

Universidad de Matanzas
Sede “Camilo Cienfuegos”



Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas

Departamento de Derecho

Tesis en opción al título de Licenciada en Derecho

Título: La armonización de las facultades morales del autor del tatuaje con los derechos inherentes de la personalidad del tatuado.

Autora: Mailyn León Mendoza.

Tutora: MsC. Arletys Varela Mayor.

Matanzas,

2015

"Todo arte requiere de coraje".

Anne Tueker

A mis padres Maily y Carlos Alberto por ser mis esperanzas azules y porque con su amor y dedicación han sostenido cada paso de mi vida. A ustedes, mis amados padres, dedico todo el fruto de mi esfuerzo.

A mi maravillosa familia por estar a mi lado y apoyarme en todo momento, a mi abu Oly, mi tía Rosi, mi abuelo y todos mis especiales tíos y primos sin olvidar a mi hermano.

A mis inigualables profesores por hacer de nuestro tiempo en la universidad un constante aprendizaje de conocimientos y valores. En especial al querido profe Parodi que en su breve tiempo con nosotros nos enseñó “a hacer ciencia”, a mi tutora, la profe Arletys, que sin sus impulsos y ganas de vivir este trabajo no hubiese sido el mismo, a la profe Iris con su carácter irrepetible que tanto admiro, a la profe Yairis por dedicarme su tiempo, a la Profe Lizandra por enseñarnos con tanto encanto, a la profe Mabel por su preocupación. A todo el departamento de Derecho agradezco el haber cursado estudios bajo su guía así como también a mi queridísimo profesor Excilio Vento y a Salvador que por su nombre solo no debo explicar nada más.

A mis amistades por tener las manos abiertas, los oídos prestos a escuchar y el corazón franco para recibirme.

A mis compañeros de aula por el tiempo vivido y las amistades creadas.

A todas las personas que aportaron y aportan un grano de arena a mi formación y a mi crecimiento espiritual,

Muchas Gracias.

Yo, Mailyn León Mendoza, declaro que soy la única autora del presente Trabajo de Diploma titulado: “La armonización de las facultades morales del autor del tatuaje con los derechos inherentes de la personalidad del tatuado” y autorizo a la Universidad de Matanzas, sede “Camilo Cienfuegos”, a que haga uso del mismo como medio de consulta para futuras generaciones interesadas en el tema.

Dado en Matanzas, el 1 de julio de 2015.

Mailyn León Mendoza.



Presidente del tribunal _____

Secretario _____

Miembro _____

Dado en Ciudad de Matanzas a ____ del mes de julio de 2015

“Año del 57 Aniversario del Triunfo de la Revolución”.

Resumen

La presente investigación centra su atención en el ejercicio de las facultades morales de los artistas del tatuaje sin lacerar el disfrute de los derechos inherentes de la personalidad del tatuado. La investigación se estructura en dos capítulos con sus epígrafes correspondientes. El primero se denomina: "Elementos esenciales del Derecho de Autor. Las facultades morales del artista" y el segundo capítulo titulado: "El tatuaje como manifestación de las artes plásticas. El contrato de obra por encargo". Se analizan instituciones como el Derecho de Autor, las facultades morales del artista del tatuaje, los derechos inherentes a la personalidad y conceptos como artes plásticas, pintura, tatuaje, entre otros que permitieron el correcto análisis de la investigación. El tipo de investigación empleada fue el descriptivo-propositivo, utilizando los métodos: teórico – jurídico, exegético – analítico y jurídico-comparado, sin la intención de convertir la investigación en un estudio profundo de derecho comparado. Se realza la importancia del contrato como elemento capaz de evitar conflictos entre tatuador y tatuado, recomendando el asesoramiento desde todos los órdenes a los artistas del tatuaje y a las instituciones vinculadas con su atención.

Abstract

The present investigation centers its attention in the exercise of the moral abilities of the artists of the tattoo without lacerating the enjoyment of the inherent rights of the personality of the one tattooed. The investigation is structured in two chapters with its corresponding epigraphs. The first one is denominated: "Essential elements of the Royalty. The artist's" moral abilities and the second titled chapter: "The tattoo like manifestation of the plastic arts. "The fair use like the Royalty are analyzed, the moral abilities of the artist of the tattoo, the inherent rights to the personality and concepts like plastic arts, painting, tattoo, among others that allowed the correct analysis of the investigation. The type of used investigation was the descriptive-proposal, using the methods: theoretical-juridical, exegetic-analytic and juridical-comparative, without the intention of transforming the investigation into a deep study of comparative jurisprudence. It is enhanced the importance of the contract like element able to avoid conflicts among tattoo-maker and tattooed, recommending the advice from all the orders to the artists of the tattoo and the tied institutions with their attention.

Índice

Introducción.....	1
Capítulo I: Elementos esenciales del Derecho de Autor. Las facultades morales del artista.....	10
I.1 Surgimiento del Derecho de Autor y de las facultades personales del creador ...	11
I.2 Criterios que se siguen para el reconocimiento de la protección en el Derecho de Autor.....	15
I.2.1 Criterios ajenos al reconocimiento.....	17
I.3 Las facultades que al creador confiere el Derecho de Autor	20
I.4 Facultades morales ¿Derechos de la personalidad o de los autores?	22
I.4.1. Características de las facultades morales.	25
I.4.2 Clasificación de las facultades morales contenidas en el Derecho de Autor. ...	26
I.4.3 Facultades patrimoniales ejercitables por el autor.....	32
Capítulo II: El tatuaje como manifestación de las artes plásticas. El Contrato de obra por encargo	34
II.1. Las obras plásticas. Las características especiales de la pintura.....	34
II.1.1 Características de las obras plásticas.	36
II.1.2. Características especiales de la pintura.	39
II.2 Consideraciones históricas sobre el tatuaje	42
II.3 El tatuaje ¿obra plástica?	51
II.4 Capacidad jurídica civil y capacidad para crear obras artísticas. De la edad para tatuar	53
II.5 Derechos inherentes a la personalidad.	56
II.5.1 Derecho al honor.	59
II.5.2 Derecho a la intimidad personal.	60
II.5.3 Derecho a la imagen.....	62
II.6 Facultades morales del artista vs derechos inherentes de la personalidad del tatuado	62
II.6.1 ¿Violación de los derechos inherentes a la personalidad?.....	63



