como la apropiacionista, el arte conceptual o el arte performance ya que se distinguen de aquellas obras de formato que tienen un contenido más tradicional y afín a lo que se refiere la legislación de derecho de autor. Esto se puede tomar como una crítica que no se profundizará en esta investigación, pero vale tomarla en consideración para otras discusiones.

de autor de las otras áreas de propiedad intelectual. Es una característica destacada tanto por el sistema anglosajón como el continental, aunque con un estándar de exigencia distinta. En el caso del derecho de autor continental, la originalidad debe satisfacer un estándar más alto, que dice relación con demostrar que la obra es nueva y no una copia de otra ya existente, y además, debe reflejar la expresión de creatividad del propio autor¹².

Así, por ejemplo, en un fallo ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal de Argentina se cita a Isidro Satanowsky para efectos de argumentar que la originalidad se presume y quien le niega debe probarla¹³. Bajo ese orden de ideas se señala:

“La originalidad consiste en lo que el autor pone de sí al combinar notas, colores, volúmenes o imágenes que, en conjunto, llevan el sello y se distinguen de cualquier combinación anterior y de todo aquello que le sirvió de inspiración o de motivo. Así pues, la originalidad puede existir en la composición o contenido, o la expresión o forma, pero siempre debe denotar personalidad; requiere selección y ordenamiento (...) Así pues, las obras plásticas se expresan por líneas y sombras, se fijan mediante pasteles con las pastas o líquidos colorantes y se exteriorizan por los cuadros, murales, etc.”¹⁴.

Nuestro análisis se centra en el tatuaje, esto es, una especie de arte corporal en el que se demuestra una gran destreza artística por quienes la ejecutan sobre la piel de las personas, sin mencionar que hoy en día tiene su propio reconocimiento en la industria y publicidad. Lo novedoso de estas obras es que han sido foco de discusiones jurídicas producto del contenido creativo que portan. Compartimos la postura de que es un arte que puede cumplir con este presupuesto. Más adelante

¹² Walker Echenique, E. (2020). Manual de Propiedad Intelectual (2.ª ed.). Thomson Reuters. p. 23.

¹³ Antequera Parilli, R. (2009). Texto del fallo en la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, No. 231. Ediciones Abeledo Perrot. Buenos Aires, julio/agosto de 2008, p. 119. Disponible en: <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/1403.pdf>.

¹⁴ Id.

ahondaremos sobre esta afirmación, dado que ahora nuestro objetivo es delimitar el campo de investigación.

Debido a que nos encontramos frente a un vasto conjunto de obras que componen el género del arte corporal (pintura corporal, arte *performance*, tatuajes, escarificaciones, etc.), pretendemos centrarnos en aquel conjunto original que encuentra un símil con el tatuaje por el modo en que se emplea sobre el cuerpo. Parece ser que ir de lleno en afirmar que el tatuaje puede ser una obra original no encuentra suficiente sustento en la doctrina y jurisprudencia más que nada porque a la fecha es poco lo que se ha tratado sobre este arte. En vez de eso, una aproximación más adecuada sería empezar por lo más general en esta materia. Visual y metódicamente, la pintura corporal y el tatuaje se asemejan por fijarse en un cuerpo, utilizar técnicas de dibujo y aplicar colores con una determinada herramienta. Apoyándonos en las características y componentes que se basa la jurisprudencia y doctrina para evaluar la originalidad de una obra visual como lo es la pintura, sirve de sustento para afirmar que dicha evaluación sería aplicable al tatuaje.

Nuestro foco se centra en la última situación que dice relación con la utilización de cuerpo como lienzo a diferencia de otros casos donde el cuerpo es el responsable por crear arte o bien es el mismo arte.

3.1. Participación del cuerpo en el arte corporal

Marcel Duchamp es reconocido como el precursor del arte corporal por su obra *Wayward Landscape* de 1946¹⁵. A primera vista parece ser una pintura abstracta de colores metálicos sobre un fondo negro, que en realidad consiste en una mancha de fluidos seminales del propio Duchamp. Este llegó a ser uno de los primeros ejemplos en que el arte se vio vinculado al cuerpo humano, utilizado como material y medio a la vez.

¹⁵ Hopkins, D. (2000). Oxford history of art: After modern art: 1945-2000. Oxford University Press. p. 38.

Otro caso es el de Yves Klein, considerado como el pionero en el ámbito de la pintura corporal. Es un artista francés, que al igual que Duchamp, destacó por realizar arte *performance*. Una de sus obras más conocidas, es *Anthropométrie de l'époque bleue*, realizada en 1960. Consistía en cuerpos femeninos azules estampados en distintos murales. Esto se llevó a cabo junto con una serie de presentaciones donde modelos se embadurnaron en pintura azul para luego apoyarse en paredes blancas, dejando así trazos azules y estampados de distintas figuras mientras Klein interpretaba el rol de un director de orquesta¹⁶.

A principios del año 2000, la neozelandesa Joanne Gair también se hizo conocida por el uso de pintura corporal, pero de una manera distinta al artista francés. Ella dibujaba cosas sobre el cuerpo humano y sus aplicaciones de colores destacaban por causar verdaderas ilusiones ópticas, desde la simulación de ropa y objetos hasta la dominación de la técnica de camuflaje corporal en distintos paisajes¹⁷.

Estos tres casos caen dentro del arte corporal y son obras artísticas. Sin embargo, a la luz del derecho de autor no todas son obras protegibles ya que depende de la manera en que se utilice el cuerpo para exteriorizar creatividad. Dicho esto, podríamos distinguir tres categorías.

a) El cuerpo como herramienta de creación

En *Wayward Landscape* de Duchamp, en principio, no podemos afirmar que se trate una obra que exprese originalidad porque enmarcar una mancha que fue arrojada al azar carece de un componente creativo, más bien es producto de la casualidad. En otras palabras, la exteriorización de ideas no está clara.

Una obra que sea resultado de pinceladas, manchas, cortes, disposición de elementos al azar puede que se aprecie en el mundo del arte, pero en el ámbito jurídico para obtener protección, se tendría que demostrar que existe un nivel

¹⁶ Garrido Vílches, *supra* nota 3.

¹⁷ Jerrentrup, M. (2021). Body art: Living in and leaving the body behind. University of Chicago Press for the Society for Ethnographic Theory. HAU: Journal of Ethnographic Theory, 11 (3), 1136–1152. p.1140.

mínimo de creatividad por parte del autor, lo que en términos de pintura implicaría al menos ser capaz de utilizar una herramienta que permita colorear.

A modo de comparación, vemos que se les reconoce la protección a preparaciones culinarias debido a su forma de expresión original que está representada a través de la forma, color, decoración del emplatado e incluso del posicionamiento de los ingredientes. En lugares como España, Francia, Alemania y Países Bajos la creación de estas obras y la forma de presentación del emplatado es objeto de protección del derecho de autor. Esto demuestra la consideración que tiene el derecho de autor respecto de la dedicación volcada en la colocación de elementos creativos¹⁸.

Este tipo de arte corporal impulsado por Duchamp se debe a la unión entre el arte conceptual y corporal en la década de 1960 que dio pie a una corriente vanguardista y crítica hacia al consumismo e industrialización del arte en Europa. Esta corriente declaraba que cualquier expresión o manifestación del hombre era considerado arte. Piero Manzoni, Kurt Schwitters, Marcel Duchamp son algunos de los artistas que llevaban a cabo el arte corporal interior, una práctica en la que se consideraba que todo lo que saliera del cuerpo producía arte¹⁹.

Sus propios exponentes afirman que su objetivo es generar una introspección sobre la sociedad de consumo, lo que se refleja en la admiración hacia lo más absurdo y no una demostración de creatividad.

b) El cuerpo como un componente

En *Anthropométrie de l'époque bleue*, Yves Klein orquestó la escena artística y dio instrucciones a las modelos sobre cómo debían posicionarse y en qué momento.

¹⁸ Robert Guillén, S. (2016). La protección jurídica de las obras culinarias por el derecho de autor de la competencia desleal. Tesis doctoral de la Universitat Autònoma de Barcelona. Disponible en: <https://www.tdx.cat/handle/10803/402236>

¹⁹ Herrera, G. (2019). 'Mierda de Artista', la obra de arte conceptual que catapultó a Piero Manzoni. Culturizando.com. <https://culturizando.com/mierda-de-artista-la-obra-de-arte-conceptual-que-catapulto-a-piero-manzoni/>

No se involucró de tal forma que esos trazos y figuras le fueran atribuibles como pintor, pero sí como director.

Ahora bien, visualizar a la obra de Yves Klein bajo la óptica de obra pictórica merece una reconsideración por la relación que tuvo el autor con el arte *performance*. Puede que este tipo de obra se encuentre en tensión con el derecho de autor, ya que desde el punto de vista jurídico resulta complejo dilucidar los elementos creativos presentes, porque se diferencian de los formatos más tradicionales de obras que suelen involucrar materiales para colorear y lienzos donde fijarlos.

Los historiadores de arte afirman que, a partir de la década de 1960, Europa y Estados Unidos estaban pasando por acontecimientos políticos que llegaron a afectar aspectos culturales y sociales en ambos territorios. De esta manera, el objeto del arte se convirtió en algo superfluo dentro de la estética. Goldberg señala que “la *performance* -en este contexto- se convirtió en la extensión de una idea tal: aunque invisible, era intangible, no dejaba huellas y no podía ser comprada y vendida...reflejó el rechazo de los materiales tradicionales de lienzo, pincel o cincel del arte conceptual, con los intérpretes comenzando a trabajar con sus propios cuerpos como material de arte”²⁰.

Este tipo de presentaciones involucran el cuerpo y la interacción que este tiene con su entorno. Por ello se asemejan a lo que el derecho de autor clasificaría como obras dramáticas²¹, porque se caracterizan por incluir música, arte visual como fotos o pinturas, monólogos, actos o danzas, usualmente bajo la dirección de una persona. Solían llevarse a cabo en lugares privados frente a un número reducido de personas, pero podían quedar registrados en grabaciones audiovisuales y en fotografías.

²⁰ Goldberg, R. (2002). Performance art: desde el futurismo hasta el presente. Disponible en <https://bibliografias.uchile.cl/3197>, p. 152.

²¹ La Oficina de Derechos de Autor de EE. UU. en su 3ra edición del Compendio de prácticas de la Oficina de Derechos de Autor señala que las obras de las artes escénicas están compuestas por obras musicales, sonidos de audio, dramáticas, coreográficas y pantomimas, audiovisuales, cine. Todas guardan en común que son obras creadas para ser representadas ante un público, directa o indirectamente.

De esta manera, la *performance* se podría ver afectada por explotaciones que intentaran copiar su trabajo recreando la misma escena. Aun así, la protección al arte *performance* varía según las circunstancias. Debe ser una pieza original proveniente del artista, que logre exteriorizar sus ideas y posea elementos que lo hagan distinguible de otras presentaciones de su mismo género. Bajo esta mirada podríamos afirmar que la obra de Klein y otras similares del arte *performance* son protegibles por derecho de autor.

c) El cuerpo como lienzo

En esta tercera categoría es más obvio visualizar los componentes creativos propios de una obra pictórica porque el cuerpo se utiliza específicamente como un fondo, un canvas o lienzo en el que se crea la obra.

Las pinturas de Joanne Gair se distinguen de otras pinturas porque se puede percibir su forma de mezclar tonalidades e importar elementos de la vida real en cuerpos, son parte de un proceso creativo atribuible a ella. Así, logra notarse cómo sus creaciones tienen una premeditación y provienen de la manera en que utilizó sus pinceles en distintos cuerpos.

Esta última situación se liga el uso del cuerpo como un soporte en los términos planteados por esta investigación, ya que sobre él podríamos encontrar una obra plástica susceptible de ser protegida. Esto no quiere decir que el soporte sea un requisito para que se proteja una obra, sino que como mencionamos anteriormente se trata de precisar sobre el formato del elemento protegible que es sobre una superficie determinada y dentro de un amplio género artístico. Tanto el arte *performance*, bajo la categorización de obra dramática, como la pintura corporal pueden protegerse.

Hecha esta delimitación podemos entender bajo qué categoría se enmarcan los conflictos jurídicos que comentaremos.

4. El arte de tatuar: una especie de arte corporal que utiliza el cuerpo como soporte.

Un arte similar al que desarrolla Joanna Gair al pintar en cuerpos o Candace Carell cuando maquilló a los actores de *Cats*, es el arte que entinta colores, formas y líneas permanentemente en la piel humana. El tatuaje es una especie de arte visual corporal, al igual que la pintura en lienzos. Data de los cazadores del periodo Neolítico y ha logrado adquirir popularidad mundial a lo largo de los años tras el perfeccionamiento de sus técnicas, herramientas y surgimiento de profesionales.

Tatuar consiste en grabar dibujos en la piel humana, a través de materias colorantes bajo la epidermis, por las punzadas o picaduras previamente dispuestas²². Con un instrumento punzante y al arbitrio del artista, la tinta logra marcarse permanentemente en la segunda capa de piel llamada dermis.

El alcance del término tatuaje en relación con las artes visuales, varía entre la opinión de artistas y profesionales de esta área. Por un lado, tenemos la visión tradicional del dibujo que lo conceptualiza como una gran disciplina que da origen a otras subdisciplinas, entre ellas, el arte de tatuar, ya que inevitablemente para llegar a él, hay que retrotraerse a lo básico en cuanto a utilización de líneas, rayados, sombreados, punteados, etc. Esta fue la concepción imperante en la Italia renacentista y uno de sus mayores exponentes, el pintor e historiador Giorgio Vasari, expresaba firmemente que el dibujo era el padre de todas las bellas artes, enfatizando el papel fundacional del dibujo en los procesos creativos²³.

Hay quienes consideran que se trata de un tipo de arte visual similar al dibujo, y otros afirman que se trata de un arte separado del dibujo, ya que posee sus propias técnicas de aplicación, estilos y herramientas para llevarlo a cabo. Además, posee una finalidad propia y característica que consiste en llegar a ser entintada en la piel

²² Real Academia Española de la Lengua, consulta 12 junio de 2023 en: <https://dle.rae.es/tatuar>.

²³ Bullón de Diego, J. (2018) Disegno e idea. Teoría y práctica del dibujo a partir del renacimiento. El Ornitornico Tachado. Revista de Artes Visuales, núm. 7. Disponible en: https://www.redalyc.org/journal/5315/531555314003/html/#redalyc_531555314003_ref12

de otra persona, a perpetuidad, cuestión que plantea un desafío a los juristas, cuya dilucidación es el propósito de esta investigación.

La tarea del tatuador, en consecuencia, debe tomar en consideración el tipo de superficie en la que trabajará, primero puede estar sobre una plana de papel y en otro momento debe analizar con qué presión aplicará la tinta basada en el contorno de la persona o bien la elasticidad de su piel²⁴.

Aun así, la disyuntiva acerca del tatuaje como una disciplina específica o como derivada de otra más amplia de artes plásticas, no tiene una respuesta unánime.

5. El cuerpo tatuado utilizado como soporte en la práctica

En la vida real se han dado situaciones especiales donde cuerpos, en específico, las pieles de determinadas personas han vuelto realidad esta semejanza que la doctrina y jurisprudencia le atribuyen por tener un parecido con el lienzo.

A principios del siglo XX, el doctor japonés Fukushi Masaichi se hizo famoso por ser el fundador de colección de pieles tatuadas que hoy están en el Museo de Patología de la Universidad de Tokio. Tiempo atrás, el tatuaje a cuerpo completo solía ser un símbolo distintivo entre la mafia japonesa, más conocidos como *yakuza*. Se trataban de verdaderos “trajes” decorados con el arte tradicional japonesa, llamada *irezumi*²⁵. El Dr. Fukushi no dudó en formar amistades y contactos con las personas que tenían esta marca decorativa, para luego invitarlos a formar parte de su colección artística una vez que fallecieran. Así, logró que más de un centenar de personas donaran su cuerpo para ser exhibidos como obras de arte y poder formar parte de la historia del

²⁴ Franklin Sichique se pronuncia al respecto y señala que el tatuaje “Es un arte que se mantiene paralelo al arte plástico, es como otro mundo en el que el soporte plástico son las pieles de los seres humanos, un mundo en el que el lienzo son las personas y ellas eligen al artista, no como sucede con los artistas plásticos que seleccionan los materiales para imprimir su arte”. Ver Sichique Aguirre, F. (2014). El Tatuaje como Forma de Expresión Artística en Cuenca: Estéticas y Simbología. Tesis, Universidad de Cuenca. Disponible en: <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/21099/1/TESIS.pdf>.

²⁵ Ashcraft, B., & Benny, H. (2016). Japanese Tattoos: History Culture Design (1a ed.). Tuttle Publishing. p. 133.

tatuaje. Se han hecho igualmente conocidas otras colecciones de pieles tatuadas en museos de Edimburgo, Lisboa, Berlín, Estados Unidos, Polonia y Londres²⁶.

En 2007 Tim Steiner firmó un contrato con el coleccionista de arte alemán Rik Reinking por más de 103 millones de pesos para posar por varios días en distintas galerías alrededor del mundo. La exhibición se trata sobre la espalda de Tim que fue tatuada por el artista Wim Delvoye y la obra consiste en el retrato de una virgen junto con calaveras, rosas y golondrinas rodeados por otros detalles, todo armonizado en una gran pieza. Dentro de las cláusulas del contrato se estipuló que Tim queda obligado a asistir al menos a tres presentaciones en el año y al momento de su deceso, su piel quedará enmarcada para seguir formando parte de futuras exhibiciones²⁷.

Con el avance de la tecnología y publicidad, la piel pasó a formar parte del intercambio comercial como un objeto valorado y disponible para ser explotado por otros. En 2014 el artista Federico Sposato inició el proyecto “Pay x Piel” donde puso en venta fragmentos de su piel para tatuarse los nombres de los distintos compradores. Con esto intentó demostrar que debido al consumismo, hoy en día todo puede estar en venta, incluso el cuerpo humano. Al año siguiente, el alemán Uwe Troeschel hizo algo similar y vendió su piel para que la usaran como soporte de publicidad²⁸.

De esta manera, vemos que tanto en la sociedad y cultura como en el mundo jurídico, el tatuaje ha dado de qué hablar. Sobre todo, hoy en día donde cada vez son más las personas que deciden someterse a este tipo de ornamentación corporal, debido al alcance que ha tenido a nivel comercial. Era de esperarse que con las nuevas tecnologías darían lugar a nuevos tipos de obras y a formas que faciliten su reproducción, comunicación y almacenamiento.

²⁶ Sábada Alcaraz, P. (2018). Procesos de subjetivación a través de la piel como experiencia artística contemporánea desde los años 60. Memoria para optar al Grado de Doctor de la Facultad de Bellas Artes, Universidad Complutense de Madrid. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/49588/1/T40403.pdf>.

²⁷ Jiménez Gaviria, F. Grajales Gallego, A. (2017). Los tatuajes como objeto de protección de los Derechos de Autor. Tesis de la Universidad de Administración, Finanzas e Instituto Tecnológico de Colombia. Disponible en: <https://repository.eafit.edu.co/handle/10784/12134>. p.37-40.

²⁸ Sábada Alcaraz, *supra* nota 55, en 290.

6. Análisis del tatuaje a la luz de la aplicación del *Copyright Act* (Ley de Derechos de Autor Estadounidense) y la Ley n° 17.336 de Propiedad Intelectual

En lo que respecta al análisis de una situación jurídica de propiedad intelectual, es relevante la determinación del activo sobre el que va a recaer la protección y, al igual como sucede en el arte corporal, hay que ver caso a caso si el tatuaje se trata de un activo de una obra protegible. Señalamos sucintamente que esto depende de los medios de expresión que el autor emplea para representar el espíritu de su obra, con prescindencia de la idea que se desea expresar. En este caso puede tratarse de la forma en que el tatuador utilice su máquina y si el tatuaje resultante posee un signo distintivo ya sea por sus colores, el sombreado, la extensión, etc.

Cabe recordar que los tratados internacionales son claros al señalar de manera expresa que la protección del derecho de autor abarca expresiones, no ideas, ni procedimientos, ni métodos de operación o conceptos matemáticos²⁹. Por ejemplo, la idealización del tatuaje (como una charla previa entre tatuador y cliente), la medición del tatuaje o las técnicas de *lettering*.

Analizaremos al tatuaje a la luz del derecho de autor en el sistema estadounidense, regulado por la *Copyright Act* o Ley de Derechos de Autor de Estados Unidos de 1976, debido a que los litigios de mayor trascendencia pública en esta materia se han dado en ese territorio y han sido material de estudio para la doctrina. En esas instancias se han discutido cuestiones sobre la aptitud del tatuaje para ser objeto protegido y la consideración del cuerpo como un medio de expresión tangible. Dichas opiniones doctrinarias y disposiciones extranjeras sobre derecho de autor serán luego comparadas con la regulación nacional con el fin de poder dejar sentada las bases conceptuales para poder avanzar en los problemas jurídicos que se tratarán en el siguiente capítulo.

²⁹ Artículo 9 n°2 de Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad Intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) y el Anexo 1 C del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre derecho de autor (TODA).

Con todo, no debemos perder de vista las diferencias que surgen entre las legislaciones de sistemas anglosajones (Estados Unidos, Reino Unido) y las de países de tradición europea-continental en los que se insertan los países de América Latina. Cabe señalar que no abordaremos las diferencias entre ambos sistemas, ya que el propósito de esta sección es exponer las principales ideas de la doctrina anglosajona en base a su legislación, para luego analizar si tales argumentos son aplicables bajo nuestra ley (cuestión independiente a una comparación entre ambos sistemas).

En la práctica, la *Copyright Act* ha sido consultada en más de una ocasión para argüir sobre su aplicación en este tipo de obras. Con esto en mente, recurriremos a doctrina extranjera en la que se demuestra el análisis al que tendría que someterse el tatuaje para verificar si es una obra protegible por derecho de autor bajo la sección 102 del *Copyright Act*³⁰. La doctrina de derecho de autor norteamericana considera que una obra es protegible si cumple con dos requisitos: tener originalidad y estar fijada en un medio de expresión tangible³¹.

a) Originalidad

La definición moderna de originalidad señala King ³², se compone de dos requisitos: que sea una creación independiente por el autor y que contenga un nivel mínimo de creatividad. Agrega que “En el contexto de los tatuajes, es incuestionable que al menos una parte de estas obras de arte consiste en una expresión creada de forma independiente por un autor. En cuanto al requisito de creatividad, no corresponde a los tribunales determinar el nivel de creatividad expresado en el arte del tatuaje en comparación con otras obras sujetas a derechos de autor o si dichas obras demuestran talento. Basta con que dicha obra posea una mínima chispa de creatividad”³³. Ambos requisitos confluyen, ya que la independencia quiere decir que dicha creación no depende de otra y que está basada en una expresión o modo

³⁰ Establece que la protección de derecho de autor subsiste respecto de obras originales de autoría fijadas en cualquier medio tangible de expresión, a partir del cual puedan ser percibidas, reproducidas o comunicadas de otro modo. Luego procede a listar 8 categorías ilustrativas de este tipo de obras.

³¹ King, Y. (2013). The Challenges “Facing” Copyright Protection for Tattoos. *Oregon Law Review*. p.103.

³² Id. en 149.

³³ Id. en 150.

de ejecutarse sin intervención ajena. La demostración de creatividad apunta a la capacidad para crear un elemento nuevo de apreciación, es decir, que se pueda lograr una producción original.

David Cummings realiza un análisis bastante similar al de King para determinar si el tatuaje puede ser protegible. Comienza señalando que la palabra tatuaje es de uso común y se refiere meramente a cualquier tipo de marca sobre el cuerpo, pudiendo representar una infinidad de cosas³⁴. Según él, para cumplir con este primer requisito basta que el tatuaje no sea común a simple vista o que no se trate de un trabajo copiado.

Franklin Sichique señala que aquellos tatuajes que a simple vista son repetitivos o derechamente son marcas industriales se denominan tatuajes comerciales³⁵. En esa línea, el tatuador estadounidense Eddie Herrera, afirma que sería imposible distinguir al momento de tatuar si se trata de arte protegido por derecho de autor o un logo registrado. Menciona que ha tatuado varias veces a la icónica *Hello Kitty* porque resulta ser un símbolo muy común entre mujeres jóvenes. Otro tatuador comentó que tatuaba de tres a cinco veces por semana y al menos una vez a la semana era un logo de deportes, sobre todo en periodos donde ciertos equipos ganan partidos de manera consecutiva³⁶.

Por su lado, el académico Matthew Beasley recurre a casos jurisprudenciales donde se da cuenta con mayor facilidad que el tatuaje quedaría sujeto a la protección de derecho de autor³⁷. Indaga sobre el arte *flash* y el reconocimiento de su protección en otro tipo de soporte³⁸. Afirma que hay libros completos dedicados a mostrar fotos de arte *flash*, llevan el símbolo “©” seguido por un mensaje como “Reservados todos los derechos. Queda prohibida la copia o reproducción total o parcial de este libro

³⁴ Cummings, D. (2012). Creative Expression and the Human Canvas: An Examination of Tattoos as a Copyrightable Art Form. *University of Illinois Law Review*, (2013). p. 296.

³⁵ Sichique Aguirre, *supra* nota 24, en 13.

³⁶ Beasley, M. (2012). Who owns your skin: Intellectual property law and norms among tattoo artists. *Southern California Law Review*, 85 (4), p. 1160.

³⁷ Id.

³⁸ En los salones de tatuaje suelen haber murallas o bien libros en los que se encuentran tatuajes convencionales de estilo tradicional, constan de dibujos sencillos con una paleta de colores limitada y líneas negras. Ver Vail, David J.; Sanders, Clinton (2009). *Customizing the Body: The Art and Culture of Tattooing*. Philadelphia: Temple University Press. [ISBN 1-59213-888-8](#).

por cualquier medio: electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, etc. Sin permiso escrito del autor (. . .) no se puede copiar ni reproducir de ninguna forma ninguna foto de este libro”, demostrando que este tipo de avisos busca proteger los derechos de autor provenientes del arte contenido en el libro ante su reproducción de cualquier manera, por ejemplo, tatuándolo en el cuerpo de otra persona³⁹.

Implícitamente se reconoce la existencia de originalidad en este tipo de arte porque los editores y tatuadores se ven en la necesidad de dejar por escrito que se comete infracción al derecho de autor si se copian esos tatuajes. Es decir, un segundo tipo de soporte para este tipo de arte, que también tiene la finalidad de ser expresado en el cuerpo humano, sería a través del formato visual que proporciona un libro. Es un soporte que deja apreciar con mayor claridad que se trata de un contenido original y susceptible de ser protegido. También se apoya en jurisprudencia, agregando que en al menos tres casos⁴⁰, se trató de determinar la utilización ilegítima o no de este estilo de tatuajes por terceros y en ninguna de estas instancias se cuestionó si eran protegibles, ni las partes defensoras alegaron que no lo eran, partiendo los casos de la base de que los tatuajes en cuestión constituían obras intelectuales protegidas.

Cummings también recurre a un caso jurisprudencial en que, si bien no hubo un final decisivo, el razonamiento de la jueza previo a que se desistiera el caso da otro punto a favor para afirmar que el tatuaje es original, y por ende, protegible. En efecto, en el caso *Whitmill v. Warner Brothers*, el tatuador Victor Whitmill demandó a una productora de cine durante el rodaje de la película “Qué pasó Ayer: Parte II”, por haber infringido su derecho de autor tras la copia de uno de sus tatuajes sin su autorización en materiales promocionales. En la cinta y poster de la película, uno de los actores aparece con un gran diseño tribal sobre el costado de su cara simulando un tatuaje, este correspondería a una copia del tatuaje original que tenía el boxeador

³⁹ Id. en 1157.

⁴⁰ Id.; Ver *Tattoo Art, Inc. v. TAT Int'l LLC*, 2:09-CV-314. Fourth Circuit United States District Court, Eastern District of Virginia de 2010; *Gonzales v. Kid Zone, Ltd.*, 00-C-3969. United States District Court, N.D. Illinois, Eastern Division de 2010; *Owens v. Ink Wizard Tattoos*, S00A794. Supreme Court of Georgia de 2000.

Mike Tyson creado por el Victor Whitmill en 2003⁴¹. Al final ambas partes acordaron darle fin al juicio mediante un acuerdo de desestimación.

A pesar de ello, la jueza que conoció del caso había expresado que Whitmill tenía una gran oportunidad de haber ganado por infracción de sus derechos de autor y que la mayoría de los argumentos que presentó la parte contraria eran un poco absurdos⁴². Con esto último se estaba refiriendo a uno de los escritos presentados por la demandada, *Warner Brothers*, donde esta afirmaba que “la parte demandante no tiene ningún tipo de derecho de autor sobre el tatuaje de Mike Tyson porque los tatuajes no son protegibles por derecho de autor”⁴³.

Tanto la doctrina como jurisprudencia previamente citada fundamentan una postura tendiente a considerar que el tatuaje es apto para ser un objeto que puede ser protegido como propiedad intelectual, porque puede cumplir con el requisito de originalidad y esto consecuentemente lo ha llevado a ser objeto de más de un litigio.

a. Presupuesto de originalidad en la legislación internacional y nacional

En cuanto a lo que señala la legislación internacional, se desprende del artículo 2.1 del Convenio de Berna que, para que una forma de expresión sea protegida, debe tener características de originalidad. Este requisito está expreso en varias leyes nacionales de jurisdicciones latinoamericanas (a saber, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela por vía reglamentaria)⁴⁴.

En el caso de la LPI, no hay una mención expresa a este requisito, sino que hay una referencia a la creación, como actos creativos que provengan del ser humano. Por eso, desde un punto de vista doctrinario, la creatividad es materia de originalidad. El académico y abogado Santiago Schuster señala: “El reconocimiento

⁴¹ Whitmill v. Warner Bros. Entm't. Inc., No. 4:11-CV-752, United States District Court for the Eastern District of Missouri Eastern Division en 2011.

⁴² Cummings, *supra* nota 30, en 294.

⁴³ Id.

⁴⁴ Antequera Parilli, R. (2001). Manual para la Enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos. Editora Corripio. p. 85-89.

del trabajo creativo como un hecho que merece protección por el Derecho, atribuye la titularidad sobre el producto de ese trabajo a la persona que ha realizado tal creación, es el fundamento filosófico del sistema de derecho de autor”⁴⁵. Asimismo, Marco González, indica: “La creatividad entendida como el acto de hacer nacer algo que antes no existía es de la esencia del ser humano. Ninguna otra de las criaturas de la tierra tiene esa capacidad, por lo que la creatividad es un fruto propio de la inteligencia humana...la propiedad intelectual protege esta creatividad”⁴⁶. Ambos son acercamientos similares al que hace King sobre su noción de originalidad y los dos elementos que la componen.

Entonces ambos sistemas están contestes con este primer requisito. El tatuaje en tanto producto creativo debe tener suficientes características propias para que se distinga de otros tatuajes e ilustraciones. Para eso hay que fijarse en la forma que se emplea la máquina de tatuar para realizar las líneas sobre la piel, la elección de colores, la composición, las técnicas aplicadas (sombreado, puntillismo, lineado, coloreado), etc.

b) Clasificación de la obra

King asegura que la clasificación de una obra de autor forma parte integral de la determinación de los derechos exclusivos del titular de los derechos de autor sobre la obra⁴⁷, porque dichos derechos varían dependiendo de la categoría. Concluye que el tatuaje se caracteriza por ser una obra pictórica, gráfica y escultórica⁴⁸. David Cummings también concuerda que el tatuaje pertenece a esta quinta categoría de la sección 102 del *Copyright Act*, pero dentro de su análisis lo interpreta como si fuese un segundo requisito⁴⁹.

⁴⁵ Schuster Vergara, S. (2023). Introducción al estudio del Derecho de autor. Disponible en: https://www.academia.edu/103961832/INTRODUCCION_AL_ESTUDIO_DEL_DERECHO_DE_AUTOR. p.8.

⁴⁶ González Iturria, M. (2007). Competencia desleal. Análisis crítico y elementos para la aplicación de la Ley N° 20.169, de 2007. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. p. 45.

⁴⁷ Sección 106 del *Copyright Act*.

⁴⁸ King, *supra* nota 27, en 160.

⁴⁹ Cummings, *supra* nota 30, en 296.

En esa línea, el artículo 3 n° 11 de la LPI hace referencia a la protección de pinturas, dibujos, ilustraciones y otros similares, dejando abierta la posibilidad para considerar al tatuaje como parte de esa categoría por la expresión “y otros similares”. Como mencionamos anteriormente, tenemos por un lado al tatuaje que pertenece al género del arte corporal, al igual que la pintura y por otro, es un arte que utiliza técnicas de dibujo e incluso profesionales del área opinan que el arte del dibujo lo antecede. A diferencia del *Copyright Act*, en el artículo 18 de la LPI se nombran los derechos patrimoniales exclusivos que tendría el titular de la obra, pero sin hacer referencia a que ciertas explotaciones se relacionen con ciertas categorías de obras.

Esta diferencia en la redacción de ambas legislaciones no tiene efectos en la práctica⁵⁰. Más adelante comentaremos de ciertas explotaciones al tatuaje que están presentes en ambas leyes. Lo central en este apartado es dejar por sentado que este tipo de obra cabría dentro del numeral 11 del artículo 3.

c) Fijación en un medio de expresión tangible

Convencidos de que el tatuaje es suficientemente original, la legislación estadounidense agrega el requisito de que una obra intelectual debe estar fijada en cualquier medio tangible de expresión. Esto encuentra su sustento en el artículo 2.2 del Convenio de Berna que otorga la posibilidad a sus adherentes a concederle protección solamente a obras que están fijadas en medios de expresión tangibles. Parte de la doctrina estadounidense considera que, para analizar esta cuestión respecto de un tatuaje, primero se debe distinguir sobre qué material está fijado el tatuaje en un determinado momento. Otra parte de la doctrina afirma que no existiendo una aclaración sobre cómo debe ser este medio de expresión tangible, el cuerpo cabría dentro de este término.

Nosotros apoyamos este segundo grupo, a pesar de que no es un requisito que está presente en nuestra legislación ni en los países latinoamericanos, concluimos que

⁵⁰ En cuanto a la legislación estadounidense, sí la tiene. Considerar al tatuaje dentro de la categoría de obra pictórica, gráfica y escultórica tiene implicaciones en la determinación de autoría y cumplimiento del segundo requisito sobre fijación.

lo que sostienen es igualmente aplicable bajo nuestra ley porque no hay limitaciones sobre qué es considerado como un medio de expresión, ni la forma en que debe estar fijada una obra (de existir un soporte de por medio).

En cuanto al análisis esbozado por el primer grupo, para determinar si el cuerpo puede ser un medio de expresión tangible, se toman consideración dos escenarios. Por un lado, tenemos el tatuaje que fue originalmente creado de forma separada a la piel humana. Por otro lado, el tatuaje originalmente creado en la piel humana⁵¹. Con la primera situación, el tatuaje está sobre un papel calco, que es el material que se suele usar previamente para dibujar el diseño.

No cabe dudas que la obra colocada en un papel califica como fijación en los términos que establece la ley. Además, cumple con lo dispuesto por la jurisprudencia en la sección 101 que es que sea apto para durar más de un mero momento⁵². La segunda situación, requiere un poco más de reflexión. La doctrina se termina apoyando en el método conceptual de separación doctrinaria porque según él se ajustaría mejor a la situación del tatuaje. De esta forma se establecería una separación más cognoscible entre funciones artísticas y funciones utilitarias⁵³.

Por otro lado, King aborda esta problemática de una manera más clara. Asegura que el cuerpo humano entra dentro de la noción de medio porque ni la redacción de la definición de fijación establecida en la Sección 101 del *Copyright Act*, ni la historia de la ley imponen limitación alguna a la posibilidad de que una obra fijada en un determinado tipo de soporte sea protegida por derechos de autor⁵⁴. No se menciona qué requisitos debería tener un medio de expresión.

Además de tomar en consideración que nuestra ley no contiene como requisito un tipo de medio de expresión tangible, también hay laxitud respecto a la forma en que debe estar representado. Bajo el sistema continental se hace referencia al término exteriorización de la obra y no fijación. Usualmente la exteriorización se apoya en un material físico como el papel o el cuerpo, pero en otros casos la obra no necesita

⁵¹ Id. en 297.

⁵² Id.

⁵³ Cummings, *supra* nota 30, en 303.

⁵⁴ King, *supra* nota 27, en 153.

del soporte⁵⁵. Esto dice relación con una característica común entre las áreas de propiedad intelectual y es la condición de inmaterialidad de los objetos protegidos, al respecto Rodrigo Bercovitz resalta: “La obra, no se identifica con su soporte material o de cualquier otro tipo, aunque necesite del mismo para existir y/o para no desaparecer; y, por supuesto, también para poder ser explotada (...) Hay que distinguir pues entre la obra, bien inmaterial, y su incorporación a un soporte”⁵⁶.

Bajo esa premisa, el tatuaje se puede representar a través del cuerpo y como bien inmaterial, estaría disponible para una simultaneidad y multiplicidad de usos o explotaciones que deben ser previamente autorizados por el titular legítimo. Junto con ello, los derechos recaen sobre la obra, más no, en el soporte.

Dicho esto, no existiendo limitaciones ni habiendo requisitos estipulados que deba cumplir un medio de expresión para ser considerado como tal (tanto en la legislación estadounidense como en la nuestra), podemos calificar al cuerpo humano como uno de ellos y para nosotros adquiere tal significado cuando ya está exteriorizado o fijado en la piel. Después de todo, la protección no depende del tipo de medio en el que está expresada la obra, por lo que, si se considera el papel calco o un libro como representaciones de medios de expresión aptos, también lo debería ser la piel.

Ahora bien, afirmar que la piel es un medio de expresión tangible similar al papel, acarrea ciertas consecuencias en los derechos del portador que se mencionarán en la segunda parte de esta investigación.

Hasta aquí nuestro análisis se ha centrado en presentar al tatuaje como objeto de estudio del derecho de autor, para ello recurrimos a doctrina, jurisprudencia y hasta situaciones atípicas que han causado un impacto en el mundo jurídico y del arte,

⁵⁵ Antequera Parilli, R. en su manual de Propiedad Intelectual, Derecho de Autor y Derechos Conexos precisa: “En relación con el objeto, las leyes del sistema angloamericano exigen generalmente como requisito para la protección el que la obra se encuentre fijada en un soporte material, mientras que en los ordenamientos que siguen la concepción latina la obra está protegida por el solo hecho de la creación, sin necesidad de su incorporación a un objeto tangible (como en muchas “obras orales”, por ejemplo, las alocuciones y sermones), salvo, por excepción, alguna ley de tradición continental que exige esa fijación como condicionante para la tutela de cualquier género de obra (México) o, en algunos casos, solamente para las obras coreográficas o pantomímicas (Francia, Italia)”. p.15.