II.6.2 Ejercicio de las facultades morales del tatuador sobre su obra.....	64
II.7 El contrato como acto jurídico entre partes	68
II.7.1 El contrato de obra por encargo. La creatividad y la protección.	72
Conclusiones.....	76
Recomendaciones.....	77
Bibliografía	78

Introducción

La multiplicidad de formas que adquiere la creación intelectual se convierte en el dialogo societario de la humanidad con sus integrantes. La corporificación espiritual cobra vida a través de las múltiples manifestaciones culturales aprehendidas, adquiridas o inventadas por los individuos durante su proceso de creación. A la existencia de este campo infinito de combinaciones les asisten particulares ámbitos de amparo legal, el cual estará ceñido por el tipo de obra a tratar.

Utilizar igualdad de términos para la protección destinada a las obras musicales o a las audiovisuales o las plásticas o, por su reciente aparición, los programas de computación resultaría faltar a la tipicidad de cada una de estas singulares manifestaciones artísticas y enrolarlas en clasificaciones discriminatorias incapaces de arrojar las verdaderas características de la obra. La protección brindada al autor debe versar sobre un equilibrio dentro de la relación especialísima entre creador y creación, aportándole un arsenal de facultades propias ejercitables *erga omnes* o frente a la colectividad.

La regulación jurídica debida propicia el aumento de la creación intelectual y el consecuente enriquecimiento espiritual de la sociedad a la cual tributa las aportaciones autorales.

El Derecho de Autor es un único derecho subjetivo que comprende facultades de índole moral y patrimonial y por el que el creador de la obra se convierte en único titular, posibilitándole el ejercicio y la defensa de esas prerrogativas que le corresponden tras la creación.

No fue hasta la revisión de Roma de 1928 del Convenio de Berna, que se incorporaron a este texto la normativización de los derechos personales de los creadores. Este reconocimiento constituyó un paso de avance a pesar de la fuerte oposición que mostraron importantes potencias económicas como los Estados Unidos y aunque se le atribuya un carácter minimalista, por recoger solo dos de

las facultades morales que le corresponden a los autores, establece una protección mínima que los Estados deben brindar a sus creadores.

En el especial caso de las obras plásticas no sucede lo que a las obras literarias o musicales, pues el creador de un libro podrá reproducir reiteradas ocasiones el mismo a través de diferentes ediciones y con un cúmulo sustancial de veces en una misma tirada, mientras que el creador de un cuadro solo se limita al original que posee, constitutivo de una pieza única. La existencia de un ejemplar único manifiesta la necesidad de su enajenación para obtener beneficios económicos por el autor.

Para VALDÉS DÍAZ “la independencia y compatibilidad del derecho de autor y los derechos que tengan por objeto el soporte material al que está incorporado la obra, dará lugar a dos sistemas de adquisición y transmisión: el del Derecho civil común para el objeto material constitutivo del soporte en el que se exterioriza la creación y el del Derecho de Autor, para los derechos derivados de la propia actividad creativa”¹.

La obra plástica² no escapa a la protección del Derecho de Autor. La pintura, encontrada dentro de la categoría de obra plástica, posee especiales características al precisar la coincidencia en una misma persona de la idea y su ejecución, de lo que puede prescindirse en otros tipos de obras y por la unicidad que existe entre la creación intelectual del artista y el soporte que la sustenta, lo que en doctrina se ha definido como *corpus mysticum* y *corpus mechanicum*

Al igual que en cualquier obra intelectual, las obras plásticas necesitan que la idea concebida se exprese materialmente y se forje en un soporte. Las ideas no son

¹ Vid. VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, *La donación de obras de arte a favor de instituciones públicas*, en *Estudios cubanos sobre Derecho de Autor y derechos conexos*, Ediciones ONBC, La Habana, Cuba 2014, p. 244

² Según lo establecido en la Resolución 5 del 2002 de Ministerio de Cultura, que regula las normas relativas al Derecho de Autor de los creadores de las artes visuales, término por el que sustituye el de obras plásticas, definiéndolas en su artículo 1 como aquellas que tienen en común “utilizar una imagen fija como imagen de exposición”. Esta idea de imagen fija se contradice con el arte cinético que logra que el espectador tenga experiencias perceptivas de movimiento o con aquellas pinturas en que se logra por el artista dar una cierta profundidad a su creación. También se encuentran manifestaciones como el *happening* o el *performance*, consideradas como obras plásticas y que no constituyen precisamente imágenes fijas.

protegibles por el Derecho de Autor³, sino su expresión concreta. Los materiales a utilizar para plasmar la creación pueden ser los más diversos, en algunos casos duraderos como: cartón, papel, madera o lienzo y en otros, materiales que imposibilitan que la obra perdure en el tiempo en su auténtica expresión, como son los casos de las esculturas realizadas en chocolate, hielo o arena.

Tan diverso es el soporte que contiene la obra que puede llegar a materializarse en el cuerpo de otra persona y es lo que se conoce como tatuaje. Este es un arte que existe hace varias centurias y ha adquirido diferentes formas y significados de acuerdo al lugar donde se haya realizado. Se ha relacionado con lo espiritual, místico o religioso, como marca o identificación, asociado a rituales de ciertas tribus y como arte.