⁵⁶ Bercovitz, R. (2018). Manual de Propiedad Intelectual (8va edición). Tirant lo Blanch. p. 42-43.

con el fin de exponer la forma en que se ha tratado dicho objeto en ambas áreas. A continuación, analizaremos situaciones de titularidad que podrían surgir entre portador y tatuador para luego abordar los desafíos que devendrían en el caso que no exista un acuerdo respecto de esta titularidad.

CAPÍTULO II: Titularidad sobre los tatuajes como obras intelectuales

El proceso de creación del tatuaje puede tener distintas fuentes de inspiración y la composición original y final de elementos es lo que se le atribuye al autor. En este caso la primera cuestión compleja que plantea una obra con las características que posee el tatuaje, consiste en determinar si la actividad creativa proviene de una sola persona de forma excluyente (solo el tatuador, o bien solo el tatuado), o bien fue producto de la colaboración entre dos personas (tatuador y tatuado). Pero no basta con solo tener presente al titular originario, por eso, luego se tiene que considerar la posibilidad de que exista un titular secundario o bien un desacuerdo sobre la titularidad de la obra.

La importancia en determinar la autoría del tatuaje repercute en las facultades otorgadas por el derecho de autor al creador o creadores de tal obra, así como las limitaciones que tendría uno de ellos en el caso que el otro sea considerado titular originario.

1. Titular originario de un tatuaje

Pongamos como ejemplo una situación en la que una persona que quiere tatuarse acude a una tienda y le plantea a su idea de diseño al tatuador. A su vez, el artista propone más ideas mientras hace un bosquejo, hasta que llega a un dibujo en el que ambos concuerdan.

Las ideas de ambos confluyen en un dibujo, lo racional sería pensar que ambos aportaron a su creación porque sin esas ideas no hubiese sido posible llegar a tal resultado. Sin embargo, como mencionamos anteriormente las ideas no son objeto de protección del derecho de autor y con la definición de originalidad que nos brinda Satanowsky queda clara la distinción entre lo que se habló entre estas dos personas y cómo se llevó a cabo lo hablado, la manera en que se terminó expresando en la piel⁵⁷.

⁵⁷ Antequera Parilli, R., *supra* nota 13.

La realización de las ideas en una forma de expresión concreta y el trabajo manual provienen de una persona, fue quien creó una obra en uniautoría⁵⁸. Mark Marciszewski se sitúa en este escenario en que el individuo va con una mera idea hacia al tatuador, afirma que en ese caso “el individuo no tendría derechos de autoría del producto final, ya que sólo aportó la idea para la obra creativa”, mientras que el tatuador aportó todos los componentes expresivos del tatuaje. En consecuencia, sería el autor y poseería los derechos de autor de la obra terminada⁵⁹.

Ahora bien, Satanowsky también se refiere a la necesidad de individualidad y labor autónoma que debe poseer una obra intelectual para que denote la personalidad del autor. A pesar de ello, termina por agregar que el requisito de originalidad se presume y quien la niega debe probarla⁶⁰. Esto nos entrega una posible respuesta ante un litigio en el que se discuta a quién pertenece la autoría de un tatuaje.

En el caso que la autoría sea reclamada por la persona tatuada, esta tendrá que probar que lo que lleva en su piel fue un esfuerzo creativo que provino de él, así como el resultado final que reflejaría algo que manifieste rasgos característicos de su personalidad y la otra parte solo aportó con el trabajo manual (esto es utilizar un dispositivo mecánico manual que inyecta tinta en la piel, creando marcas permanentes). Mientras tanto, el tatuador puede recurrir a sus creaciones previas, aquellos dibujos que dejen entrever que ciertos trazos, colores y formas son atribuibles a su forma de tatuar.

En un segundo escenario, la persona entra a la tienda decidida con lo que quiere tatuarse, incluso con el diseño en mano. El tatuador sólo tiene que aplicar su técnica, al igual que un técnico que escribe la partitura para la canción de un músico o un muralista que requiere de un equipo de personas para darle forma concreta al proyecto de un pintor. En el caso de discutir sobre la autoría de tal obra, la persona podría utilizar como prueba, el bosquejo o dibujo que realizó previamente y el

⁵⁸ El artículo 5 letra a) de la LPI señala que se entiende por obra individual a “la que sea producida por una sola persona natural”.

⁵⁹ Marciszewski, M. (2021). Copyright, Tattoos, and Animated Likeness: Why Size Should Not Matter. *Texas Intellectual Property Law Journal*, 29(1), 85–124.

⁶⁰ Antequera Parilli, R., *supra* nota 13 en 5.

tatuador de igual manera podría recurrir a sus previos trabajos para demostrar que hay líneas o agregados característicos y no solo aplicación manual de la tinta con una máquina.

En la causa *Velasco v. García Márquez*, más conocido como el accidente del caso Arc Caldas se discutió sobre quién era el autor de la obra literaria “Relato de un Náufrago”⁶¹. Este caso surgió porque el marinero Luis Alejandro Velasco, único sobreviviente del naufragio del barco Arc Caldas, demandó al periodista Gabriel García Márquez por los derechos de autor del libro, que fue creado a partir de las entrevistas que se narraron tras el naufragio.

El Tribunal Superior de Bogotá determinó que los derechos de autor patrimoniales y morales le pertenecían a García Márquez ya que la mera narración de hechos no constituye una obra intelectual, sino que es cómo se le da forma a tal relato lo que sería un aporte artístico. Además, el estilo del escritor se manifestaba en la obra, lo que a su vez demostraba su autoría. Por último, se determinó que si el narrador fuese autor de la obra no requeriría de un redactor, bastando la asistencia taquigráfica o mecanográfica.

Aplicando estos argumentos en el caso hipotético del tatuaje, asimilamos la narración de hechos del naufrago a la situación en la que una persona llega a la tienda y tiene una charla donde se discuten ideas sobre qué quiere tatuarse. Consideramos que tampoco se está en presencia de una obra intelectual, sino que ocurre a partir del momento en que el tatuador le da una forma de expresión original a la idea, a pesar de haber utilizado como inspiración lo que le fue transmitido. En cuanto a la demostración de autoría basado en el estilo de escritura del periodista, dependerá esta manifestación en examinar los trabajos artísticos previos en relación a la obra en disputa. Finalmente, la necesidad de asistencia técnica para argumentar que al autor sería el narrador nos da a entender que la persona tatuada sería el autor de su diseño de haber necesitado sólo la aplicación manual de la tinta de un diseño que ya tenía previsto.

⁶¹ Zopó Méndez, R. (2005). Cuarto Seminario regional sobre propiedad intelectual para jueces y fiscales de américa latina. Documento OMPI/PI/JU/LAC/05/D4.

a) Tatuaje en pluriautoría

Hasta aquí nos hemos referido a la posibilidad en que el tatuaje sea una obra creada en uniautoría. Pero ¿podría un tribunal considerar que el tatuaje fue creado en pluriautoría? El artículo 5 letra b) de la LPI habla de obra en colaboración al igual que en el *Copyright Act* cuando se hace referencia al trabajo en conjunto⁶², ambas normas entregan una definición muy similar.

Por ejemplo, la maquilladora Anne Carell de la obra musical *Cats* logró identificar 28 diseños de maquillaje facial que plasmó sobre las caras de distintos actores y alegó su derecho de uniautoría respecto de todos ellos. Mientras tanto, John Napier quien era el diseñador de decoración y vestuario musical, reclamaba que también eran sus diseños, ya que desde un inició había colaborado con las ideas para el maquillaje de los personajes de *Cats* en 1999⁶³.

Si bien la demandante reconoce que trabajó junto a Napier, sostuvo que ella creó ciertos elementos de diseños y diseños completos, además en 1990 había registrado todos esos diseños bajo su autoría. Mientras que la demandada sostenía que no todos esos diseños fueron creados únicamente por ella, sino que había obras en las que la demandante y Napier eran coautores, además se refirió a la forma errónea en que se registraron estas obras como “un solo trabajo”.

Un indicador que utilizó la corte para determinar la autoría de esos diseños fue enfocarse respecto de quién provenía la autoridad de decisión sobre qué cambios se realizan y qué se incluía en la obra. Las alegaciones de la demandante apoyaron el control que tuvo sobre la creación de los diseños. Mientras Napier contribuía con ciertas ideas o conceptos, Carell determinaba si los incluía en los diseños y en qué lugar.

La corte no consideró que se trataba de un trabajo de dos o más autores⁶⁴ dado que los trabajos poseían individualidad en su forma de expresión, esto respaldado por

⁶² Sección 101 del *Copyright Act*.

⁶³ Ver *supra* nota 9.

⁶⁴ Cotter, T. F., & Mirabole, A. M., *supra* nota 7, en 105.

la dirección de Carell y dado que Napier ofreció conceptos verbales y sugerencias, solo las formas tangibles de expresión están protegidas por el derecho de autor.

Ahora bien, eso no nos cierra la puerta a la posibilidad de crear un tatuaje en pluriautoría porque no se cuestionó en ninguno de los dos casos el si era o no posible crear una obra plástica que tuviese como soporte el cuerpo, sino que se sostuvo como una postura plausible la de una creación compartida, para el desarrollo del juicio. Es decir, deja abierta la posibilidad de considerar la dirección compartida de este tipo de obras, en que ambas partes intervengan en la composición de elementos y manipulación de artefactos. Lo complejo de optar por esta vía se daría cuando se discuta sobre los eventuales derechos económicos que derivarían de tal obra.

b) Tatuaje creado por una persona jurídica

Un último tema sobre titularidad originaria respecto del tatuaje tiene que ver con la posibilidad de que exista autoría respecto de una persona jurídica. De la misma manera en que el titular del derecho de autor puede ser una persona natural, en la legislación estadounidense el legislador le puede otorgar titularidad a una persona jurídica. Por ejemplo, en las obras creadas bajo un contrato de trabajo donde el autor sería del empleador.

En nuestro país no podría darse el caso ya que el derecho chileno indica que esto sería aplicable excepcionalmente cuando se trata de funcionarios del estado o instituciones⁶⁵. Mientras que en el *Copyright Act* a propósito de la obra por encargo, la ley define como autor al “empleador u otra persona para la que se preparó la obra...y a menos que las partes hayan acordado expresamente lo contrario en un instrumento escrito firmado por ellas, posee todos los derechos de autor”⁶⁶.

Esto quiere decir que en Estados Unidos cabe la posibilidad de que una empresa de tatuajes posea autoría sobre las creaciones que hacen sus empleados. Pues

⁶⁵ Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos de América. (2004). Artículo 17.7.2. (a).

⁶⁶ Sección 201 (b) del *Copyright Act*: *In the case of a work made for hire, the employer or other person for whom the work was prepared is considered the author for purposes of this title, and, unless the parties have expressly agreed otherwise in a written instrument signed by them, owns all of the rights comprised in the copyright.*

existen numerosas cadenas de salones de tatuajes fundadas y administradas por tatuadores. Estas cadenas operan en distintos estados y contratan a docenas de tatuadores que por lo general poseen una formación universitaria previa o provienen de escuelas de arte⁶⁷.

A pesar de esto, no se ha dado el caso en que una empresa haya acordado tomar todo el crédito del tatuaje. En los litigios sobre derecho de autor, a pesar de estar el tatuador vinculado a una cadena se le sigue considerando como titular originario de los derechos sobre el tatuaje que realiza.

2. Titular secundario de un tatuaje

La doctrina estadounidense recomienda casi en unísono que para resolver o más bien prevenir discusiones en materia de derecho de autor que derivarían de grabarse una obra de propiedad intelectual, se debe dejar por escrito lo relativo a cesión de derechos y las explotaciones permitidas que derivarían de tal obra. Dado que el proceso de creación de un tatuaje generalmente se desenvuelve en un contexto informal y ambiguo en el que se intercambian ideas, no se suelen delimitar estas cuestiones que surgen a propósito de la creación de una obra de propiedad intelectual.

A partir de esto podríamos sugerir dos vías o modelos contractuales a los que pueden recurrir las partes en caso de verse en esta encrucijada. Una forma es a través de una cesión convencional, figura que la LPI define como transferencia total o parcial de los derechos de la obra⁶⁸. El titular secundario por antonomasia es el cesionario de un derecho en un contrato de cesión de derechos, es decir, se le ceden los derechos de la obra, pero no la obra. En nuestro sistema de derechos de autor, este artículo es conocido como la regla de habilitación especial del autor, en otras palabras, el legislador le entrega la facultad al autor para legitimar una conducta de explotación determinada respecto a la obra intelectual.

⁶⁷ Cummings, *supra* nota 30 en 306.

⁶⁸ Artículo 17 LPI.

En el caso del tatuaje, el tatuador puede transferir los derechos, titularidad e intereses que tenga sobre la obra original a la persona tatuada. Idealmente nos referimos a una cesión total de los derechos de autor.

Del otro lado, hay organizaciones compuestas por miembros que poseen tatuajes populares y tienen un gran reconocimiento mundial como la Liga Nacional de Fútbol Americano (NFL) donde se ha empezado a reconocer el riesgo de dejar los derechos de autor y sus usos sin documentar. John McCarty afirma que: “La Asociación de Jugadores de la Liga Nacional de Fútbol Americano (NFLPA) está instando a los jugadores a obtener liberaciones cuando obtienen un nuevo tatuaje. Como algunos comentaristas han sugerido, se ha vuelto necesario que los jugadores busquen a los salones de los artistas con los que se han tatuado en el pasado para negociar la liberación correspondiente. La mayoría de los atletas tatuados, se van a encontrar en escenarios donde generalmente no hay ningún acuerdo escrito, lo que ofrece poco sobre las expectativas del artista tatuador y del deportista tatuado en cuando a la de propiedad o control del tatuaje”⁶⁹.

En el mundo del tatuaje este es un acuerdo que se conoce como la forma de liberación del artista. No debemos confundirla con un contrato de liberación de responsabilidad o la firma que otorga consentimiento para tatuarse y toma de conocimiento a los riesgos médicos del procedimiento⁷⁰, esos son acuerdos que también suelen darse en este contexto, pero poseen un contenido distinto.

En este caso la persona famosa o futura celebridad debe asegurarse que en el escrito se utilicen las palabras de “derecho de autor” o “propiedad” del trabajo, dibujo o boceto que sea el tatuaje o derive de este y que se le transfiera íntegramente sus derechos sobre ella⁷¹, como se señala en una de las opciones de la definición de cesión convencional en la LPI.

⁶⁹ McCarty, J. P. (2015). Skin in the game: Tattoos, copyright, and professional athletes. *Mississippi Sports Law Review*, 4(1), p. 116.

⁷⁰ En el caso *Reed v. Nike*, se firmó un acuerdo de liberación en la primera sesión. En este se indicaba que el basquetbolista deba su total consentimiento para aplicarse el tatuaje y liberaba a la tienda de tatuajes de toda responsabilidad, además exigía que se revelara información sobre las condiciones médicas o dermatológicas del jugador. Pero no se hacía mención a la cesión o licencia de derechos de autor del tatuador sobre la obra.

⁷¹ Harkins, C. (2006). Tattoos and Copyright Infringement: Celebrities, Marketers, and Business Beware of the Ink. *Lewis and Clark Law Review*, 10 (2), p. 328.

La segunda opción para prevenir conflictos de derechos de autor sobre tatuajes se trata de una aceptación de términos impuestos por el tatuador, no un acuerdo de liberación. Quiere decir que la persona tatuada afirma que el autor del tatuaje es quién se lo hizo, no habiendo cesión de derechos, sino que reafirmando los del tatuador. Si bien en esta situación no hay titular secundario, vale la pena señalarla como otra cara de la misma moneda.

Esto ocurrió en un caso mencionado anteriormente llamado *Whitmill v. Warner Bros.* Previo a la creación del tatuaje, el boxeador Mike Tyson firmó un acuerdo con Whitmill en el afirmaba que “todas las obras de arte, bocetos y dibujos relacionados con su tatuaje y cualquier fotografía de su tatuaje son propiedad de *Paradox-Studio de Dermagraphics*”⁷².

3. Cuestiones de titularidad en el tatuaje como obra por encargo

A propósito de titularidad originaria de una persona jurídica, nos referimos a la definición de obra por encargo (*work made for hire*) del *Copyright Act*⁷³.

Aun así, se discute sobre su aplicabilidad en los tatuajes porque a raíz de su definición se distinguen dos categorías: las obras creadas por empleados y las obras creadas por contratistas independientes⁷⁴.

La primera categoría se asimila a una obra hecha en virtud de una relación contractual laboral (se debe consultar nuestra legislación para determinar en qué casos se entienden cedidos los derechos bajo esta categoría⁷⁵).

En el caso *Community for Creative Non Violence v. Reid*, una asociación sin fines de lucro llevó a cabo un desfile navideño para recaudar fondos para las personas sin hogar. Como parte del espectáculo decidieron contactar al artista James Earl Reid para que esculpiera tres figuras humanas, posteriormente hubo un desacuerdo

⁷² Ver *supra* nota 37; Minahan, M. C. (2016). Copyright protection for tattoos: Are tattoos copies? *Notre Dame Law Review*, 90(4), p. 1724. *Paradox-Studio* es el nombre del estudio donde trabajaba el tatuador Victor Whitmill.

⁷³ Mencionamos que un tatuaje hecho en uniautoría es una forma, en pluriautoría es otra.

⁷⁴ King, *supra* nota 27, en 41-46.

⁷⁵ Schuster, S. (2011). Derechos de autor en las relaciones laborales y su vínculo con el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos. *Estudio de Derecho y Propiedad Intelectual. Homenaje a Arturo Alessandri Besa*, p. 375–378.

sobre los planes de la asociación para llevar estas obras de gira por distintas ciudades. En ese entonces, la asociación presentó una demanda contra Reid alegando propiedad de los derechos de autor de las esculturas, bajo la disposición de obra por encargo⁷⁶.

Sin embargo, la corte sostuvo que Reid era un contratista independiente y no un empleado de *Community for Creative Non Violence*. Para arribar a tal conclusión, interpretó el término de empleado dentro de una obra por encargo utilizando trece factores: La destreza requerida; el origen de los instrumentos y las herramientas; la ubicación del trabajo; la duración de la relación entre las partes; si la parte contratante tiene derecho a de asignar proyectos adicionales al contratado; el grado de discrecionalidad del contratado sobre cuándo y cuánto tiempo trabajar; la forma de pago; el papel del contratado en la contratación y pago de los asistentes; si el trabajo forma parte de la actividad habitual de la parte contratante; si la parte contratante tiene actividad empresarial; y la provisión de y el tratamiento fiscal del contratado⁷⁷.

El Segundo Circuito redefinió estos factores en *Aymes v. Bonelli*, destacando cuatro de ellos: el derecho de la parte contratante a controlar el modo y los medios de creación; la cualificación requerida; la provisión de beneficios a los empleados; el tratamiento fiscal del contratado; y si el contratante tiene derecho a asignar proyectos adicionales al contratado⁷⁸.