Para las sociedades, durante mucho tiempo, el tatuaje ha sido estigmatizado y visto como un signo de marginalidad. Ha de recordarse que el tatuaje representa “un profundo sentido relacionado no solamente con los códigos de belleza, sino también con la expresión de un mundo histórico, social y cultural dibujado sobre la piel del hombre”⁴. En la actualidad el tatuaje ha adquirido un valor artístico, siendo llevado por personas de cualquier *status* social y exhibido en importantes exposiciones de arte.

El tatuaje representa una parte de la historia del ser humano, manifestándose en las diferentes culturas que acogieron su práctica, siendo cierto que “Toda práctica social es un resultado histórico que refiere un proceso y es una resultante que trasciende en tanto práctica creadora de nuevos y múltiples sentidos”⁵

³Uno de los principios generales que se siguen para la protección de las obras por el Derecho de Autor es que las ideas no se protegen sino su expresión material. Los seguidores de tendencias actuales como el arte minimalista o *Minimal Art*, pretenden oponerse a este principio centrandolo en su interés en proteger el aura del artista, siendo lo más importante la idea y no la obra en sí. *Vid.* al respecto a VARELA MAYOR, Arletys, Tesis presentada en opción al título de Máster en Derecho Civil, Universidad de La Habana, 2014, inédita.

⁴*Vid.* MATEO PALMER, Margarita: “*La poética del cuerpo: el tatuaje y escritura*”. En Catauro, Revista Cubana de Antropología. Fundación Fernando Ortiz. Ciudad de La Habana, Ediciones Pontón Caribe, S.A., 2004, No. 9, p. 24.

⁵*Vid.* BASAIL RODRÍGUEZ, Alain y ÁLVAREZ DURÁN, Daniel, *Sociología y sociedad de la cultura. Lecciones y lecturas*. Editorial Félix Varela, Ciudad de La Habana, 2005, p. 7.

En los tiempos modernos el resultado histórico de la práctica del tatuaje manifiesta que no es una tendencia olvidada sino que en sentido contrario gana adeptos. La búsqueda de la perfección del cuerpo humano y la belleza que se logra cuando se representa un concepto pictórico sobre la piel ha demostrado su presencia latente en las diferentes culturas, “No debe extrañar, por tanto, que el tatuaje puede ser privilegiado como símbolo de una actividad vital, activa, creadora, desafiante –ya no necesariamente rebelde- que eleva la exigencia del reto y adquiere un ganado prestigio a través del esfuerzo y la voluntad, que lo sustraen del plano de lo homogéneo para imprimirle un sello original (...)”⁶.

El presente trabajo de diploma centraliza su atención en las características especiales que posee el tatuaje como obra plástica, sobre todo por la peculiaridad del soporte que lo contiene -que es el cuerpo humano- lo que trae como consecuencia que resulte más difícil la protección jurídica de estos autores, haciendo especial énfasis en las facultades morales que poseen los artistas y las dificultades que entraña el ejercicio de las mismas cuando la obra plástica es un tatuaje, debido a que el tatuado es libre de tomar decisiones sobre su persona y su propio cuerpo, dados los derechos inherentes a su personalidad que le asisten en su condición de persona.

El tatuaje no se encuentra reconocido expresamente como obra plástica en la Ley 14 de 1977, Ley cubana de Derecho de Autor, ni en las legislaciones foráneas que se consultaron en la presente investigación. Resulta importante que en la práctica el tatuador sienta más al tatuaje como una obra que nace de su intelecto y que genera facultades de índole personal y patrimonial ejercitables frente a la colectividad.

Las facultades morales del artista en el particular caso del tatuaje, reviste características únicas. La tipicidad manifestada en el artista del tatuaje no permite aplicar las prerrogativas morales de la forma que norma la Ley cubana de Derecho de Autor, al confluir sobre el resultado de la creación no solo los derechos morales del tatuador sino los derechos inherentes de la personalidad del tatuado,

⁶ Vid. SARDUY, Severo, *La simulación*, Editorial Monte Ávila, Caracas, 1982, p. 58.

reflejando esta situación la necesidad de un análisis que verse sobre el tema en cuestión.

En virtud de las consideraciones expuestas, se propone el siguiente **Problema de investigación**: ¿Qué aspectos teóricos sustentarían ineludiblemente la armonización de las facultades morales del autor del tatuaje y los derechos inherentes a la personalidad de la persona tatuada en pos de una tutela jurídica efectiva?

En función de ello se proponen como objetivos de la investigación:

Objetivo General

- Determinar los aspectos teóricos que coadyuvarían a una conjugación de las facultades morales del autor del tatuaje y los derechos inherentes a la personalidad de la persona tatuada a fin de ofrecer seguridad jurídica a ambos sujetos.

Objetivos Específicos

- Profundizar, desde el punto de vista teórico-legal, en las particularidades del Derecho de Autor, enfatizando en las facultades morales del creador.
- Contrastar las facultades morales del artista del tatuaje ante los derechos inherentes de la personalidad del tatuado.
- Valorar el contrato de obra por encargo como soporte documental idóneo para conceder efectiva tutela jurídica, a tales efectos, en la relación tatuador y tatuado.

En correspondencia con el problema planteado se sustenta la siguiente **Hipótesis**:

La formalización de un contrato de obra por encargo que contemple y ampare por igual las facultades morales del tatuador y del destinatario directo de su creación en el ámbito de sus derechos personalísimos, constituye el cauce idóneo para conceder una adecuada protección jurídica.