Teniendo en consideración todos estos factores la doctrina señala que no es probable que se logre corroborar la existencia de los trece factores a partir de una relación laboral entre un tatuador y su cliente⁷⁹. Si bien la persona es quien guía al artista sobre qué diseño quiere y cómo lo quiere, a fin de cuentas el tatuador es quien tiene el control sobre la forma de creación del tatuaje pues es quien lo termina dibujando, además el cliente es quien recurre al artista y no existe relación con el tratamiento fiscal⁸⁰.

⁷⁶ King, *supra* nota 27, en 41-46.

⁷⁷ Id.

⁷⁸ Id.

⁷⁹ Id.; Harkins, *supra* nota 76, en 324.

⁸⁰ Id.

Ahora bien, se presenta otro escenario complejo cuando nos referimos a la obra realizada por un tatuador de manera independiente dentro de la relación tatuador-cliente. La sección 101 del *Copyright Act* enuncia nueve categorías de obras creadas por contratistas independientes: una contribución a una obra colectiva, parte de una película cinematográfica u obra audiovisual, una traducción, una obra complementaria, una compilación, un texto instructivo, un examen, material de respuesta para un examen, o un atlas⁸¹.

Sin embargo, aun cuando las partes acuerden dejar por escrito que el tatuaje es una obra por encargo, vemos que este no entraría en ninguna de las categorías anteriores, en consecuencia, tampoco calificaría como una obra por encargo realizada por un contratista independiente.

Entonces, bajo la legislación estadounidense la doctrina señala que no es plausible considerar al tatuaje como una obra por encargo bajo ninguna de sus dos clasificaciones⁸².

En Chile, Elisa Walker destaca el criterio jurisprudencial de *Sfeir y otros v. Universidad de Concepción*⁸³ para definir qué se entiende por una obra por encargo. En esta ocasión el tribunal exigió que la regulación de obra por encargo debía interpretarse en forma restrictiva y solo es aplicable a obras futuras, entendiendo que al momento de realizarse el encargo no existe obra⁸⁴.

Además, debe distinguirse sobre sujetos a quienes se les pueden encargar la creación de obras entre trabajadores y prestadores de servicios. El primer grupo no podría considerarse bajo la hipótesis de una relación tatuador cliente porque se requiere de un régimen de subordinación y dependencia, como ocurre con las obras creadas por empleados.

Por su lado, los prestadores de servicios poseen una regulación contractual propia del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales del Código Civil. La doctrina

⁸¹ Sección 101 del *Copyright Act*.

⁸² King, *supra* nota 27, en 43; Harkins, *supra* nota 76, en 324; Cummings, *supra* nota 30, en 304.

⁸³ Sfeir y otros con Universidad de Concepción, disponible en <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/510.pdf>

⁸⁴ Walker Echenique, *supra* nota 13, en 98.

y jurisprudencia entiende que las atribuciones son autorizadas a quien encargó la obra, es decir, él puede explotar la obra para la finalidad que fue creada. De querer ser utilizada para otros fines, se requiere una cesión expresa de derechos de autor.

De acuerdo con el abogado chileno Pedro Pablo Vergara, la regulación de los efectos de una obra que afecta al cuerpo tatuado de una persona no está expresa en la ley por lo que la persona que contrata con un tatuador estaría celebrando un contrato atípico y de venta porque para la confección del tatuaje el artista suministra los materiales y el perfeccionamiento de este se produce una vez aprobado lo que se encargó⁸⁵. Vergara afirma que, debido a la naturaleza de un contrato de venta, la persona tatuada pasaría a ser dueña de lo que está estampado en su cuerpo y en consecuencia puede disponer, exhibir, alterar y destruir dicha obra. En el caso contrario, si el tatuador decide limitar estas atribuciones alegando sus derechos de autor sobre la obra, habría escaso efecto porque nadie puede disponer del cuerpo humano. Todo esto sustentado en el derecho a la vida que está consagrado en la Constitución Política artículo 19 n°1 y normativa internacional.

Teniendo esto en cuenta, según la legislación chilena el tatuaje puede ser objeto de un contrato de obra por encargo. La descripción de cómo será el tatuaje debe ser suficiente, así como las explotaciones sobre las cuales se cederán los derechos del tatuador para evitar malinterpretaciones a futuro con un cliente que presumiblemente será famoso o ya lo es. Además, la celebración del contrato debe ser previa a que se empiece a punzar la piel.

En cuanto al título que se le atribuye a la persona tatuada sobre el tatuaje que está en su piel, nos parece discutible desconocer totalmente los derechos de autor que tendría el tatuador sin antes analizar caso a caso cuáles son los derechos constitucionales involucrados del cuerpo (que a su vez sirve como soporte de una obra intelectual) y qué alcance tienen cuando se enfrentan a los derechos de autor de la obra fijada sobre él.

⁸⁵ Vergara, P. P. (2019). No es el pintor, es el lienzo. Colegio de Abogados de Chile. Disponible en <https://colegioabogados.cl/no-es-el-pintor-es-el-lienzo/>

CAPÍTULO III: Desafíos jurídicos que surgen de la situación de propiedad intelectual del tatuaje

La doctrina y jurisprudencia en materia de derecho de autor dejan clara la distinción entre el soporte material de una obra y la forma de expresión fijada en la misma⁸⁶. Se distingue entre el *corpus mechanicum* y el *corpus mysticum*, el primero tiene un papel auxiliar con respecto al objeto del derecho de autor consistente en el soporte tangible o intangible, sobre el cual la obra se sirve a fin de ser la representación física de la expresión. Mientras que el segundo es la creación expresada incorporada a un soporte, objeto de protección del derecho de autor⁸⁷.

Es decir, por un lado, tenemos la inmaterialidad como una característica fundamental en los bienes protegidos por la propiedad intelectual y, por otro, su manifestación que llega a asociarse a un ejemplar perceptible, sobre el cual recae una propiedad distinta a la propiedad que tiene el autor sobre la obra⁸⁸.

En el caso del tatuaje, el soporte material es el cuerpo humano. Hemos visto que en la práctica este ha tenido una manipulación similar al que adoptan los soportes físicos convencionales, lo que hace posible su exposición en diversas formas y colores. Al mismo tiempo, la reciente jurisprudencia y parte de la doctrina extranjera concluyen que el tatuaje es una obra protegida por derecho de autor debido a que la perceptibilidad (por más de un instante) de su originalidad es posible ya que está fijado permanentemente sobre un medio como la piel⁸⁹.

El soporte material humano posee una singularidad jurídica que pone sobre la mesa cuestiones relativas a la determinación de la titularidad de la obra, la relación con ciertos derechos fundamentales de la persona como soporte que encarna una obra de propiedad intelectual, precisiones sobre sus formas de explotación y examen de aplicabilidad sobre excepciones de uso.

⁸⁶ Ver *supra* nota 41 en 5-7 y *supra* nota 52.

⁸⁷ Bercovitz, *supra* nota 53, en 19.

⁸⁸ Id. en 20.

⁸⁹ Hatic, M. (2013). Who owns your body art?: The copyright and constitutional implications of tattoos. *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.*, 23(7). p. 424.

1. Eventual colisión entre derechos relacionados con la autodeterminación sobre el cuerpo humano y el derecho de autor sobre el tatuaje

Cuando el cuerpo humano es soporte de una obra de propiedad intelectual trata sobre el dilema entre el alcance de la protección del cuerpo humano y a la facultades patrimoniales y morales que se le reconoce a todo titular de derecho de autor.

En el evento que exista una discordancia sobre la autoría del tatuaje y no exista un acuerdo sobre cesión de titularidad, las partes procederán a alegar los derechos que poseen en razón de, por un lado, tener un cuerpo y por otro, haber realizado una labor creativa.

Como hemos adelantado hay una escasez de jurisprudencia en materia de derechos de autor en relación con tatuajes como obras intelectuales, por eso nuestro objetivo es brindar un acercamiento sobre el tratamiento que se le darían a los derechos involucrados en el evento de darse un conflicto jurídico. Para esto ahondaremos primero en el derecho a la propia imagen porque tal como lo indica su nombre es un derecho que forma parte de la esfera más externa y visible del cuerpo. En nuestra opinión es el que se relaciona de manera más estrecha con las formas de explotación de derecho de autor cuando se trata de la exhibición y difusión de una obra de propiedad intelectual. Además, analizaremos aquellos derechos propios de una esfera más interna del cuerpo humano como la libertad personal y el desarrollo de la personalidad externa, cuando chocan con los derechos de autor de otro.

a) El tatuaje como parte del derecho a la propia imagen y su interacción con los derechos patrimoniales del derecho de autor

La individualización de una persona, su integridad física y moral, el resguardo y desarrollo de la vida son una amplia gama de bienes que se encuentran tutelados por el derecho a la personalidad. Tanto la doctrina chilena como la comparada hace referencia a un conjunto de derechos propios de la persona, a las manifestaciones

tanto exteriores como interiores que conforman la singularidad y dignidad de uno mismo⁹⁰.

La personalidad se caracteriza por su inseparabilidad originaria con la persona física y su razón de ser es la existencia de la persona misma. Por esto guarda estrecha relación con la dignidad del hombre, un valor inherente a la persona que está precisado en el artículo 1 inciso 1 de la Constitución chilena. Desde el ámbito regulatorio, la dignidad humana sirve de fundamento para los derechos fundamentales⁹¹.

Uno de los derechos fundamentales que se desprende de la dignidad de la persona es el derecho a la propia imagen, que tiene que ver con la tutela a la proyección exterior y concreta de la persona en su figura física, dotando a la persona de la facultad de decidir sobre el uso de su imagen⁹². Este derecho es aquel que tiene toda persona a obtener, reproducir y publicar su apariencia externa y, como consecuencia de su carácter exclusivo y excluyente, a prohibir la obtención, reproducción y/o publicación por un tercero de ella⁹³.

En Chile el derecho a la propia imagen no está mencionado expresamente en la Constitución, ni de manera expresa en leyes especiales, por lo que su desarrollo ha sido impulsado mayormente por la doctrina y jurisprudencia⁹⁴.

Además de ser un derecho fundamental, forma parte de la clasificación tripartita de los derechos de la personalidad propuesta por la doctrina chilena. Esta clasificación distingue entre derechos de la individualidad, derechos de la personalidad civil y derechos de la personalidad moral⁹⁵. El segundo grupo se compone de aquellos

⁹⁰ Arancibia, M. J. (2014). Reflexionando sobre los derechos de la personalidad desde la perspectiva del derecho a la propia imagen. *Revista de Derecho: Publicación de La Facultad de Derecho de La Universidad Católica de Uruguay*, 9, p.59.

⁹¹ Günter Dürig sostiene que la dignidad de la persona humana consiste en que “cada ser humano es humano por fuerza de su espíritu, que lo distingue de la naturaleza personal y que lo capacita para, con base en su propia decisión, volverse consciente de sí mismo, de autodeterminar su conducta y de dar forma a su existencia y al medio que lo rodea. Todo individuo humano es un ser que desarrolla su libertad autonomía, autodeterminando su conducta. Ver Nogueira Alcalá, Humberto. (2007). El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. *Fundamentación y caracterización*. *Revista Ius Et Praxis*, 2, 245–285.

⁹² Arancibia, M. J., *supra* nota 91, en 65.

⁹³ *Id.* en 64.

⁹⁴ Mosca, J. B. (2019). Protección patrimonial del derecho de imagen en América Latina. *Revista Latin American Legal Studies*, 5, p.52.

⁹⁵ Arancibia, M. J., *supra* nota 91, en 60.

derechos que amparan ciertos elementos que contribuyen al posicionamiento de la persona en la sociedad, como el derecho a la propia imagen.

En el caso Caszely Carlos y otros contra Salo Editores, la Corte de Apelaciones de Santiago conceptualizó el derecho a la propia imagen como “la potestad de impedir a cualquiera retratar sin permiso nuestra imagen y reproducirla o hacer de ella cualquier uso, aun cuando sea inocente. El derecho sobre la propia imagen podría ser así una prolongación del derecho sobre el propio cuerpo”⁹⁶.

Agregó que el “obtener y utilizar la propia imagen es un derecho sobre la persona o de la personalidad; algo esencial, natural o innato a todo individuo por el solo hecho de serlo y que, como tal, no necesita de un reconocimiento explícito en la ley”⁹⁷.

Entonces el ámbito de protección del derecho a la propia imagen envuelve aquellos elementos que expresados, singularizan a una persona. Nosotros sostenemos que parte del bien jurídico que pretende salvaguardar el derecho a la propia imagen es también lo que está sobre la piel, como los tatuajes que forman parte del aspecto físico de la persona.

Cabe recordar que desde un punto de vista cultural, hemos señalado que este arte ha sido una forma de expresión corporal utilizada por el ser humano a lo largo de la historia con el fin de exteriorizar ideas o conceptos.

Desde una perspectiva sociológica, Patricia Sábada señala la importancia que tiene la piel para el ser humano al definirla como una “membrana permeable” que “permite que nos relacionemos, recojamos y emitamos señales al otro”. Agrega que a través de ella establecemos nuestra realidad y singularidad, y esto es posible porque “sentimos, tocamos, experimentamos y aprehendemos el mundo a través de la piel...no podemos considerarla únicamente como superficie orgánica, sino como aquella superficie porosa que permite conformar y mantener nuestra individualidad, nuestras relaciones y experiencias con los otros y el mundo”⁹⁸.

⁹⁶ Sentencia citada por Nogueira Alcalá, Humberto de la Corte de Apelaciones de Santiago, fecha 5 de julio de 1982, Revista Chilena de Derecho. Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, pp.368 y ss.

⁹⁷ Nogueira Alcalá, *supra* nota 92.

⁹⁸ Sábada Alcaraz, *supra* nota 55, en 21.

Esta definición se acerca a lo protegido por el derecho a la propia imagen, a lo que se entiende por dignidad humana según Günter Dürig y la capacidad de autodeterminación (sobre lo que está en nuestra imagen y decidir cómo otros interactúan con ella).

En adición, desde un punto de vista doctrinario y casuístico se ha argumentado que el tatuaje, en cuanto obra intelectual, forma parte del derecho a la propia imagen. Como parte de la conceptualización del derecho a la propia imagen, María José Arancibia nos brinda un ejemplo en el que explica que la imagen construida por un cantante de moda por medio de tatuajes, una ropa determinada o un corte de pelo extravagante, forman un conjunto de elementos externos que le resultan propios y afirman su individualidad⁹⁹, lo que los hace susceptible de protección.

Por el lado de la jurisprudencia extranjera vemos que en el tribunal reconoció la facultad de licenciar la propia imagen de unos basquetbolistas, lo que incluía la proyección de los tatuajes sobre sus cuerpos. En 2016 el estudio de tatuajes estadounidense *Solid Oak Sketches*, demandó por 1,1 millones de dólares a *Take-Two Interactive*, un desarrollador y editor de videojuegos junto con *2K Games* (empresa distribuidora de videojuegos con sede en California, filial de *Take Two Interactive*), por el uso ilegítimo de los derechos de autor de las creaciones de quienes tatuaron a los jugadores de baloncesto que aparecían en uno de los videojuegos que estaban desarrollando¹⁰⁰.

Previamente, el basquetbolista LeBron James y otros de sus compañeros se tatuaron con este estudio y luego otorgaron a la Asociación Nacional de Baloncesto (NBA) el derecho de licenciar su imagen a terceros y a su vez a los productores de *Take-Two* quienes tenían la autorización de los jugadores para utilizar su imagen en el videojuego.

Por otro lado, *Solid Oak* alegó ser titular exclusivo del derecho de autor de 5 tatuajes de 3 jugadores representados en el videojuego y afirmó que la desarrolladora buscaba sacar provecho comercial de obras que no eran propias de los jugadores.

⁹⁹ Arancibia, M. J., *supra* nota 91, en 64.

¹⁰⁰ *Solid Oak Sketches, LLC v. 2K Games, Inc.* Tribunal del Distrito Sur de Nueva York. Nº 16-CV-724-LTS-SDA, 2020. 26 de marzo de 2020.

En respuesta a esto, la defensa señaló que los tatuajes han sido parte de la forma de expresión humana por cientos de años y que los tatuajes objeto del litigio reflejaban la expresión personal de quienes los portan. Añadió que el ejercicio del derecho a la propia imagen de los jugadores no podía verse obstaculizado porque su licenciamiento fue otorgado a la NBA y *Take-Two* con el objetivo de simular su imagen de la manera más realista posible a través de la pantalla, haciendo indispensable la aparición de los tatuajes.

Después de 4 años, el Tribunal de los Estados Unidos del Distrito Sur de Nueva York resolvió que el uso de los tatuajes por los creadores del videojuego no violó el derecho de autor de *Solid Oak* por tres razones: el uso del mínimo, la licencia implícita que tenían los jugadores y que el uso de los tatuajes constituía un uso justo.

Respecto al primer punto, el Tribunal concordó con lo planteado por *Take-Two* porque no consideró que hubiese copia de la obra ya que los tatuajes no son sustancialmente visibles en la pantalla y no se asimilan al tamaño real de los tatuajes, además la idea de representarlos en el videojuego tiene como objetivo alcanzar una apariencia más realista de cada jugador, no para sacar provecho de su uso comercial. De esta manera, aunque los tatuajes no jugaban un rol significativo en el videojuego, el tribunal asintió a que eran parte de la apariencia de una persona, el objeto protegido por el derecho a la propia imagen.

Bajo el razonamiento de este tribunal el derecho a la propia imagen incluye los tatuajes del portador, esos diseños inherentes al cuerpo humano que son susceptibles de aparecer en una publicidad, fotografía o videojuego. Esto se conecta con el segundo punto señalado por el tribunal, la existencia de una licencia implícita¹⁰¹ de parte de los tatuadores para que los portadores de sus obras

¹⁰¹ Esta es una institución que se abordará en el tercer conflicto como uno de los contraargumentos utilizado por la parte que intenta justificar algún tipo de explotación de una obra de propiedad intelectual. Un alcance premilitar sobre su naturaleza es que en la jurisprudencia estadounidense las cortes suelen evaluar la existencia de una licencia implícita en base a tres factores: (1) cuando el licenciataria solicita al titular de los derechos de autor que cree la obra, en este caso los jugadores solicitaron la creación de ciertos diseños sobre su cuerpo (2) el titular de los derechos de autor crea la obra y la entrega al licenciataria, los tatuadores entintaron los diseños solicitados (3) el titular de los derechos de autor pretende que el licenciataria utilice la obra para lo que fue diseñada, los tatuadores sabían de antemano que debido a la popularidad de estos personajes, sus tatuajes

podiesen usarlas para lo que fueron creadas, en este caso, para exhibirlas en público, televisión, medios de comunicación, a través de fotografías o ser representadas de algún otro modo (todo esto sabiendo que las personas que estaban tatuado eran basquetbolistas famosos). A partir de la licencia implícita de la obra es que los jugadores tenían la facultad de licenciar el derecho a su propia imagen a terceros.