Esta investigación es de tipo **descriptiva-propositiva**, en tanto muestra las características generales en el plano teórico del tatuaje, fundamentando su

reconocimiento como obra plástica en función de proponer qué aspectos en el ámbito teórico devienen insoslayables para conjugar las posiciones jurídicas del creador y del tatuado enfocado en cuanto a las facultades de carácter no patrimonial del primero y los derechos inherentes a la personalidad de quien porta el tatuaje, a fin de proveer a este vínculo de un marco contractual que los ubique en un plano de igualdad en tal sentido.

En apoyo al cumplimiento de los fines investigativos se han empleado los siguientes **Métodos de Investigación**:

- Método **histórico lógico** permite enfocar el objeto de estudio en un decursar evolutivo, destacar aspectos generales y apreciar sus aspectos básicos, rasgos intrínsecos y conexiones más importantes.

- Método de **análisis y síntesis** posibilita descomponer el objeto que se estudia, así como sus elementos analizados por separados para luego integrarlos, obteniendo una comprensión general.

- El método **teórico-jurídico** viabiliza el análisis de los conceptos e instituciones que constituyen el objeto de estudio, así como de todos aquellos que, por su relación directa con el tema, posibilitan una mejor comprensión del presente trabajo.

- El método **exegético-analítico** permite valorar la figura en análisis a partir del examen de los planos doctrinales y normativos, facilitando su interpretación en sentido técnico jurídico y tomando en cuenta las particularidades que presenta.

-El método **jurídico-comparado** permitió el estudio y valoración de la doctrina y de normas de propiedad intelectual foráneas para conocer la regulación normativa en torno a las facultades personales de los artistas. No constituye este trabajo un estudio profundo de derecho comparado. Las legislaciones extranjeras analizadas permitieron determinar que no se encuentra el tatuaje reconocido expresamente como obra plástica y los estudios doctrinales posibilitaron sentar las bases teóricas para el análisis de las particularidades que presenta esta forma de pintar, de las facultades morales que le corresponden a los tatuadores y la posibilidad de

ejercitarlas aún y cuando el tatuado ostente el derecho a disponer de su propio cuerpo, que a su vez es el soporte que contiene la obra del artista.

Dentro del método empírico se utilizó la siguiente **técnica**:

-La **revisión de documentos** particularmente de revistas y artículos extranjeros, con predominio del área iberoamericana. Esto permitió acceder a información actualizada sobre el tema en cuestión.

El tópico escogido para este estudio guarda relación con el Derecho Civil y tributa directamente al Derecho de Autor, rama del Derecho que resulta menos tratada en estudios de pregrado de la carrera de Licenciatura de Derecho. La pintura es una de las manifestaciones que presenta la obra plástica y el tatuaje es también una pintura, solo que exhibe un soporte diferente y su creador precisa que se le otorgue seguridad y se protejan sus facultades al igual que a los autores de otros tipos de obras. Por tales motivos puede plantearse que la **relevancia y utilidad del tema** dimanen del problema de investigación, conducido a responder sobre la necesidad de reconocer las facultades morales del artista del tatuaje sin que constituya una laceración a los derechos inherentes de la personalidad del tatuado.

La **actualidad** que posee el tema se evidencia en el auge del tatuaje como un elemento presente en la transculturación de la sociedad cubana, erigiéndose como un componente iconográfico representativo de un sector de la población.

La **novedad de la investigación** se manifiesta en cuanto no existen investigaciones en suelo patrio que aborden el tema del tatuaje desde la vertiente del ejercicio de las facultades del artista, por lo que se han consultado estudios sobre las facultades morales de los artistas, sobre derechos inherentes a la personalidad y sobre la pintura, en la que bien puede enmarcarse al tatuaje. Se destacan por Cuba, la Dra. Caridad del Carmen VALDÉS DÍAZ, el Dr. Rafael ROSELLÓ MANZANO, la MsC. Arletys VARELA MAYOR, la historiadora Margarita MATEO PALMER. En el plano internacional se consultaron obras de destacados profesores en materia de Propiedad Intelectual como Carlos ROGEL VIDE, Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Germán BERCOVITZ, Jorge ORTEGA DOMÉNECH, DESBOIS, David

RANGEL MEDINA, Fernando FUENTES PINZÓN, Ricardo ANTEQUERA PARILLI, Delia LIPSZYC. En igual sentido se consultaron sitios web, bibliografía en formato digital y artículos, libros y revistas que tratan el tema del tatuaje y de las obras plásticas. Se analizaron leyes de Derecho de Autor de diferentes países en aras de analizar las regulaciones de las obras plásticas y las normativas referentes al tatuaje.

La **significación práctica** de la investigación radica en la fundamentación del reconocimiento del tatuaje como obra de las artes plásticas, por ende, la adecuada concertación de contratos entre el tatuador y el tatuado, contribuye a garantizar la protección y el ejercicio de las facultades morales que le asisten al tatuador, que siempre serán en menor medida que las que pueden ejercitar otros autores por la singularidad del soporte. Facultades que desconocen los artistas del tatuaje y por ello no las ejercitan. En base a esto se propone que la concertación de contratos entre el tatuador y el tatuado, donde se plasmen las facultades que le corresponden al autor y a quien posee el tatuaje como trayecto para el respeto de las facultades morales del artista.

El **valor teórico** esencial se centra en ofrecer a los estudiosos y profesionales del Derecho que se desempeñan en los distintos roles del sistema jurídico y académico del país, una base teórica que posibilite el correcto ejercicio de las facultades morales del artista del tatuaje así como los derechos ejercitables por el tatuado.

La investigación se **estructura** en dos capítulos con sus epígrafes y subepígrafes correspondientes. El primero se denomina: “Elementos esenciales del Derecho de Autor y su relación con las obras plásticas. Las facultades morales del artista”, en el cual se analizan los conceptos de derecho de autor y obra plástica específicamente. Se estudian los criterios de protección que se siguen por el Derecho de Autor para la protección de estas obras, ajustándose la investigación al tipo de obra objeto de estudio, así como las especiales características que la distinguen de las demás y las facultades de carácter moral que le asisten a sus creadores.

El segundo capítulo titulado: “El tatuaje como manifestación de las artes plásticas. El contrato de obra por encargo”, ofrece el estudio de las principales características del tatuaje como obra de las artes plásticas, específicamente como una obra de la pintura, y de los derechos inherentes a la personalidad del tatuado. En este sentido se apertura el análisis sobre la dificultad presente en el tatuador para ejercitar sus facultades morales al existir como límite a este ejercicio, los derechos inherentes de la personalidad del tatuado. Se analiza en este capítulo las ventajas de la implementación contractual en la relación surgida entre tatuado y tatuador.

Como ninguno de los temas tratados son aislados, existen las referencias cruzadas, de modo que cuestiones tratadas en el primer capítulo se transversalizan en el trabajo.

Se pretende con este estudio, ofrecer un cauce teórico para la protección de las facultades personales de los artistas del tatuaje que en su ejercicio no laceren los derechos inherentes a la personalidad del tatuado.

RESULTADOS ESPERADOS

- Brindar un análisis doctrinal a profundidad acerca de las facultades morales del artista plástico (en este caso el tatuador), contrastándolo con las regulaciones vigentes tanto en la arena nacional como foránea, de modo que se logre colocar en un plano de igualdad jurídica al titular de aquellas y a la persona que porta el tatuaje, garantizando la necesaria perdurabilidad y estabilidad al vínculo de Derecho que establecen como partes de un contrato.
- Que la presente tesis pueda ser utilizada como material bibliográfico actualizado y de esta forma servir de precedente a futuros estudios de pregrado y postgrado sobre la materia, así como por tatuadores y personal relacionado con el trabajo de las artes visuales y del Centro Nacional de Derecho de Autor, quienes pueden encontrar en ella un adecuado material de estudio, en aras de proteger el contenido no patrimonial del Derecho de Autor.



Capítulo I: Elementos esenciales del Derecho de Autor. Las facultades morales del artista

La necesidad de la comunicación humana se remonta desde los mismos comienzos de la civilización. El hombre expresa sus ideas como ser racional a través de todas las formas posibles que logren exteriorizar sus sentimientos. Mediante el arte se puede analizar la historia de la humanidad, pues este funciona al decir de SOTO Y SAGARRA como un retrato fidedigno del aspecto práctico de la civilización.⁷

El arte ha demostrado ser el acompañante por excelencia del hombre, “convirtiendo los fugaces ritmos temporales de la existencia humana, en perdurables ritmos espaciales”⁸. Segregar la historia del hombre de la historia del arte sería limitar la historia de la humanidad, pues en palabras de YOUTZ “(...) el arte se va integrando al par que la civilización se desarrolla, nunca separada de esta. A través de su pintura y su escultura podemos conocer un pueblo, apreciar mediante su arquitectura, sus instituciones sociales, y por sus artes menores darnos cuenta de su vida doméstica e industrial”⁹.

La creación supone la exteriorización de un sentimiento extrapolado del universo íntimo del individuo hacia la corporificación en algún material perceptible por los sentidos. Esa creación espiritual materializada aporta una inmortalidad universal a lo creado deviniendo en acervo cultural de la sociedad. En palabras de PÉREZ DOLZ “No sólo son, pues, las artes cosa deleitable de contemplar, sino lo más esencial y más perdurable y representativo de la Cultura”¹⁰. El enriquecimiento de una determinada sociedad desde la creación espiritual es propiciado por la

⁷ Vid. SOTO Y SAGARRA, Luis de, *Filosofía de la Historia del Arte (apuntes)*, Coordinación y prólogo de FERNÁNDEZ, Pilar y MERINO Luz. -2ªed, Editorial UH, La Habana 2013, p. 78.

⁸ Vid. YOUTZ, Philip N., *Sounding Stones of Architecture*, Editorial W.W. Norton & Co., New York, 1929, p. 24.

⁹ *Ídem.* p. 33.

¹⁰ Vid. PÉREZ DOLZ, Francisco, *Introducción al estudio de los estilos*, Editorial Apolo, Barcelona, 1940, p. 6.



manifestación de los artistas de sus emociones, experiencias y diferentes modos de reflejar el entorno.

I.1 Surgimiento del Derecho de Autor y de las facultades personales del creador

En sus inicios el hombre creaba productos de su intelecto sin ser consciente de la trascendencia que esto implicaba. Hoy se desconoce quiénes fueron los autores de los cantares de gestas o los cantos de trabajos, preservados hasta nuestros días por haberse transmitido de generación en generación a través de historias contadas de padres a hijos que se conoce como la memoria auditiva de las etnias culturales. Por ende, en aquellos momentos históricos no puede definirse una individualización de la creación sino una colectivización creativa de múltiples autores ya que cada individuo aportó disímiles experiencias a los hechos que les eran contados¹¹.

La representación pictórica acompañó al hombre desde sus primeros momentos, mostrando la fascinación humana por plasmar los colores y formas del entorno que le rodeaba. Se desconoce los creadores de la pintura rupestre, el arte parietal no exhibe a un autor particularizado, sino que mantiene en anonimato al creador porque todo fue fruto de la comunidad y las obras no podían ser atribuidas a un solo individuo.

El hombre desde su posición androcentrista necesita diferenciar su propiedad¹² de las de los otros, o sea, marcar una diferencia entre lo que le pertenece y lo que no. La creación intelectual no es más que una arista de la manifestación personal, por ende, trae aparejado la necesidad de su individualización frente a terceros, erigiendo como propiedad personal lo creado por el artista.

¹¹ Vid. ÁLVAREZ NAVARRETE, Lillian, *Derecho de ¿autor? El debate de hoy*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2006, pp. 17 y ss.