Añadiendo que la utilización de los tatuajes constituía un uso justo, basándose en el cumplimiento de los cuatro requisitos copulativos señalados en la sección 107 del *Copyright Act*. A propósito del factor de uso, el tribunal sostuvo que la parte demandada transformó los tatuajes con el fin de reconocer la imagen de los jugadores en el juego, distinto al uso original para lo cual fueron creados que es permitir que las personas se expresen a través del arte. En cuanto a la naturaleza de la obra protegida se consideró que los diseños de los tatuajes eran comunes y fácticos, más que únicos y expresivos. En nuestra opinión, el análisis de este factor es discutible porque de no ser considerados como únicos y expresivos no sería lógico estar hablando de un uso justo de obras consideradas como originales, donde se les está permitido utilizarlas sin el permiso correspondiente. Sobre la cantidad y la importancia de la parte utilizada en relación con la obra total, estos se copiaron en su totalidad, pero la visualización de ellos en el videojuego era pequeña en relación a una pantalla de televisión (que es el formato en el que estaba hecho para aparecer). Por último, la inclusión de los tatuajes en el videojuego no llevó aparejada su aparición en materiales de marketing, siendo accesorio al valor comercial del producto. Además, no había antecedentes de que existiera un mercado dedicado al licenciamiento de tatuajes para su utilización en medios de comunicación.

De esta manera, el tribunal defendió el derecho a la propia imagen y las facultades que le brinda a sus titulares, a través del uso legítimo excepcional de la obra de propiedad intelectual que portaban. Este derecho que incluía el uso de los tatuajes por terceros, por mínimo y excepcional que haya sido.

aparecerían en público. Ver Sussman, D., Brandeisky, K. (2021). Implied Copyright License Defense Shapes Up In Tattoo Cases. Jenner & Block. Disponible en: <https://www.jenner.com/en/news-insights/publications/implied-copyright-license-defense-shapes-up-in-tattoo-cases-law360>

Este caso también nos brinda una ejemplificación sobre el doble carácter que posee el derecho a la propia imagen. La dimensión positiva autoriza a su titular a la difusión, reproducción y publicación de su propia imagen, así como la autorización de la explotación de su apariencia física con fines publicitarios o comerciales. Por su parte, la dimensión negativa impide que terceros puedan realizar estas explotaciones sin la autorización respectiva del titular¹⁰².

La primera dimensión del derecho a la propia imagen dice relación con su patrimonialización. Esto se da en el caso que la persona consienta sobre el uso comercial de su imagen, puede disponer de ella, autorizar su captación, transmisión o publicación a título oneroso¹⁰³.

La doctrina comparada ha elaborado tres modelos de protección para la explotación patrimonial del derecho a la propia imagen: un modelo dualista basado en dos derechos independientes (el derecho de privacidad y el derecho de publicidad), un modelo monista basado en un derecho de la personalidad, y un modelo híbrido basado en una interpretación dinámica de las facultades personales y patrimoniales¹⁰⁴.

El modelo dualista comienza a consolidarse desde mediados del siglo XX en el derecho norteamericano. Parte de este se fundamenta en el *right of publicity* o derecho de publicidad que consiste en la facultad exclusiva de la explotación comercial del nombre o imagen de una persona y a recibir la respectiva indemnización en caso de aprovechamiento comercial sin un permiso previo. Así las personas que forman parte de la industria del entretenimiento pueden apelar a una indemnización o prohibición de la aparición de su nombre o imagen sin el consentimiento o remuneración respectiva¹⁰⁵.

De todas maneras, la doctrina advierte que nada se opone a que este derecho exista en favor de cualquier persona, pero los daños y perjuicios que una persona puede reclamar por infracción del derecho dependerá del valor de la publicidad de la que

¹⁰² Arancibia, M. J., *supra* nota 91, en 66.

¹⁰³ Nogueira Alcalá, *supra* nota 92, en 272.

¹⁰⁴ Mosca, J. B., *supra* nota 95, en 40.

¹⁰⁵ Nogueira Alcalá, *supra* nota 92, en 273.

se haya apropiado, que a su vez dependerá en gran medida del grado de fama alcanzado por el demandante¹⁰⁶.

Este modelo estadounidense es el que ha encontrado acogida en nuestra jurisprudencia, se ha postulado que cada persona tiene el derecho de controlar el uso comercial de su identidad, de la mano con el ejercicio del derecho de propiedad consagrado constitucionalmente¹⁰⁷.

Por su lado, el modelo monista tuvo acogida en la Europa Continental en donde se concebía al derecho a la propia imagen como un derecho de la personalidad, es decir, irrenunciable, indisponible e intransmisible, rechazando su faceta patrimonial. En nuestra opinión, el tercer modelo es el que otorgaría una adecuada protección para ambas dimensiones del derecho a la propia imagen ya que lo reconoce como un derecho híbrido con una “naturaleza proteica”, que ha evolucionado como un derecho de personalidad, pero a la vez se le reconoce que está inserto en un panorama cambiante en lo social y económico¹⁰⁸.

Cabe señalar que existe una diferencia entre el derecho fundamental a la propia imagen y el derecho de la explotación económica de ella. Ambas esferas protegen bienes jurídicos distintos y la dimensión patrimonial de la imagen es propio de un ordenamiento jurídico que no forma parte del contenido de derecho fundamental, no obsta que, de haber una explotación comercial sin consentimiento, se vulnere el derecho fundamental a la propia imagen¹⁰⁹.

Al igual que el derecho a la propia imagen, el derecho de autor también posee una doble dimensión, que se refleja en dos tipos de derechos que lo conforman. Los patrimoniales que permiten a los titulares de derechos percibir una retribución económica por que terceros utilicen sus obras y los derechos morales que permiten que el autor o el creador tomen determinadas medidas para preservar y proteger los vínculos que los unen a sus obras¹¹⁰. Por ahora, nos enfocaremos en términos

¹⁰⁶ Nimmer, M. (1954). The Right of Publicity. Law and Contemporary Problems, p. 217.

¹⁰⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1009-2003 de fecha 8 de mayo de 2003, Corte de Apelaciones de Iquique: 12/01/2007. (cit. por Nogueira, 2007, p. 267).

¹⁰⁸ Mosca, J. B., *supra* nota 95, en 44.

¹⁰⁹ Nogueira Alcalá, *supra* nota 92, en 273.

¹¹⁰ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2016). Disponible en: Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_909_2016.pdf. p.9.

generales en el encuentro que se produce entre el primer grupo de derechos de autor y la dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen. Luego, hablaremos sobre el encuentro entre el derecho moral de autor y otro tipo de derecho de libertad asociado al cuerpo humano.

La difusión de la imagen del tatuaje da cabida a oportunidades de disfrute económico. Cada forma de utilización lleva aparejado un derecho patrimonial, porque cada forma de explotación da lugar a un derecho de autorizar tal uso¹¹¹. No obsta a que la doctrina caracterice a estos derechos como un listado de facultades no taxativas dado que se deduce que la expresión “utilización” del artículo 19 de la LPI es amplia y por lo que no abarcaría solo las facultades expresamente reguladas en la ley, sino que todos los posibles usos que puedan ser desarrollados en relación con una obra¹¹². Frente a la imposibilidad del derecho de prever las modalidades de explotación a las que se verían expuestas las obras de propiedad intelectual hoy en día, parece concordante apoyar dicha postura.

Cabe recordar el sistema jurídico chileno de derecho de autor está integrado por una norma general de prohibición contenida en el artículo 19 de la LPI, y en complemento con la norma sancionatoria del artículo 79 del mismo cuerpo legal encontramos el fundamento a la protección de las facultades del titular exclusivo de derecho de autor en el caso que alegue una explotación no autorizada de su obra.

En adición, el Código Civil es otro antecedente legal que sustenta la protección que le otorga el sistema jurídico al derecho de autor. Debido a las diferentes facultades que conforman el contenido de derecho de autor, Delia Lipszic señala que la determinación de su naturaleza jurídica ha dado lugar extensos debates¹¹³. Por eso la doctrina ha elaborado diversas teorías entorno a la naturaleza del derecho de autor, la que nosotros apoyamos se denomina teoría del derecho de propiedad ya que es la que sigue nuestro legislador¹¹⁴. Esta destaca que la propiedad intelectual

¹¹¹ Schuster Vergara, *supra* nota 41, en 9.

¹¹² Walker Echenique, *supra* nota 13, en 148.

¹¹³ Gobantes de la Fuente, M. y Márquez, P. (2005). Limitaciones y excepciones al Derecho de Autor en el entorno digital, desde la perspectiva del derecho a la educación. Disponible en <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107590>. p.26.

¹¹⁴ Id.

es una propiedad especial que recae sobre bienes incorporeales y viene a constituir una forma especial de ejercer el derecho de propiedad sobre determinados objetos jurídicos que, por su calidad, especializan el dominio¹¹⁵.

En esa línea, el artículo 584 del Código Civil reconoce esta especie particular de propiedad sobre las obras intelectuales y el artículo 4 indica que existe preferencia respecto de las disposiciones de un cuerpo legal especial por sobre las normas generales del Código Civil¹¹⁶. En consecuencia, la regulación del derecho de autor se encuentra en el cuerpo legal especial denominado LPI.

Sobre esta base se construye la existencia de un titular exclusivo y a la protección de sus facultades, como las patrimoniales.

Dado que estos derechos patrimoniales se caracterizan por ser exclusivos¹¹⁷, cabe preguntarse por las opciones de titularidad y mecanismos de explotación que podría sufrir un tatuaje en el caso que el tatuador o tatuado sean autores de forma separada, lo que significaría que pueden utilizar directa y personalmente tal obra. En el caso que el tatuador sea el único autor, la otra persona puede ser titular secundario si le ceden parcial o totalmente los derechos de ese tatuaje. En el caso que el único autor sea la persona tatuada, no hay mayor inconveniente.

La primera situación es la que pone sobre la mesa la cuestión sobre interferencia a los derechos constitucionales de la persona. Dado que el derecho patrimonial es oponible a todos, esto incluye al adquirente del soporte material que contiene la creación, a menos que una norma expresa o cláusula contractual disponga lo contrario¹¹⁸. Por eso la doctrina estadounidense sugiere adelantarse a estas situaciones con un acuerdo de liberación cuando se tiene en frente a alguien que suele aparecer en el mundo mediático, de lo contrario el adquirente del soporte se vería desamparado en razón de su propio cuerpo.

Entonces sobre este soporte se pueden superponer, por un lado, la protección que se la otorga a su proyección exterior y, por otro, la protección de los elementos

¹¹⁵ Id.

¹¹⁶ Id.

¹¹⁷ Ver artículos 9, 11, 11 bis, 11 ter, 12 y 14 del Convenio de Berna.

¹¹⁸ Antequera Parilli, R., *supra* nota 44, en 156.

creativos que lo integran. El portador de un tatuaje puede sacar un provecho económico de su imagen tras su difusión, reproducción o publicación.

Como el tatuaje forma parte de la imagen del portador de la obra, en razón de los derechos de autor patrimoniales que se le conceden al titular de ese tatuaje, también lo hacen susceptible de las explotaciones recién enunciadas. La doctrina hace referencia a los usos de comunicación pública mediante la difusión de la imagen del tatuaje (artículo 5 letra v de la LPI), la reproducción de la imagen (artículo 5 letra u de la LPI) y la distribución de las copias de esa imagen (artículo 5 letra q de la LPI).

Queda en evidencia que la dimensión positiva del derecho a la propia imagen se asimila a las facultades que derivan de los derechos económicos que posee el titular de una obra intelectual. A nosotros nos concierne el tratamiento que se le daría al derecho patrimonial del derecho de autor y a la dimensión positiva del derecho a la propia imagen cuando confluyen en un mismo espacio.

La jurisprudencia chilena ha propuesto que la dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen tiene, como fuente constitucional, el derecho a ejercer toda actividad comercial lícita (artículo 19 n° 21 CPR) y el derecho de propiedad (artículo 19 n° 24 CPR)¹¹⁹. Por su lado, el inciso final del artículo 19 n° 25 CPR hace aplicable al derecho de autor las garantías constitucionales patrimoniales comunes a todo tipo de propiedad.

En el caso de *Solid Oak Sketches* se anuló el control que pudo tener el tatuador sobre la explotación de los tatuajes objeto del litigio, en razón de la existencia de un uso justo de la obra. Esto quiere decir que se reconoció la licencia implícita que otorgaron los titulares sobre su propia imagen y la forma en que se explotó (que fue mediante la reproducción de la obra tras representar la imagen de los jugadores en personajes virtuales), con el alcance de que no se hizo uso de la dimensión positiva o patrimonial del derecho a la propia imagen.

¹¹⁹ En 2009 la Corte de Apelaciones de Santiago señala en su fallo que la faceta patrimonial “se enmarca en la explotación comercial de la imagen...se encuentra comprendida como una modalidad más dentro del derecho a ejercer toda actividad comercial lícita”. Ver: Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2506-2009 de fecha 24 de marzo de 2009.

De lo contrario, el propósito del uso de las obras en el videojuego hubiese sido un factor que complejizaría la determinación del uso justo. Esto debido a que, de haber querido comercializar su imagen (es decir especificar algún tipo de transacción al momento de otorgarles la licencia a terceros) y siendo los tatuajes, parte de la imagen de los jugadores, el argumento del uso transformador para el reconocimiento de la imagen de los jugadores hubiera sido contraargumentado con que su aparición fue con fines comerciales (y como ya mencionamos, existe un mercado sobre licenciamiento del derecho a la propia imagen debido a que es posible su patrimonialización).

Puede ser que la acción de comercializar la propia imagen inevitablemente arrastre a la exposición de la obra intelectual que integra dicha imagen, pero no necesariamente quiere decir que se quiera sacar un provecho económico de la obra. Esa es una conclusión a la que se tiene que arribar caso a caso y en esta oportunidad no se consideró que hubo tal aprovechamiento aun cuando hubo uso de reproducción de la obra.

En el supuesto que el demandado por infracción de uso ilegítimo de una obra intelectual sea a la vez quien hizo uso comercial de su propia imagen, quedará en el demandante probar que el aprovechamiento de la propia imagen (del portador del tatuaje) está basada principalmente en su tatuaje, es decir, la obra de propiedad intelectual.

Sin embargo, mencionamos que si bien los tatuajes pueden ser objeto de protección de la propia imagen de una persona, la doctrina lo considera como parte de un conjunto de elementos externos que conforman la individualidad de la persona¹²⁰, pero por sí solos no son toda su imagen. Por eso, el titular del tatuaje debería adoptar una estrategia que apunte directamente a la infracción de la obra intelectual cuando se trate del tatuaje de manera aislada y adoptar una estrategia que apunte al derecho a la propia imagen cuando se estime que haya un uso de la faceta externa de la persona como un todo.

¹²⁰ Ver *supra* nota 100.

Por ejemplo, en 2017 el modelo Kevin Michael Brophy demandó a la rapera Cardi B por utilizar uno de sus tatuajes en la portada de su nuevo álbum, argumentando que el tatuaje que portaba en su espalda “se ha convertido en una característica única por la que tanto sus amigos como la comunidad empresarial lo conocen”¹²¹.

El caso no se basó en la copia ilegítima de una obra intelectual, sino que en la apropiación comercial de la imagen de Brophy. Es decir, el modelo basó su individualidad en el diseño que portaba en su espalda argumentando que era fácilmente identificable a su persona. Sin embargo, el jurado no consideró que la aparición del tatuaje en la espalda de otra persona (quien se mostraba en la portada del álbum), fuese suficiente para confundirlo con la imagen de Michael Brophy porque el protagonismo que pudiese tener dicho tatuaje no conforma “el valor” de una persona¹²².

b) Afectación a la libertad ambulatoria

Que en el caso *Solid Oak Sketches, LLC v. 2K Games, Inc.*, se haya fallado en base al uso justo, quiere decir que se reconoció la existencia de derecho de autor de los tatuajes creados por artistas de *Solid Oak* y que su uso de manera excepcional cumplió con los cuatro requisitos copulativos de la Sección 107. Sin embargo, ni las partes ni el tribunal tuvieron algo que decir sobre los efectos que tendría sobre otro tipo de derechos, intrínsecos de los cuerpos de los basquetbolistas. Dado que lo pertinente era decidir si existía o no un uso justo sobre las obras, se mantuvo al margen la discusión sobre las implicancias jurídicas de ver al cuerpo humano como bien jurídico protegido y soporte a la vez.

De acuerdo con la especial naturaleza del tatuaje en cuanto obra de propiedad intelectual plasmada en la piel, nos toca precisar qué otros derechos relativos al cuerpo humano como soporte se encuentran involucrados y cuál es su alcance cuando se encuentran en tensión con el derecho de autor de un titular, distinto del

¹²¹ Kevin Michael Brophy Jr. v. Belcalis Almanzar, Central District of California Southern Division, No. 17-1885, Verdict 10/21/22.

¹²² Jahner, K. (2022). Tat on Cardi B Album Didn't Flout Man's Image Rights, Jury Says. Bloomberg Law. Disponible en: <https://news.bloomberglaw.com/ip-law/tat-on-cardi-b-album-didnt-flout-mans-image-rights-jury-says>.

portador. Esto último nos permitirá analizar lo planteado por el abogado Vergara sobre la baja probabilidad de que el autor de una obra limite los derechos que tiene la otra persona sobre su propio cuerpo, en razón del tipo de contrato entre ambas partes y el derecho a la vida¹²³.

El artículo 19 n° 7 de la Constitución establece el derecho a la libertad personal y seguridad individual. El derecho a la libertad personal se vincula a la idea de autonomía, esto es, el derecho a determinar de manera independiente cómo queremos vivir nuestras vidas y a tener la capacidad de llevar a cabo dicho plan de vida en la medida que sea legítimo de cara a la autonomía de los demás¹²⁴. Mientras que, la seguridad individual alude a la existencia de un contexto de confianza que hace posible que una persona pueda autocomprenderse como un ser autónomo, en el sentido de no estar sometido a restricciones arbitrarias en su capacidad de determinar un plan de vida y ejecutarlo o a cualquier forma de abuso de poder por parte de la autoridad¹²⁵.

Nosotros nos enfocaremos en una dimensión de la libertad personal que es la libertad de desplazamiento o ambulatoria. Esto es decidir dónde puede estar físicamente mi cuerpo, lo que da paso al ejercicio de otras facultades esenciales para vivir dignamente junto con el desarrollo de la personalidad y autonomía¹²⁶.

Esta libertad no es absoluta y su limitación se encuentra reconocida en la libertad de desplazamiento de los demás y normales legales dirigidas a ciertos sujetos en determinados contextos. El derecho al control jurisdiccional de las detenciones o cualquier forma de privación de la libertad personal está además consagrado en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹²⁷.

¿Podría además esta libertad verse limitada por el derecho de autor, por verse involucrada la exposición de una obra de propiedad intelectual? Dado que nos

¹²³ Ver *supra* nota 90.

¹²⁴ Raz, J., Taylor, C. citados por Lorca, R. (2020). Libertad personal y seguridad individual. Una revisión del artículo 19 número 7 de la Constitución Política de Chile. Revista De Estudios De La Justicia, (32), p.73. <https://doi.org/10.5354/0718-4735.2020.57833>

¹²⁵ Id. en 74.

¹²⁶ Id. en 75.

¹²⁷ Id.

encontramos en la era de la comunicación digital, la imagen de una persona famosa puede aparecer en diversos medios de comunicación, en consecuencia, también lo harían sus tatuajes.

Nos referimos en específico a la explotación del tatuaje por la comunicación pública porque su portador se expuso públicamente, lo que acarrea la difusión de la imagen del tatuaje (en una película, en un show de televisión, en una exposición de arte, etc.) y también a la distribución en el caso de que las copias tangibles en las que aparece la imagen del tatuaje sean puestas a disposición del público (como publicarlo en revistas o publicidades).