¹²La propiedad intelectual ha sido considerada por LE CHAPELIER como "la más sagrada, la más inatacable y la más personal de las propiedades". Vid. "*Diseños, Propiedad Intelectual y Propiedad Industrial*", en Revista general de Legislación y Jurisprudencia, No. 26, abril-junio, 2004, p.5, en formato digital.

Capítulo 1: Elementos esenciales del Derecho de Autor.

Las facultades morales del artista



Desde la antigüedad civilizaciones como la romana y la griega reconocían la creación individual de la persona aunque no de forma explícita en sus sistemas normativos, condenando a los que cometieran plagio sobre las escrituras o representaciones teatrales¹³.

No fue hasta la aparición de la Imprenta de tipos móviles por Johannes GUTENBERG¹⁴ que se revolucionó la forma de materializar la creación, pues esta permitía la reproducción de las obras literarias aumentando su cantidad en un menor tiempo. Esta situación propició la necesidad de un cambio en la forma de regulación del marco legal feudal, dando paso a la aparición de la primera patente bajo la rúbrica de monopolios reales emitida a favor de Pietro DI RAVENA en la Serenísima República de Venecia en 1474, en la cual solo Pietro o los impresores designados por él poseían el derecho legal a imprimir la obra: “Fénix”.

Durante este período el objetivo real versaba en el aseguramiento de las ganancias monetarias que se podían obtener a través de las impresiones por los editores literarios dada la inexistencia de un monopolio del autor respecto a la obra. No existían limitaciones a la reedición de la obra posibilitando que cualquier editor pudiera imprimir la misma. Mediante este sistema de “privilegios” (por ser concedidos oficialmente) el Estado, bajo la excusa de favorecer la industria del libro, ejercía un control ideológico sobre las publicaciones, configurándose como delito la edición de un libro sin contar con el privilegio real¹⁵.

¹³ Vid. Los inicios del derecho de autor son estudiados por catedráticos como ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Antecedentes históricos del derecho de autor y los derechos conexos*, Caracas, 2005, así como IRIBARNE, Rodolfo Antonio y RETONDO, Hilda, *Plagio de obras intelectuales. Los ilícitos civiles y penales en Derecho de Autor*, Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). Buenos Aires, 1981. Referencia resulta la obra de DELGADO PORRAS, Antonio, *Fundamento y evolución del derecho de autor*. Documento OMPI/DA/JU/COS/92/2. Seminario Regional de la OMPI sobre derecho de Autor y Derechos Conexos para jueces de Centroamérica y Panamá. San José, 1992, en formato digital.

¹⁴ Es conocido Johannes GUTENBERG (1398-1468) a tenor del invento de la imprenta de tipos móviles como el iniciador de la Era de la Imprenta, al difundir la Biblia de 42 Líneas a través de esta moderna técnica. Se le reconoce como un herrero de origen alemán, el cual falleció pobre sin sacar provecho de su invención.

¹⁵ Vid. DELGADO PORRAS, Antonio, *op. cit.* pp. 19-20.

Capítulo 1: Elementos esenciales del Derecho de Autor.

Las facultades morales del artista



Papel importante desempeñó la Filosofía como vía para encontrar en el artista al verdadero sujeto de la creación a través de las ideas del “individualismo” y del “humanismo” desarrolladas en Europa.¹⁶ Importante resulta el inicio de la ideología liberal a finales del siglo XVII con las ideas de John LOCKE al declarar que todo hombre posee la propiedad de su propia persona y que el trabajo de su cuerpo y la obra de sus manos han de ser considerados como suyas¹⁷, estableciendo con este postulado el sustrato referencial para la formulación del derecho de autor como “propiedad legítima y útil” al significar su importancia por VILLALBA¹⁸.

Es reconocido el estatuto de la Reina Ana, postulado el 10 de abril de 1710, como la primera ley de *copyright*, desprendiéndose de su razonamiento postulados avanzados para su época. Permitted el reconocimiento al arbitrio del autor en el momento de elegir al editor del libro. La adopción de esta medida propició la protección del autor de la obra en primer lugar, relegando a un plano inferior al editor.

Se manifiestan en estos Estatutos las características propias del sistema de propiedad intelectual al dar solución a las prerrogativas existentes en ese momento sobre la reproducción y la enajenación de obras literarias, reconociendo en el autor derechos de propiedad sobre su creación.

Esta primera ley de *copyright* logra a través de su norma la fomentación de las artes literarias y artísticas al reconocer un derecho individual de protección al creador de la obra y frenar el sistema de privilegios que en favor del editor existía hasta ese momento.

¹⁶ Vid. UCHTENHAGEN, Ulrich, *Introducción. Historia del Derecho de Autor y los derechos Conexos*. Documento OMPIIDA/PDEI/97/1. Curso OMPI/SGAE de formación de Derecho de Autor y derechos Conexos para América Latina. Punta del Este/ Montevideo, 1997, en formato digital.

¹⁷ Vid. BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de derecho Industrial*, Editorial Civitas, Madrid, 1978, p. 139.

¹⁸ Vid. VILLALBA, Carlos Alberto, *La positivización del derecho de Autor*, en Memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y derechos conexos. Editorial Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)/ Instituto Interamericano de derecho de Autor (IIDA)/República Oriental del Uruguay, Montevideo, 1997, p. 65, en formato digital.

Capítulo 1: Elementos esenciales del Derecho de Autor.

Las facultades morales del artista



En la temprana fecha de 1787 los Estados Unidos de América dejaba estipulado en su Constitución los derechos sobre la propiedad creativa por tiempo limitado, aprobando para 1790 la Ley sobre *Copyright*. Convirtiendo de esta forma al *copyright* como un derecho de propiedad comerciable.

La Revolución francesa trajo como consecuencia que la Asamblea Constituyente aprobara en 1791 la Ley de Derecho de Autor, sobre el influjo del derecho de autor propiamente dicho, donde primó la idea de expresión única del autor. En los decretos franceses de 1791 y 1793 nace el sistema continental o latino o derecho de autor, al reconocer como la propiedad más sagrada del hombre las creaciones espirituales.

Característica esencial de esta etapa de surgimiento del Derecho de Autor fue su territorialidad por constituir el idioma una barrera impeditiva en la divulgación y comprensión de las obras literarias. La necesidad del intercambio cultural entre las naciones introdujo como consecuencia inexcusable la reglamentación tendente a proteger tanto los derechos patrimoniales como morales del autor en un ámbito internacional. Resultado de estas especiales circunstancias son los tratados internacionales que se firman en la materia y que permiten a los países miembros incorporar a sus leyes nacionales normas de protección que alcanzaran a las obras extranjeras.

Cúspide de esta labor es la firma del Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas¹⁹ en 1886 en Berna, Suiza, que en su revisión de Roma

¹⁹Convenio de Berna para la Protección Obras Literarias y Artísticas es un tratado Internacional cuya finalidad es la protección de los Derechos de Autor sobre obras literarias y artísticas, firmado el 9 de septiembre de 1886. Completado y revisado en oportunas ocasiones. Postula tres principios básicos que logran establecer reglas mínimas para la protección de las obras en todos los países firmantes. Son principios rectores: 1) el trato nacional (artículo 5.1) (aun cuando ha sido creada en un país contratante determinado) la obra debe recibir igual protección en cada uno de los países contratantes como si fuera un nacional; 2) de independencia (artículo 5.2): coexiste la protección brindada por el país de origen y la protección brindada en los países foráneos donde el autor solicite protección teniendo como límite la posibilidad de retirar la protección cuando la obra deja de estar protegida en el país de origen; 3) protección automática (artículo 5.2): no debe constreñirse la protección a formalidad alguna, por el solo hecho de ser una creación material del intelecto humano necesita amparo.



en 1928 incorporó a su normativa el reconocimiento a las facultades morales del autor en su artículo 6 *bis* en el que se consigna: «*independientemente de los derechos patrimoniales del autor e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho a reivindicar la paternidad de la obra y a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o reputación*».

Aun cuando el reconocimiento pretendido resulte incipiente se apertura un camino de compromiso estatal sobre los derechos no patrimoniales de los creadores y una preocupación por el vínculo personal que se crea entre el artista y su creación.

I.2 Criterios que se siguen para el reconocimiento de la protección en el Derecho de Autor

“El ser humano es el único capaz de producir creaciones intelectuales. En consecuencia, todas las personas – y únicamente ellas- pueden ser autores”²⁰. Este es el reconocimiento a la persona humana como creadora única de las obras artísticas. Continúa con esta idea FUENTES PINZÓN al plantear “La creación intelectual requiere de capacidad de raciocinio, valoración, originalidad, improvisación, sentimientos, experiencias acumuladas y capacidad para expresarlas, actos que no pueden realizar sino exclusivamente los seres humanos”²¹. Las habilidades únicas desarrolladas por el hombre son las que indudablemente configuran las posibilidades de ser el único sujeto del Derecho de Autor.

La percepción artística de las circunstancias es la cuestión principal diferenciadora entre los que crean y los que no. Un artista encontrará el motivo para inspirar su obra en su imaginación o en el mundo físico donde se desarrolla o en la simple mezcla de ambos, la opción de encontrar la musa se revierte en un infinito de

²⁰ Vid. GIL ALBARRÁN, Guillermo Edward, *Derechos de Autor*, pp. 6 y ss. En sitio web: <http://www.estudiodelion.com.pe>. Consultado el 1 de marzo de 2015.

²¹ Vid. FUENTES PINZÓN, Fernando, *La protección del autor de obras plásticas en Venezuela*, Revista de Ciencias Sociales, vol. XIII, núm. 1, 2007, p. 149, en formato digital.

Capítulo 1: Elementos esenciales del Derecho de Autor.

Las facultades morales del artista



posibilidades. La creación no se limita a un momento o circunstancia determinada sino surge como una necesidad de expresión del autor.

Es esta relación entre autor y obra la que precisamente, en ideas de VALDÉS DÍAZ, permite que sea la creación el único medio originario y pleno de adquirir la propiedad intelectual²². Resulta cierto que se necesita como elemento primero la existencia del espíritu, siendo únicamente posible al género humano desplegar capacidades como pensar, sentir, entender, en fin realizar la labor creativa.

Delimitar un concepto abarcador sobre las obras²³ como el objeto esencial que protege el Derecho de Autor constituye una tarea imposible. La creación espiritual es tan amplia como sujetos existen en el mundo y motivos para inspirarlos. Cada individuo crea a su forma y manera, según sus construcciones axiológicas, el medio circundante y las inspiraciones físico-sensoriales que recibe.

GIL ALBARRÁN siguiendo lo expresado por FERREYROS CASTAÑEDA plantea “En el Derecho de Autor el objeto protegido es la obra. Esta es la creación intelectual con características de originalidad, susceptibles de ser reproducida o divulgada por cualquier medio conocido o por conocerse. La originalidad se refiere a individualidad y esa es la forma como el autor expresa sus ideas, lo que lo hace diferente de los demás”²⁴.

El Derecho de Autor protege a las obras artísticas, literarias y científicas. Obras cuyo contenido unificador es la creatividad humana, el resultado de una creación intelectual que enriquece el patrimonio espiritual de toda la sociedad.

²² Vid. VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, *Acerca de la autoría y la titularidad en el contexto jurídico cubano. ¿El Estado como titular del derecho de autor?*, en *Estudios cubanos sobre Derecho de Autor y derechos conexos*, Editorial ONBC, La Habana, 2014. p. 11.