Esto es especialmente problemático si el portador del tatuaje es una celebridad, como un atleta o actor de cine o televisión, porque el medio de vida de esa persona depende de las apariciones públicas. Una cantante de pop decide caminar por la ciudad, es emboscada por paparazis y al día siguiente se muestra cómo el tatuaje sobre su piel aparece en las revistas o un jugador de fútbol que acaba de anotar un gol, celebra frente a las videocámaras del estadio mostrando sus múltiples tatuajes, nos demuestra cómo la infracción de los derechos económicos del artista detrás de ese tatuaje parecería casi inevitable.

Al igual que en la discusión entre el derecho a la imagen del portador y los derechos patrimoniales del derecho de autor hay que analizar si el ejercicio del derecho a la libertad ambulatoria implica un aprovechamiento económico de la obra, ya sea mediante su comunicación pública o difusión.

La libertad ambulatoria es una dimensión de la libertad personal. Al igual que el derecho a la propia imagen, se relaciona con la autonomía, pero no posee un aspecto patrimonial. Se trata de una prerrogativa individual que lleva aparejado el desarrollo de la dimensión social de cada uno¹²⁸, no hay lugar para un uso comercial en su ejercicio.

Distinto es el caso cuando en el ejercicio de la libertad ambulatoria, un tercero haga uso de la imagen de quien circula. Por ejemplo, la editorial que decide publicar en

¹²⁸ Id. en 75.

revistas las fotos que tomó de un famoso en un bar o el canal de televisión que emite el concierto de un cantante en el que enfocan sus facciones de cerca.

Nos referimos a situaciones en donde el portador de un tatuaje simplemente está haciendo uso de su libertad de movimiento y en el entretanto un tercero hace uso de su imagen sin su consentimiento. En este caso se estaría afectando la dimensión negativa del derecho a la propia imagen de quien circula, o sea la esfera que aboga por la protección del derecho fundamental (no patrimonial)¹²⁹.

En estos casos si un tatuador, titular del tatuaje (que se ha visto expuesto), demanda al portador, el portador puede alegar la afectación del derecho a su propia imagen contra quien la utilizó sin su consentimiento y señalar que su libertad ambulatoria no se puede ver limitada sino por la libertad de desplazamiento de otros y ciertas normas legales.

c) Afectación al desarrollo de la personalidad externa

Otro derecho relacionado con el cuerpo humano que entra en conflicto con el derecho de autor es el derecho al desarrollo de la personalidad externa del portador en el caso que exista una alteración o eliminación del tatuaje. En el supuesto que el titular sea el tatuador, el derecho moral de integridad se puede ver amenazado en el caso que el portador decida modificar el tatuaje mediante el mismo método de grabado o bien eliminarlo mediante un procedimiento láser.

Como el tatuaje puede ser obra intelectual, se le otorga protección a través de las tres formas de vinculación personalísima entre autor y obra, contenidas en el derecho moral¹³⁰. Bajo la situación planteada en el párrafo anterior, a primera vista, sobre el tatuaje podría reclamarse un derecho de integridad porque dada su naturaleza y “el material” en el que está fijado, es susceptible de que sea modificado de la misma manera en que se le dio origen (con una máquina de tatuar), o bien, mutilada o deformada mediante alteraciones corporales como la escarificación o procedimientos de eliminación por láser.

¹²⁹ Ver *supra* nota 104.

¹³⁰ Artículo 17 LPI. Se conocen como el derecho de paternidad, derecho de integridad y derecho inédito.

Parece evidente pensar que el portador de un tatuaje sea a la vez dueño del mismo ya que pasó a formar parte de su cuerpo y en base a una noción clásica de propiedad, dicho dueño podría usar, gozar y disponer de ella arbitrariamente¹³¹. Se suma la importancia que se le da al desarrollo de la personalidad en su faceta externa. Se define como aquellas manifestaciones que el individuo refleja hacia el exterior y que se perciben como cualidades que distinguen al individuo del resto, como sus rasgos físicos, modo de actuar, hablar, etc.¹³².

Como señalamos anteriormente, la personalidad y sus manifestaciones guardan estrecha relación con la dignidad del hombre¹³³ y en consecuencia con la protección propia de los derechos fundamentales. Se caracteriza por ser el reconocimiento residual de todas las libertades innominadas como norma general de clausura de la libertad en el ordenamiento constitucional, bajo la garantía de que la intromisión sobre ellas debe tener una finalidad constitucional legítima y preservando el contenido esencial de la misma¹³⁴.

De manera similar al derecho a la propia imagen, el derecho al desarrollo de la personalidad tiene que ver con la tutela a la proyección exterior y concreta de la persona en su figura física. Pero la diferencia se marca en que este es un derecho que se enfoca en la libertad y autodeterminación sobre la apariencia de la persona, por el hecho de ser persona y de las formas que exterioriza su personalidad, pero no sobre las decisiones que se toman entorno al uso de su imagen.

En Chile, el derecho al desarrollo de la personalidad no está mencionado expresamente en la Constitución. La doctrina señala que se desprende de la expresión “libertad personal” del artículo 19 n°7, siendo un derecho que manifiesta de manera específica la ejecución de la autonomía¹³⁵.

¹³¹ Esto es lo que postula el abogado Pedro Pablo Vergara al tratar la colisión de los derechos de estos sujetos. Ver *supra* nota 90.

¹³² Badilla, K. J. V. (2012). El Derecho Humano al Libre Desarrollo de la personalidad. Universidad de Costa Rica. p.56.

¹³³ Ver *supra* nota 91.

¹³⁴ García Pino, G., Contreras Vásquez, P. & Martínez Placencia, V. (2016). Diccionario Constitucional Chileno. Santiago. Editorial Hueders. p.619.

¹³⁵ Id.

Así, una persona que posee tatuajes también posee la facultad de actuar en la forma que crea más favorable para el desarrollo de su personalidad, esto puede ser, tatuándose de tal manera que llegue a afectar al área donde originalmente estaba fijada la primera obra o bien optar por un procedimiento de borrado, además hay que considerar que ambos actos no están expresamente prohibidos por ley. Pero ¿le causarían perjuicio a un tercero, como al autor de la obra y a su respectivo derecho moral?

La protección del derecho moral de autor se fundamenta en la libertad de expresión, una lectura del artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos nos permite entender que solo es el artista quien tiene la facultad de difundir su pensamiento, expresado en la obra, la base de su libertad está en decidir el cómo, dónde y el cuándo su obra es difundida¹³⁶.

El artículo 6 bis del Convenio de Berna dispone que, con independencia de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de dichos derechos, el autor conservará la facultad 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.

A diferencia de los derechos económicos, estos son inalienables, es decir, los derechos morales no pueden ser transferidos o cedidos a terceros. Asimismo, el artículo 16 de la LPI añade que, en base a su carácter de inalienable, es nulo cualquier pacto en contrario.

Este derecho se caracteriza por serle oponible al propietario del soporte material que contiene la obra porque es absoluta¹³⁷. A su vez la entrega del ejemplar de la obra no implica la transferencia de derecho de autor porque existe un principio de independencia de la propiedad del soporte físico¹³⁸. Esto quiere decir que el derecho

¹³⁶ Barrera Trabol, S. (2016). Derecho moral de integridad de la obra: análisis a su infracción: spot publicitario y otros casos. Disponible en <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/144393>, p.16.

¹³⁷ Bercovitz, *supra* nota 53, en 19.

¹³⁸ Cerlalc. (2018). ¿En qué consiste el principio de independencia de la propiedad del soporte físico? Cerlalc. Consultado 9 de noviembre de 2023. Disponible en <https://cerlalc.org/faq/en-que-consiste-el-principio-de-independencia-de-la-propiedad-del-soporte-fisico/>

de autor recae sobre la obra que se caracteriza por ser inmaterial, que es distinto a la propiedad sobre el ejemplar de la obra en el cual ésta se plasma.

Nosotros sostenemos que el derecho moral de integridad es el derecho moral que se vería más vulnerable en el caso de un tatuaje. Esto no quiere decir que no exista el derecho moral de paternidad o de inédito, pero para estos efectos, en razón de que está fijado en un soporte humano hay una mayor posibilidad que se den situaciones que involucren el modificar la obra en sí.

Senead Barrera identifica tres hipótesis de vulneración al derecho moral de integridad a partir del texto de Frédéric Pollaud-Dulian “El espíritu de la obra y el derecho moral del autor”. La primera hipótesis se ajusta más a la situación de un *cover-up* del tatuaje¹³⁹ y trata de adaptaciones deformadoras. Este se relaciona con el derecho de transformación dado que se modifica la forma de apreciar la obra de tal manera que la obra derivada agrega o cercena a la original sin haber respetado su esencia y espíritu¹⁴⁰.

Por ejemplo, existen shows de televisión como Tattoo Nightmares o Bad Ink donde un grupo de tatuadores compite para cubrir tatuajes que ya no querían ser lucidos por sus portadores. Esto se acerca al caso de una persona que pretende alterar el tatuaje y de paso lo coloca en un contexto desnaturalizante -segunda hipótesis que plantea al autor- porque generalmente el objetivo de esos espectáculos es burlarse del esfuerzo creativo de otros profesionales.

Otro contexto en el que se podría afectar la integridad de la obra sería derechamente eliminándola. La doctrina señala que *corpus mechanicum* y el *corpus mysticum* no deben confundirse¹⁴¹, esto también aplica para la forma en que se otorga protección. Aunque haya desaparecido el soporte original, el derecho de autor de la obra seguirá existiendo.

¹³⁹ Se le denomina *cover-up* a la técnica empleada para rediseñar un tatuaje y el objeto es cubrir el anterior de tal forma que las tonalidades de tinta usadas hagan parecer que en ese sector de piel no estuvo el primer tatuaje. Morrow, J. (s/f). How to Erase the Past: A Guide to Cover Up Tattoos. Tattoodo. Consultado el 10 de noviembre de 2023, de <https://www.tattoodo.com/guides/a-guide-to-cover-up-tattoos>.

¹⁴⁰ Barrera Trabol, S., *supra* nota 143, en 126.

¹⁴¹ Ver *supra* nota 57.

La doctrina sostiene que la faceta más dramática del derecho de integridad dice relación con la conservación de un soporte único porque su destrucción significaría en atentado grave e irreformable al derecho moral de la obra¹⁴². En el caso del tatuaje, nos encontramos con un ejemplar único e irrepetible dado que es un diseño que está fijado permanentemente en la piel, siendo el primer acto de reproducción.

Cuando una persona se somete a un procedimiento de borrado con láser se presenta esta situación en la que un tatuaje es destruido. Gracias a la tecnología médica que tenemos hoy en día, el borrado de láser es uno de los métodos dermatológicos más usados para remover pigmentos en la piel debido a la reducida invasión que provoca en el proceso de fototermólisis selectiva¹⁴³. Esto implica que el láser provoque una destrucción selectiva de los tejidos mediante la elevada temperatura que emana de las ondas del láser. Todo resulta en un daño mínimo a la epidermis y dermis que son las dos capas en las que se aloja la tinta y en donde anteriormente penetró la aguja de la máquina tatuadora.

Bajo esta explicación, entendemos que la piel, en este caso el soporte, no es el objeto principal del borrado sino que es lo que está sobre ella¹⁴⁴. Además ambas capas afectadas tienen de posibilidad de regenerarse, otra condición que hace a este tipo de soporte tan singular.

Por esta razón, la integridad de la obra está en juego, pues las ondas del láser afectan directamente a las células que contienen los pigmentos. En el caso que el tatuador, titular de la obra, discrepe con la decisión del portador de modificar o eliminar el tatuaje, hay que analizar qué derechos predominarían.

Tomando en cuenta que el régimen chileno reconoce como el derecho moral de autor como un derecho inalienable, no disponible en el comercio y ligado a la libertad de expresión, vale preguntarse si puede ser considerado como un derecho humano, como sí lo es el libre desarrollo de la personalidad.

¹⁴² Solórzano, R. (2015). En torno al derecho moral del autor a la integridad de su obra: reflexiones a propósito del daño efectuado a los murales en el Centro de Lima. Revista de Facultad de Derecho PUCP, 74, p.101.

¹⁴³ Choudhary, S., Elsaie, M. L., Leiva, A., & Nouri, K. (2010). Lasers for tattoo removal: a review. Lasers Med Sci, p.621.

¹⁴⁴ Es más, las personas que practican estos procedimientos dermatológicos y estudian sobre sus avances se refieren a la “destrucción del tatuaje”.

Senead Barrera destaca en una cita el análisis de Antonio Delgado de Porras, afirmando que el fundamento del derecho moral de autor se encuentra en la dignidad humana, consagrada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y agrega: "...su consideración es por la que el derecho de autor alcanza a ser regulado en estos instrumentos internacionales de derechos humanos, y es considerado como tal. El derecho de autor incluye las facultades morales, y es sobre todo respetando éstas –que surgen de la relación íntima que tiene el autor con la obra, por el acto de creación- por las que mejor se puede cautelar el respeto a la dignidad humana y al autor, y el vínculo a este lazo que tiene con la obra"¹⁴⁵.

Sin embargo, el reconocimiento del derecho moral de autor como derecho humano y derecho de la personalidad no es homogéneo en la regulación mundial. A pesar de ello, como hemos señalado anteriormente, la doctrina y jurisprudencia se refieren constantemente a la denotación de la personalidad del autor en una obra intelectual¹⁴⁶. Al fin y al cabo, es reconocido como derecho fundamental por ser un derecho a la cultura (en la Declaración Universal de Derechos Humanos).

Esto daría a pensar que pertenece al grupo de los derechos de la personalidad, junto con el derecho a la propia imagen o al del libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, parte de la doctrina argumenta que el derecho moral no protege a toda persona, sino sólo a la del autor, y a través del producto de su creación¹⁴⁷. Delia Lipszyc sostiene que existe una gran diferencia entre derechos morales y derechos de la personalidad, debido a que los primeros no son innatos ya que no los tienen las personas por su sola condición de tal, sino que necesariamente una persona tiene que haber creado una obra para ser titular de los mismos¹⁴⁸.

Entonces, si bien el derecho de integridad de la obra puede verse afectado de las formas mencionadas anteriormente, hay que aplicar el principio de proporcionalidad para resolver esta colisión entre derechos fundamentales. Compartimos la postura que sostiene el abogado Pedro Pablo Vergara cuando se refiere a que los derechos

¹⁴⁵ Barrera Trabol, S., *supra* nota 143, en 33.

¹⁴⁶ Ver *supra* nota 14.

¹⁴⁷ Bercovitz, *supra* nota 53, en 130.

¹⁴⁸ Lypszinc, D. (2006). Derecho de autor y derechos conexos. Ediciones UNESCO; CERALC; ZAVALIA. p.156.

de autor del tatuador tendrían escaso efecto sobre los del cuerpo humano del portador (como los que mencionamos anteriormente), pero cuando se ve involucrado al aspecto patrimonial del derecho de autor con un uso comercial¹⁴⁹.

2. Formas de explotación del tatuaje y sus implicancias en el uso del cuerpo humano como soporte

Bajo este título nos enfocaremos en describir las modalidades de explotación que se producen dadas las características de una obra intelectual como el tatuaje, para esto usaremos como referencia la lista ejemplificativa de la LPI y del *Copyright Act*. Además, tomaremos en cuenta los tres mecanismos de explotación que contempla la ley chilena: cuando el autor es el que usa directamente la obra, cuando el autor transfiere total o parcialmente los derechos que tiene sobre su obra a un tercero y cuando el autor autoriza a terceros para utilizar la obra¹⁵⁰.

Las facultades de derecho patrimonial que trataremos en esta sección respecto de este tipo de obra serían la reproducción, distribución y comunicación pública. Además, mencionaremos la obra derivada como otra variación de una modificación de un tatuaje.

Las defensas que se formulan por infringir alguno de los derechos patrimoniales mencionados anteriormente, se resumen en la utilización de un uso justo de la obra y existencia de una licencia implícita. En conexión con la licencia implícita han surgido discusiones entorno a la interferencia de empresas como estudios de producción cinematográfica, agencias de publicidad, empresas de vestuario, desarrolladores de videojuegos y de comercialización de productos, cuando es momento de determinar a qué sujetos se les otorga la autorización para utilizar la obra.

¹⁴⁹ Ver *supra* nota 90.

¹⁵⁰ Walker Echenique, *supra* nota 13, en 149.

a) Derecho de reproducción

La reproducción en un tatuaje se puede verificar bajo la primera fijación permanente en el cuerpo humano, que serviría de medio o soporte porque permite la comunicación u obtención de más copias del mismo diseño.

Este es un derecho que en nuestra regulación y en el derecho comparado se define en términos amplios al señalar que es un acto que se puede llevar a cabo por cualquier procedimiento¹⁵¹, lo que significa que las copias del tatuaje pueden aparecer bajo distintos formatos o superficies.

Por ejemplo, en las demandas de *Allen v. Electronic Arts*, *Reed v. Nike*, *Whitmill v. Warner Bros.*, *Escobedo v. THQ Inc.*¹⁵², se alegó la violación al derecho exclusivo de reproducción de los tatuajes. En el primer caso, el tatuaje creado por Stephen Allen en el bicep del jugador de fútbol americano apareció en la portada del videojuego “*NFL Street*” en el que se representaba al jugador como un personaje del videojuego que sostenía un balón de fútbol. En la segunda situación, el tatuaje que creó Reed en un jugador de la NBA figura en anuncios para la campaña publicitaria de *Nike*. Situación similar a lo que ocurrió con el tatuaje facial fijado en Mike Tyson y reproducido en la cara de un actor para una película, su trailer y posters. Por último, el tatuador Christopher Escobedo demandó a un editor de la franquicia de videojuegos porque el tatuaje que diseñó en el luchador de artes marciales Carlos Condit, aparecía en el juego “*UFC Undisputed 3*”.

Vemos cómo los tatuajes desde el cuerpo humano pasan a copiarse sobre otras superficies como portadas de videojuegos, anuncios de marcas deportivas y películas. No sólo es susceptible de aparecer en ejemplares físicos, considerando que hoy en día estamos en una era digital, el involucramiento de ejemplares digitales es un escenario más que esperado.

¹⁵¹ Artículo 5 letra u) de la LPI y artículo 9.1 del Convenio de Berna.

¹⁵² *Allen v. Electronic Arts, Inc.*, 5:12-CV-3172, 2012 WL 6852208; *Reed v. Nike*, No. CV-05-198, United States District Courts. 2nd Circuit of New York en 2005; *Whitmill v. Warner Bros. Entm't. Inc.*, No. 4:11-CV-752, United States District Court for the Eastern District of Missouri Eastern Division en 2011; *Escobedo v. THQ Inc.*, 2:12-CV-02470, 2012 WL 5815742.

En el caso *Sedlik v. Kat Von D*¹⁵³ se demuestra que un tatuaje puede ser reproducido vía soporte físico y digital. En esta ocasión, la tatuadora Kat Von D fue demandada por infringir el derecho de reproducción que tenía el fotógrafo Jeff Sedlik sobre una foto que tomó del músico de jazz Miles Davis. Sedlik señaló que su obra había sido copiada cuando fue tatuada sobre el brazo de un cliente y posteriormente difundida a través de redes sociales mediante la publicación de una fotografía.

La fotografía de Miles Davis vendría siendo la primera fijación en el que la obra queda plasmada en un soporte, susceptible de copiarse. A Kat Von D se le demandó por llevar a cabo un acto de reproducción mediante el grabado que se hizo en el cuerpo de un cliente y a la vez difundir la imagen de esta supuesta copia por Instagram, red social operada a través de teléfonos celulares, lo que implica que se haya reproducido nuevamente. Esta última es una forma de reproducción digital denominada *upload*. Consiste en la incorporación de la obra a una página¹⁵⁴, similar a lo que ocurre con el tipo de aplicaciones destinadas a redes sociales, en el que varios usuarios tienen acceso a la obra y pueden realizar otras formas de reproducción de esta.

b) Derecho de distribución

La regulación estadounidense no especifica si las copias producto de la distribución de la obra deben cumplir con algún formato en especial, ya sea físico o electrónico¹⁵⁵. Por otro lado, en el artículo 5 letra q) de la LPI se condiciona esta puesta a disposición porque tiene que ser mediante copias tangibles, excluyendo así a las electrónicas.

La doctrina estadounidense nos entrega opiniones divididas sobre la capacidad del tatuaje para que se lleve a cabo este tipo de uso sobre él¹⁵⁶. Una parte señala que es poco probable dado que el tatuaje está fijado en un cuerpo y sólo se podría distribuir el diseño previo a su fijación. Mientras que otros señalan que, si bien la persona que porta la obra no puede distribuirse, sí lo puede hacer su imagen cuando

¹⁵³ *Sedlik v. Kat Von D*, 2:2021-CV-01102, 2021 US District Court for the Central District of California.

¹⁵⁴ Walker Echenique, *supra* nota 13, en 155.

¹⁵⁵ Sección 106(3) del *Copyright Act*.

¹⁵⁶ King, Y. (2014). The Enforcement challenges for Tattoo Copyrights. *Journal of Intellectual Property Law*, (22), p.53.

aparece en varios medios de comunicación, abriendo la posibilidad para que lo haga también la obra que lleva encima.

Nosotros sostenemos que el acto de distribución puede darse respecto de un tatuaje siempre y cuando sea después de la primera fijación, mediante copias tangibles (revistas, folletos, fotos, libros). Debido a que nuestra regulación no contempla la posibilidad de que exista una distribución de copias electrónicas, excluiría la distribución del tatuaje por medios como teléfonos o televisión. Además, no podría operar el agotamiento del derecho respecto de un tatuaje toda vez que es una situación en la que no se puede ser dueño del soporte, que es el cuerpo de alguien, pero sí de los ejemplares físicos posteriores a su primera fijación.

c) Derecho de comunicación al público

A primera vista, la ejecución de este derecho implicaría una significativa limitación a los portadores de tatuajes que suelen estar bajo el radar del público. Pero como concluimos en el desafío anterior, no es posible que derechos como la libertad ambulatoria y libre desarrollo de la personalidad se vean reducidos frente al derecho de autor. Esto no quita que el tatuaje pueda comunicarse públicamente y eventualmente se determine como uso justo.

Se ha dado en la práctica, lo mencionamos con anterioridad a propósito de casos en los que el cuerpo humano se ha utilizado como soporte de manera más explícita. Nos referimos a las exhibiciones de la espalda del sueco Tim Steiner quien firmó un contrato en el que se obliga a sentarse por horas para mostrarle al público el tatuaje en su espalda¹⁵⁷.

d) Obra derivada

Esta forma de utilización de la obra es una de las que más se da entre los tatuadores en el mundo artístico del tatuaje debido a las vastas fuentes de inspiración de diseños disponibles en internet. En este caso, la fuente proviene de la obra ya fijada en un cuerpo y el tercero que transforme esa obra necesitará autorización del autor de la obra preexistente.

¹⁵⁷ Ver *supra* nota 56.

Por ejemplo, un tatuador ocupa como referencia el tatuaje que está en otra persona para realizar una transformación creativa. Desde el punto de vista opuesto, igualmente podemos apreciar el tipo de demostraciones que utilizó Kat Von D cuando fue acusada de haber copiado la obra de Sedlik.

Argumentó que su versión le deba un uso transformativo a la fotografía porque tatuó utilizando el método de mano alzada, agregó la apariencia del movimiento con difuminación y eliminó el fondo oscuro de la fotografía¹⁵⁸. Además, la parte demandada logró convencer a la corte tras identificar diferencias visuales entre retrato fotográfico y tatuaje que resultó de las técnicas aplicadas por Kat Von D¹⁵⁹.

En el reducido número de casos que se alegó infracción de derecho de autor sobre tatuajes no se ha considerado que las copias contenían una cantidad suficiente de trabajo creativo. Esto se debe a que en los casos mencionados, las reproducciones tanto digitales como físicas (como otros tatuajes o anuncios) pretendían alcanzar el mayor parecido del portador original o bien representar su imagen tal cual.

2.1. Mecanismos de explotación

El artículo 17 de la LPI señala que el titular del derecho de autor es quien tiene la facultad de utilizar la obra, transferir sus derechos y autorizar su utilización. En el desafío de la titularidad mencionamos los escenarios que se podrían dar respecto del tatuaje como obra. En el caso de que el tatuaje se considere como una obra hecha en pluriautoría puede significar que estamos frente a una situación de escasa relevancia jurídica o bien a propósito de la postura de una de las partes en el juicio.

Con lo primero nos referimos a una situación en la que tanto tatuador como portador acuerdan haber sido coautores, en consecuencia, las facultades inherentes al derecho patrimonial y los beneficios provenientes de la explotación del tatuaje se desenvuelven de consuno¹⁶⁰. En la práctica, es poco probable que este sea el tipo de situación que se dé entre tatuador y portador.

¹⁵⁸ Sedlik v. Kat Von D, 2:2021-CV-01102, 2021 US District Court for the Central District of California. p.20-21.

¹⁵⁹ Id.

¹⁶⁰ Artículo 5 letra b) de la LPI.

Si esta fuera una de las posturas que adoptó una parte en el juicio, debe convencer al tribunal que el proceso de creación del diseño se llevó a cabo por ambas partes¹⁶¹. En el caso de una obra plástica como el tatuaje se deben prestar atención a los elementos que componen el diseño, realizar una apreciación del estilo del tatuaje (el color, la posición de elementos, los trazos, el sombreado).

En el supuesto de que sea una obra creada bajo uniautoría, el autor podría ser el tatuador o el portador del tatuaje. El conflicto sobre la asignación de las facultades de derecho patrimonial surgiría en el evento que el tatuador sostenga que es el autor exclusivo y reclame la infracción de tales derechos ya sea contra el portador o un tercero (como se ha dado usualmente con las empresas que ofrecen servicios).

Idealmente el tatuador debería transferir totalmente los derechos sobre la obra al portador, así la titularidad y facultades patrimoniales pasarían a ser adquiridos por este último. Esta es la opción conocida como acuerdo de liberación del artista. Aun existiendo los derechos morales (de paternidad, de integridad y de inédito) hay que tomar en consideración la naturaleza de la obra, la condición del soporte y los derechos de quién lo porta.

Como vimos, la reclamación del derecho de integridad difícilmente reduciría aquellos derechos que tienen como fundamento la vida y dignidad de la persona. Sería poco razonable mantener un tatuaje de inédito, no es propio de su naturaleza porque es una obra plástica que tiene como fin ser una fuente de expresión y apreciación. Pero, resulta proporcionado que el autor sostenga categóricamente su derecho de paternidad dado que es la manera en que se sigue vinculando su nombre al tatuaje sin tener la necesidad de influir sobre el cuerpo de otro.

También puede ocurrir que ambas partes estén de acuerdo con que el tatuador mantenga su titularidad y a la vez sea licenciante. Así el portador licenciataria podrá utilizar la obra de conformidad a las condiciones convenidas entre ambos. Se evitarán ambigüedades sobre derechos concebidos, modos de explotación e incluso contraprestación económica. Además, la exclusividad es un aspecto vital si es que

¹⁶¹ Esta fue la postura que adoptó la demandada en el caso *Cats*. Ver *supra* nota 68.

la persona que está portando el tatuaje se suele relacionar con terceros proveedores de servicios.

La forma en que un tatuador se da a conocer es a través de la exhibición de los trabajos que ha hecho por eso es de esperarse que la persona quien porte estas obras funcione como una forma de publicidad. La elección de fijar permanentemente una obra en el cuerpo humano de otra persona, en sí misma, requiere una disminución de los derechos exclusivos del titular de los derechos de autor y un cierto reconocimiento por parte de éste de que habrá un ejercicio inevitable de algunos de estos derechos exclusivos por parte del portador del tatuaje¹⁶².

A pesar de eso, se pueden obtener beneficios económicos con la exposición de esta obra y lo pertinente sería delimitar las facultades y exclusividad de derechos antes de acudir a la figura de una licencia implícita.

La doctrina estadounidense señala que no existe una tendencia jurisprudencial ya que tras demandas idénticas (sobre infracción de derecho de autor en tatuajes) en ciertas situaciones se infiere que se está en presencia de una licencia implícita en materia de derecho de autor, pero en otras no¹⁶³. En el caso de *Solid Oak Sketches*, el tribunal sostuvo que los tatuadores concedieron una licencia implícita no exclusiva a los jugadores, para que así estos pudiesen sublicenciar su imagen a terceros como *2K Games* y *Take-Two Interactive Software Inc.*

Por otro lado, en *Alexander v. Take-Two Interactive Software* el tribunal puso en duda si la intención de la tatuadora Catherine Alexander era permitir que el luchador Randy Orton sublicenciara su imagen a WWE (*World Wrestling Entertainment*) y *2K Games*¹⁶⁴. Aquí se denegó la petición de la demandada para un juicio sumario sobre la defensa de que existía licencia implícita, agregó que era indiscutible que la titularidad de los tatuajes pertenecía a Alexander y que sus obras habían sido objeto de copia en los videojuegos.

¹⁶² King, *supra* nota 163, en 65.

¹⁶³ Ver *supra* nota 101.

¹⁶⁴ *Alexander v. Take-Two Interactive Software, Inc.*, 18-CV-966-SMY, S.D. Ill. Sep. 22, 2022.

En otros países como Bélgica, Brasil, Francia, España, Argentina, Portugal, la justicia ha demostrado un claro reconocimiento al principio de interpretación restrictiva de los contratos¹⁶⁵. A propósito del contrato de licencia, en estas legislaciones se menciona que la transmisión de derechos de autor debe ser objeto de mención expresa, así como la condición de cada uno de los derechos cedidos¹⁶⁶.

En nuestro Código Civil las normas que reglan la interpretación de los contratos se encuentran en los artículos 1561 y siguientes. Estas constituyen el parámetro que debe seguir el intérprete para indagar cuál es la verdadera intención de las partes, determinando de esta forma el verdadero sentido y alcance del contrato que se discute¹⁶⁷. El principio de interpretación restrictiva de los contratos se encuentra consagrado en el artículo 1561, una aplicación jurisprudencial de esta norma, similar a lo que ocurre en el derecho comparado en materia de contrato de licencias de derecho de autor, lo encontramos en el caso *Sfeir y otros v. Universidad de Concepción*¹⁶⁸.

En el décimo cuarto considerando del 17° Juzgado Civil de Santiago señala, “ha debido consignarse por escrito, cuáles son los derechos cedidos, el plazo de duración, remuneración, etc. (...) la ausencia de voluntad expresa, demuestra que no ha existido ni cesión, ni transmisión de derechos”¹⁶⁹. Lo anterior quiere decir que la autorización del titular derechos de un tatuaje se limitará a los fines previstos y lo que no estuviese expresamente autorizado debe serlo previamente por el titular, de lo contrario, la licencia de uso que este otorgue debe ser interpretada en forma restrictiva.

Aún así, no debemos dejar de lado las normas referentes a excepciones de uso. La autorización del titular se verá limitada en ciertas situaciones, manteniendo así un

¹⁶⁵ Antequera Parilli, R. (2013). Comentario de fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal. Martino, José Daniel vs. Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. Disponible en: <https://cerlalc.org/jurisprudencia/explotacion-por-terceros-licencia-de-uso-interpretacion-restrictiva-cesion-de-derechos-a-un-tercero-improcedencia/>

¹⁶⁶ Id.

¹⁶⁷ Yáñez, G. F. (2011). Curso de Derecho Civil. Las Fuentes de las Obligaciones, la Declaración Unilateral de la Voluntad, la Teoría General del Contrato Colección: Manuales Jurídicos. Editorial Jurídica de Chile. p. 161.

¹⁶⁸ Ver *supra* nota 88.

¹⁶⁹ Antequera Parilli, R. (2007). Comentario de fallo de 17° Juzgado Civil de Santiago. Sfeir y otros vs. Universidad de Concepción. Disponible en: <https://cerlalc.org/jurisprudencia/transmision-del-derecho-patrimonial-transferencia-entre-vivos-prueba/>

sistema de derecho de autor basado en el balance de intereses entre artista y sociedad.

3. Aplicabilidad de las excepciones de uso o autorizaciones legales de uso en relación al tatuaje

El uso justo o *fair use* es un criterio jurisprudencial desarrollado en el derecho anglosajón, este autoriza a los usuarios a utilizar obras sujetas a *copyright*. Se pueden aplicar bajo determinadas circunstancias, donde además los tribunales estadounidenses se han basado en ciertos factores para evaluar su uso. Estos son: el propósito y carácter de utilización, la naturaleza de la obra, la calidad y sustancia de la parte utilizada en relación al conjunto de la obra y el efecto de su uso en el mercado¹⁷⁰.

La aplicación de estos factores en materia de derecho de autor de tatuajes devino en resultados incompatibles que han dejado tanto a los tatuadores como portadores de tatuajes expectantes en cuanto a la extensión y limitación de las excepciones de uso respecto de este tipo de obras.

Esto se debe al amplio rango de discreción que tienen los jueces para ponderar los factores mencionados, es más, la copia íntegra de una obra podría, en algunos casos, constituir *fair use*¹⁷¹. En los casos *Solid Oak Sketches, LLC v. 2K Games, Inc.* y *Alexander v. Take-Two Interactive Software, Inc.*, se logró obtener un fallo y se utilizó el planteamiento de la doctrina del uso legítimo, pero se llegaron a conclusiones opuestas a pesar de tener hechos casi idénticos¹⁷². Ya mencionamos de qué manera el tribunal tomó en consideración los cuatro factores en el primer caso, llegando a la conclusión de que existía un uso justo respecto de los tatuajes de los jugadores.

En cuanto al segundo caso, la tatuadora Catherine Alexander interpuso una demanda contra la desarrolladora de videojuegos Take-Two Interactive, fabricante

¹⁷⁰ Paz, C. A. (2017). Hacia una excepción abierta a los derechos de autor en Chile: Una propuesta normativa a la luz de los usos justos. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 6. p.41. Este estándar se encuentra plasmado normativamente en la Sección 107 del *Copyright Act*.

¹⁷¹ Id. en 42.

¹⁷² Ver *supra* nota 101 y 171.

del videojuego WWE 2K, por infringir seis tatuajes protegidos por derecho de autor que previamente había diseñado para Randy Orton, un luchador que se representaba en dicho videojuego. El primer factor sobre propósito y carácter del uso fue el que tomó más peso para determinar que el uso de los tatuajes no estaba protegido por la doctrina del uso legítimo. El tribunal halló que no se trataba de un uso transformador, de serlo implicaría que se le haya brindado una nueva perspectiva a la obra original, pero optó por adherirse a lo que sostuvo Alexander de que ambas obras servían el mismo propósito, que es exhibirse en el cuerpo de Randy Orton. Recordemos que en el caso de *Solid Oaks* el tribunal sostuvo que la demandada transformó los tatuajes con el fin de reconocer a los jugadores en el videojuego, distinto al fin de las obras originales creadas en los cuerpos de ellos que permitieron la expresión a través del arte corporal.

Seguidamente, la demandada argumentó que los tatuajes no están protegidos por derecho de autor mientras que el tribunal señaló que los tatuajes de Alexander efectivamente demuestran esfuerzo creativo y expresivo. Por otro lado, en *Solid Oaks* se consideró que la naturaleza de tales diseños era comunes y fácticos. Con esta afirmación les restó nivel creativo a los tatuajes, la doctrina explica que esto se traduce en que exista una menor protección por parte del derecho de autor¹⁷³, en otras palabras, hace a la obra más adecuada para un uso justo. En cuanto a la cantidad e importancia de la obra utilizada, en ambas situaciones se determinó que hubo una copia total de la obra original, pero solo en *Solid Oaks* se apoyó la idea de que era necesario utilizar la totalidad de los tatuajes para lograr su fin.

Por último, sobre el efecto en el mercado actual y potencial tras el uso de las obras, el tribunal estimó que sería perjudicioso para el mercado que otros desarrolladores de videojuegos no tengan la autorización o no paguen las respectivas licencias para utilizar obras protegidas. Mientras que en *Solid Oaks* se sostuvo que no existían antecedentes suficientes sobre un mercado de licenciamiento de tatuajes para analizar y aplicar al caso.

¹⁷³ Paz, C., supra nota 177, en 44.

De esta manera, vemos cómo en el derecho anglosajón, donde existen reducidos antecedentes, no se ha llegado a un consenso sobre la ponderación jurisprudencial de los factores del uso justo de un tatuaje (también debemos tomar en cuenta que allá las sentencias judiciales son la principal fuente creadora de derecho). La doctrina señala que este es un criterio jurisprudencial inaplicable en Chile debido a que es propio del derecho anglosajón y dicha realidad difiere del sistema legalista que nos gobierna¹⁷⁴.

Debido a que no es un criterio jurisprudencial adecuado para nuestro derecho, un sustituto cercano a la excepción de uso del derecho anglosajón sería la excepción contenida en el artículo 71 q) de la LPI. Carlos Araya sostiene que esta norma intentó replicar elementos del uso justo, pero adolece de una serie de imprecisiones haciendo que en la práctica sea escasamente aplicable¹⁷⁵.

Tomando en consideración las críticas que el autor desarrolla, focalizaremos nuestro análisis en determinar si dicha norma es una excepción de uso aplicable al tatuaje.

Primeramente, la excepción se aplicaría en virtud de un uso incidental y excepcional. Ninguno de los términos posee una definición legal, la doctrina entiende que debe tratarse de un uso menor o accesorio de la obra original y la norma chilena pareciera restringirse a que la cantidad e importancia de tal uso debe medirse en términos cuantitativos más que cualitativos. Esto es la utilización de una cantidad necesaria para servir al objetivo específico que se busca con la utilización de la obra¹⁷⁶. De tal manera que un uso total de la obra original sería considerado derechamente como una copia, como se consideró en los casos de *Solid Oaks* y *Catherine Alexander*.

Dada la naturaleza del tatuaje, como una sección adherida a la faceta externa del cuerpo, es complicado seccionarla. Si se produce una explotación, inevitablemente sería respecto de la obra como un todo y bajo este punto su utilización no podría cubrirse por el uso justo. Vale considerar el análisis que tuvo el tribunal en *Solid Oaks* en el que se tomó en cuenta el tamaño del tatuaje y el porcentaje de

¹⁷⁴ Id. en 53.

¹⁷⁵ Id. en 51.

¹⁷⁶ Id. en 50.

exposición en relación con el videojuego, en nuestra opinión es una evaluación coherente para este tipo de obra en ese contexto¹⁷⁷.

Luego se indica que esta excepción se da sólo bajo cinco propósitos (con fines de crítica, comentario, caricatura, interés académico, investigación) y al menos en los casos mencionados a lo largo de este trabajo no se ha hecho referencia a ninguno de estos fines. La doctrina hace el alcance de que la norma no indica si esto se trata de una lista taxativa o ilustrativa. De ser taxativa, es una condición que difícilmente pueda abordarse como uso justo porque las partes involucradas en este tipo de litigios suelen estar insertas en un contexto lucrativo.

La tercera indicación se relaciona con la anterior. Que la excepción no deba constituir una explotación encubierta quiere decir que no puede tratarse de un uso ostentoso. Respecto de esta condición, compartimos lo que señala Carlos Araya, sería incongruente excluir la explotación de una obra para que se constituya una excepción¹⁷⁸. El punto de recurrir a una autorización legal es permitir que exista una explotación de la obra sin necesitar la autorización del titular. Por eso queda en el juez distinguir si fue una explotación de tal envergadura que haya tenido un beneficio económico para el que haya usado la obra¹⁷⁹.

La última condición es que se excluye de esta excepción a las obras audiovisuales de carácter documental y el tatuaje no constituye este tipo de obra por lo que no le sería aplicable dicha exclusión.

Dicho esto, si el uso del tatuaje no encaja en ninguno de los fines señalados en el segundo punto, no queda cubierto por la autorización legal, en los términos planteados por el artículo 71 b. Pero si se le considera como una lista ilustrativa se puede avanzar en determinar si se trata de un uso incidental, excepcional y que no constituya una explotación ostentosa.

¹⁷⁷ Nos referimos a este contexto porque los litigios de derecho de autor entre tatuajes y videojuegos son los que predominan. En cambio, si nos referimos a la aparición del tatuaje en una pancarta o un comercial, merece tomarse en consideración el tamaño y tiempo de exposición bajo esos contextos.

¹⁷⁸ Paz, C., *supra* nota 177, en 51.

¹⁷⁹ Por ejemplo, se puede distinguir que una explotación ostentosa del tatuaje sería utilizarlo en una película y que aparezca en artículos que la promocionen. Una explotación no ostentosa sería publicar la imagen de una persona en internet, con un propósito distinto al de exponer la obra.

CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, podríamos enfatizar en los siguientes puntos con arreglo a los desafíos que se trataron. De acuerdo con las disposiciones legales contenidas en la LPI y el *Copyright Act*, a los tatuajes se les puede considerar como obras intelectuales. Seguidamente, precisamos que la titularidad originaria podía provenir del tatuador o bien del portador. Con la posibilidad de que se pueda crear en colaboración, demostrando que fue hecha bajo la dirección (e idealmente manipulación) de ambos. Respecto de la titularidad secundaria, propusimos a la cesión convencional, la forma de liberación y la aceptación de términos del tatuador, como distintos modelos contractuales que se han utilizado en este contexto. Por último, sostuvimos que el tatuaje puede ser una obra por encargo en razón de la normativa aplicable al arrendamiento de servicios inmateriales del Código Civil, siempre y cuando el cliente que encargó el tatuaje lo explotó con el fin para el que fue creado (especificando que es para exhibirlo, pero no con un fin oneroso).

En cuanto al primer desafío, tanto el derecho a la propia imagen, libertad ambulatoria y el desarrollo de la personalidad externa encuentran su fundamento en el desarrollo de la vida y dignidad del hombre. Lo que quiere decir que la fundamentación a su restricción no se encuentra en las disposiciones normativas referentes al derecho de autor, sino que en la escala constitucional e incluso internacional. Aun así, la dimensión positiva del derecho a la propia imagen bajo título oneroso podría verse afectada si se alega infracción del derecho patrimonial si el titular fuese el tatuador.

Respecto del segundo desafío, concluimos que la determinación de los tipos de explotaciones respecto de un tatuaje sirve para tener presente qué tipos de usos se pueden reclamar como infringidos o tener claro respecto de cuáles existió un uso justo. La informalidad a la que se suele someter el proceso de creación de un tatuaje genera ambigüedades respecto de la titularidad y en consecuencia de la asignación de los derechos económicos y morales que le siguen. Por eso es aconsejable que respecto de una aspirante a celebridad o alguien que posee una notable popularidad

en los medios de comunicación, se reduzcan los términos sobre la titularidad o cesión de derechos de la obra en un acuerdo por escrito.

En cuanto al último desafío, y teniendo presente que nuestra regulación y jurisprudencia señala que debe existir voluntad expresa para cada explotación, no pretendemos imponer una visión del derecho de autor orientada a que sea usado como un arma a disposición del titular, que pretenda vulnerar la libertad de expresión o derechos de personalidad de un tercero. Además, es un derecho inserto en un sistema que posee excepciones y es congruente con el conjunto de normas establecidas a favor de una convergencia de intereses.

Es muy probable que las propuestas esbozadas en este trabajo no sean lo suficientemente exhaustivas para las formas en que se pueden plantear estos desafíos y más, pero podrían servir de ayuda para que los jueces o abogados interesados en esta materia puedan aislar los elementos relevantes, así como tener presente las posibles consecuencias de optar por uno u otro argumento. Cuando estos desafíos surjan, será necesario que los tribunales tomen en consideración la protección que se le otorga tanto a los propietarios de contenidos como a la no invasión del espacio e integridad de la persona.

BIBLIOGRAFÍA

Aillapan Quinteros, J. (2016). El derecho a la propia imagen: ¿derecho personalísimo?, ¿derecho fundamental? precisiones terminológicas para el ordenamiento jurídico chileno. Disponible en <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/142950>

Alcalá, H. N. (2007). El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización. Revista Ius Et Praxis, 2, 245–285.

Antequera Parilli, R. (2000). Propiedad Intelectual, Derecho de Autor y Derechos Conexos. Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/3. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. San José, Costa Rica.

Antequera Parilli, R. (2001). Manual para la Enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos. Editora Corripio.

Antequera Parilli, R. (2007). Comentario de fallo de 17º Juzgado Civil de Santiago. Sfeir y otros vs. Universidad de Concepción. Disponible en: <https://cerlalc.org/jurisprudence/transmision-del-derecho-patrimonial-transferencia-entre-vivos-prueba/>

Antequera Parilli, R. (2007). Comentario de fallo del Tribunal de Justicia de Comunidad Andina, proceso 10-IP-99 de 1999. Disponible en: <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/147.pdf>

Antequera Parilli, R. (2009). Texto del fallo en la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, No. 231. Ediciones Abeledo Perrot. Buenos Aires, julio/agosto de 2008, p. 119. Disponible en: <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/1403.pdf>

Antequera Parilli, R. (2013). Comentario de fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal. Martino, José Daniel vs. Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. Disponible en: <https://cerlalc.org/jurisprudence/explotacion->

por-terceros-licencia-de-uso-interpretacion-restrictiva-cesion-de-derechos-a-un-tercero-improcedencia/

Arancibia, M. J. (2014). Reflexionando sobre los derechos de la personalidad desde la perspectiva del derecho a la propia imagen. *Revista de Derecho: Publicación de La Facultad de Derecho de La Universidad Católica de Uruguay*, 9, 55–80.

Araya, C. (2017). Hacia una excepción abierta a los derechos de autor en Chile: Una propuesta normativa a la luz de los usos justos. *Revista Chilena De Derecho Y Tecnología*, 6(1). <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2017.45900>

Arnau Moya, F. (2016). Los derechos patrimoniales de autor y sus límites. Disponible en: <http://vlex.es/vid/derechos-patrimoniales-autor-limites-651972721>

Arriagada Reyes, G. (2013). Performance: intersticio e interdisciplina. Disponible en <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/113886>

Ashcraft, B., & Benny, H. (2016). *Japanese Tattoos: History Culture Design* (1a ed.). Tuttle Publishing.

Badilla, K. J. V. (2012). *El Derecho Humano al Libre Desarrollo de la personalidad*. Universidad de Costa Rica. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31089.pdf>

Barrera Trabol, S. (2016). Derecho moral de integridad de la obra: análisis a su infracción: spot publicitario y otros casos. Disponible en <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/144393>

Beasley, M. (2012). Who owns your skin: Intellectual property law and norms among tattoo artists. *Southern California Law Review*, 85 (4), 1137–1181.

Bercovitz, R. (2018). *Manual de Propiedad Intelectual* (8va edición). Tirant lo Blanch.

Bullón de Diego, J. (2018) *Disegno e idea. Teoría y práctica del dibujo a partir del renacimiento*. El Ornitorrinco Tachado. *Revista de Artes Visuales*, núm. 7.

Disponible en:
https://www.redalyc.org/journal/5315/531555314003/html/#redalyc_531555314003_ref12

Cerlalc. (2018). ¿En qué consiste el principio de independencia de la propiedad del soporte físico? Cerlalc. Consultado 9 de noviembre de 2023. Disponible en <https://cerlalc.org/faq/en-que-consiste-el-principio-de-independencia-de-la-propiedad-del-soporte-fisico/>

Choudhary, S., Elsaie, M. L., Leiva, A., & Nouri, K. (2010). Lasers for tattoo removal: a review. *Lasers Med Sci*, 619–627.

Cotter, T. F., & Mirabole, A. M. (2003). Written on the Body: Intellectual Property Rights in Tattoos, Makeup, and Other Body Art. *UCLA Entertainment Law Review*, 10(2). <http://dx.doi.org/10.5070/LR8102027045>

Cummings, D. (2012). Creative Expression and the Human Canvas: An Examination of Tattoos as a Copyrightable Art Form. *University of Illinois Law Review*, (2013), 279–318.

Faulker III, J. (2020). Not a Taboo Use of Tattoos: Why Using Unauthorized Replicas of Professional Tattoos in Video Games Constitutes Fair Use. Disponible en: <https://scholarship.law.marquette.edu/sportslaw/vol30/iss2/5/>

García Pino, G., Contreras Vásquez, P. & Martínez Placencia, V. (2016). *Diccionario Constitucional Chileno*. Santiago. Editorial Hueders.

Garrido Vilches, R. (2018). *Bodypainting: La piel como lienzo*. Tesis de la Universidad de Sevilla. Disponible en: <https://idus.us.es/handle/11441/80666>

Gobantes de la Fuente, M. y Márquez, P. (2005). Limitaciones y excepciones al Derecho de Autor en el entorno digital, desde la perspectiva del derecho a la educación. Disponible en <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107590>

Goldberg, R. (2002). Performance art: desde el futurismo hasta el presente. Disponible en <https://bibliografias.uchile.cl/3197>

González Iturria, M. (2007) Competencia desleal. Análisis crítico y elementos para la aplicación de la Ley N° 20.169, de 2007. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho.

Harkins, C. (2006). Tattoos and Copyright Infringement: Celebrities, Marketers, and Business Beware of the Ink. *Lewis and Clark Law Review*, 10 (2), 313-332.

Herrera, G. (2019). 'Mierda de Artista', la obra de arte conceptual que catapultó a Piero Manzoni. *Culturizando.com*. <https://culturizando.com/mierda-de-artista-la-obra-de-arte-conceptual-que-catapulto-a-piero-manzoni/>

Hopkins, D. (2000). *Oxford history of art: After modern art: 1945-2000*. Oxford University Press.

Jahner, K. (2022). Tat on Cardi B Album Didn't Flout Man's Image Rights, Jury Says. *Bloomberg Law*. Disponible en: <https://news.bloomberglaw.com/ip-law/tat-on-cardi-b-album-didnt-flout-mans-image-rights-jury-says>

Jewell, C. (2014). En defensa del derecho de autor: visión de los interesados. *Revista OMPI*. https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2014/02/article_0004.html

Jerrentrup, M. (2021). *Body art: Living in and leaving the body behind*. University of Chicago Press for the Society for Ethnographic Theory. *HAU: Journal of Ethnographic Theory*, 11 (3), 1136–1152.

Jiménez Gaviria, F. Grajales Gallego, A. (2017). *Los tatuajes como objeto de protección de los Derechos de Autor*. Tesis de la Universidad de Administración, Finanzas e Instituto Tecnológico de Colombia. Disponible en: <https://repository.eafit.edu.co/handle/10784/12134>

King, Y. (2013). The Challenges "Facing" Copyright Protection for Tattoos. *Oregon Law Review*, (92) 129-162.

King, Y. (2014). The Enforcement challenges for Tattoo Copyrights. *Journal of Intellectual Property Law*, (22), 29-42.

Lathrop Ligueros, A. (2010). Hacia una performance cinematográfica — el cuerpo en la autorreflexión del lenguaje cinematográfico. Disponible en <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/101514>

Lobos Zapata, L. (2022). Titularidad en el derecho de puesta a disposición de obras audiovisuales en Chile. Disponible en <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/191300>

Lorca, R. (2020). Libertad personal y seguridad individual. Una revisión del artículo 19 número 7 de la Constitución Política de Chile. *Revista De Estudios De La Justicia*, (32), 71–104. <https://doi.org/10.5354/0718-4735.2020.57833>

Lypszinc, D. (2006). Derecho de autor y derechos conexos. Ediciones UNESCO; CERLALC; ZAVALIA.

Marciszewski, M. (2021). Copyright, Tattoos, and Animated Likeness: Why Size Should Not Matter. *Texas Intellectual Property Law Journal*, 29(1), 85–124.

McCarty, J. P. (2015). Skin in the game: Tattoos, copyright, and professional athletes. *Mississippi Sports Law Review*, 4(1), 95–122.

Minahan, M. C. (2016). Copyright protection for tattoos: are tattoos copies? *Notre Dame Law Review*, 90(4), 1713–1737.

Mosca, J. B. (2019). Protección patrimonial del derecho de imagen en América Latina. *Revista Latin American Legal Studies*, 5, 37-68.

Morrow, J. (s/f). How to Erase the Past: A Guide to Cover Up Tattoos. *Tattoodo*. Consultado el 10 de noviembre de 2023, de <https://www.tattoodo.com/guides/a-guide-to-cover-up-tattoos>

Nimmer, M. (1954). The Right of Publicity. *Law and Contemporary Problems*, 203-223.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2016). Disponible en: *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos*. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_909_2016.pdf.

Paz, C. A. (2017). Hacia una excepción abierta a los derechos de autor en Chile: Una propuesta normativa a la luz de los usos justos. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 6, 32–66.

Princeton University. Impact of Technology on Enforcement of Intellectual Property Rights. Disponible en: <https://www.princeton.edu/~ota/disk2/1986/8610/861007.PDF>

Quezada Figueroa, A. (2022). Tinta bajo la epidermis: posibilidades estéticas de la piel como lienzo. Disponible en: <https://azurrevista.com/wp-content/uploads/2022/12/Tinta-bajo-la-epidermis.pdf>

Robles Guevara, K. (2019). El tatuaje como creación artística protegida por el Derecho de Autor en el Sistema Jurídico Ecuatoriano. Tesis de Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Disponible en: <http://repositorio.puce.edu.ec/handle/22000/16210>

Robert Guillén, S. (2016). La protección jurídica de las obras culinarias por el derecho de autor de la competencia desleal. Tesis doctoral de la Universitat Autònoma de Barcelona. Disponible en: <https://www.tdx.cat/handle/10803/402236>

Sábada Alcaraz, P. (2018). Procesos de subjetivación a través de la piel como experiencia artística contemporánea desde los años 60. Memoria para optar al Grado de Doctor de la Facultad de Bellas Artes, Universidad Complutense de Madrid. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/49588/1/T40403.pdf>

Schuster, S. (2011). Derechos de autor en las relaciones laborales y su vínculo con el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos. *Estudio de Derecho y Propiedad Intelectual. Homenaje a Arturo Alessandri Besa*, 369–384.

Schuster, S. (2023). Introducción al estudio del Derecho de autor. Disponible en: https://www.academia.edu/103961832/INTRODUCCION_AL_ESTUDIO_DEL_DE_RECHO_DE_AUTOR

Sichique Aguirre, F. (2014). El Tatuaje como Forma de Expresión Artística en Cuenca: Estéticas y Simbología. Tesis, Universidad de Cuenca. Disponible en: <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/21099/1/TESIS.pdf>.

Solórzano, R. (2015). En torno al derecho moral del autor a la integridad de su obra: reflexiones a propósito del daño efectuado a los murales en el Centro de Lima. Revista de Facultad de Derecho PUCP, 74, 97–112.

Sória Puig, E. (2021). Arte Contemporáneo y Derechos de Autor. Tesis doctoral de la Universidad Autónoma de Barcelona. Disponible en: <https://www.tdx.cat/handle/10803/671698>

Sussman, D., & Brandeisky, K. (2021). Implied Copyright License Defense Shapes Up In Tattoo Cases. Jenner & Block. Disponible en: <https://www.jenner.com/en/news-insights/publications/implied-copyright-license-defense-shapes-up-in-tattoo-cases-law360>

Vergara, P. P. (2019). No es el pintor, es el lienzo. Colegio de Abogados de Chile. Disponible en <https://colegioabogados.cl/no-es-el-pintor-es-el-lienzo/>

Volen, B. (2023). Body Art & Body Painting History. <https://bella-volen.com/body-art-history-body-painting-history.html>

Walker Echenique, E. (2020). Manual de Propiedad Intelectual (2.^a ed.). Thomson Reuters.

Yáñez, G. F. (2011). Curso de Derecho Civil. Las Fuentes de las Obligaciones, la Declaración Unilateral de la Voluntad, la Teoría General del Contrato Colección: Manuales Jurídicos. Editorial Jurídica de Chile.

Zopó Méndez, R. (2005). Cuarto Seminario regional sobre propiedad intelectual para jueces y fiscales de América Latina. Documento OMPI/PI/JU/LAC/05/D4.

JURISPRUDENCIA

Chile:

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1009-2003 de fecha 8 de mayo de 2003.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2506-2009 de fecha 24 de marzo de 2009.

Corte de Apelaciones de Iquique, Sentencia del 12/01/2007, Rol N° 709-2006.

Sfeir y otros con Universidad de Concepción, disponible en <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/510.pdf>

Estados Unidos:

Alexander v. Take-Two Interactive Software, Inc., 18-CV-966-SMY, S.D. Ill. Sep. 22, 2022.

Allen v. Electronic Arts, Inc., 5:12-CV-3172, 2012 WL 6852208.

Escobedo v. THQ Inc., 2:12-CV-02470, 2012 WL 5815742.

Gonzales v. Kid Zone, Ltd., 00-C-3969. United States District Court, N.D. Illinois, Eastern Division en 2010.

Herbet Rosenthal Jewelry Corp. v. Kalpakian, No. 24990. United States Court of Appeals, Ninth Circuit en 1971.

Kevin Michael Brophy Jr. v. Belcalis Almanzar, Central District of California Southern Division, No. 17-1885, Verdict 10/21/22.

Owens v. Ink Wizard Tattoos, S00A794. Supreme Court of Georgia de 2000.

Reed v. Nike, No. CV-05-198, United States District Courts. 2nd Circuit of New York en 2005.

Sedlik v. Kat Von D, 2:2021-CV-01102, 2021 US District Court for the Central District of California.

Tattoo Art, Inc. v. TAT Int'l LLC, 2:09-CV-314. Fourth Circuit United States District Court, Eastern District of Virginia de 2010.

Whitmill v. Warner Bros. Entm't. Inc., No. 4:11-CV-752, United States District Court for the Eastern District of Missouri Eastern Division en 2011.

NORMAS

Chile:

Código Civil de Chile (1856).

Ley N° 17.336 de Propiedad Intelectual (1970).

Estados Unidos:

The Copyright Act (1976).

Tratados suscritos y ratificados por Chile:

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

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionadas con el Comercio (1995).

Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor (1967).

Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos de América (2004).