²³ El Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual define a las obras merecedoras de protección por el Derecho de Autor a todas las creaciones originales intelectuales expresadas en forma reproducible. Encontrado en Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual –OMPI-, Ginebra, 1980, p. 268, en formato digital.

²⁴ Vid. GIL ALBARRÁN, Guillermo Edward, *op. cit.* p. 3.



Resultaría impensable tutelar la inspiración por la cual el autor materializó el objeto de su expresión, debido a que la idea preexiste al autor, forma parte de su espiritualidad y es exclusiva de un individuo.

Para LIPSZYC²⁵ “solo está protegida la *forma sensible* bajo la cual se manifiesta la idea y no la idea misma, ya sea que se encuentre expresada de manera esquemática o bien en una obra. El derecho de autor protege la expresión formal del desarrollo del pensamiento...”.

La inspiración proviene de un sin número de informaciones que recibe el creador y pertenecen al mundo interior y subjetivo del artista, por tanto el Derecho de Autor protege las creaciones formales, concretas y materializadas y no las ideas que de realizar una obra se tengan.

Una obra que conste con la impronta personal y creativa del autor debe recibir protección, pues es muestra del genio creador de quien la realiza sin la necesidad de mediar ningún criterio clasificativo ni distintivo. La protección es brindada a cada obra por igual con un conjunto de derechos abarcadores e igualitarios para todo autor.

I.2.1 Criterios ajenos al reconocimiento.

El Derecho de Autor no puede proteger ideas, sería como proteger cada pensamiento del ser humano, por lo que la protección del Derecho de Autor requiere la exteriorización concreta de lo pensado por el autor. Materializar su expresión representa la clave para la protección efectiva.

Las ideas se corporifican sobre un soporte material, cobrando vida de esta forma en la realidad social diferenciadora del campo imaginario del creador. La creación necesita ser experimentada por la sociedad en sí manifestando el mundo sentimental del creador hasta los sentidos de los receptores u observadores.

²⁵ Vid. LIPSZYC, Delia, *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Tomo I, Ediciones Unesco- Cerralco-Zavalía, Editorial Félix Varela, La Habana, 1998, p.62.

Capítulo 1: Elementos esenciales del Derecho de Autor.

Las facultades morales del artista



El catedrático FUENTES PINZÓN aduce “La protección dispensada a la obra por el derecho de autor, parte de dos principios: a) La protección es independiente del género, forma de expresión, mérito o destino (...) y b) la protección se otorga sin formalidades”²⁶ y tales principios constituyen los criterios que resultan ajenos al reconocimiento que de las obras dispensa el Derecho de Autor.

En igual sentido MANRIQUE expresa “Para que una obra sea protegida por el derecho de autor debe ser una creación original. En el ámbito del derecho de autor las ideas no requieren ser nuevas pero la forma, tanto literaria como artística en la que las ideas se pronuncien, deben ser el resultado de la creatividad intelectual del autor”²⁷.

La presencia ineludible de la originalidad sin que la obra resulte novedosa²⁸, constituye la característica primordial para proteger una creación artística. Se protege el modo de expresión, la forma en que resulta tratado el tema y lo que esencialmente demuestra la creación personalísima del autor.

El amparo ofrecido por el Derecho de Autor no necesita mostrar al autor como autor reconocido ni determinar cuáles son las dimensiones de la obra para salvaguardarla. El Derecho de Autor protege al creador por el simple hecho de crear una obra, fruto del intelecto humano, siempre que reúna las condiciones de originalidad y ésta se formule materialmente.

Constreñir la protección jurídica a criterios subjetivos como la apreciación estética sobre una obra o ajustarla a criterios decorativos del momento real en el que se desarrolla es lacerar el patrimonio cultural de la humanidad.

No puede medirse los méritos del artista por la complejidad de sus cuadros o por la viveza de sus colores. En este sentido ORTEGA DOMÉNECH expresa en relación

²⁶ Vid. FUENTES PINZÓN, Fernando, *op. cit.*, pp. 148-149.

²⁷ Vid. MANRIQUE, Elsa, *Derechos Intelectuales. Aspectos registrales*, en Revista In Iure, Año 2. Vol. 2, Editorial La Rioja, Argentina, 2013, pp. 96 y ss, en formato digital.

²⁸ En materia de Propiedad Industrial se precisa de novedad como requisito indispensable para que las obras gocen de protección no así en el Derecho de Autor donde un mismo motivo puede servir de inspiración a varios artistas.

Capítulo 1: Elementos esenciales del Derecho de Autor.

Las facultades morales del artista



con lo postulado por SORIAUEN en la teoría de la unidad del arte que “no existe una jerarquía de categorías estéticas y que ninguna de ellas puede prevalecer según las circunstancias y el medio”²⁹.

En igual sentido no se necesita que cumpla la obra con determinado fin ni que esté dirigida a determinado público, al decir de MANRIQUE, “el destino de una obra no tiene ninguna trascendencia a los efectos de la protección, pues una obra original que posea la impronta de la personalidad de su autor es resguardada ya sea que esté destinada a fines culturales, educacionales o comerciales”³⁰.

La protección del Derecho de Autor comienza con el acto de creación reconociendo en cabeza del creador la titularidad originaria de las obras y no se precisa del cumplimiento de formalidades ni de inscripción registral. Esto representa el papel preponderante que posee la creación en sí frente a un elemento de formalidad estructural.

No interesa que la obra no esté protegida mediante el correspondiente registro en igual sentido gozará de los mismos derechos ofrecidos a una obra que si lo está, al constituir el resultado de la creación prueba *iure et de iure* de que su creador es quien la realizó.

En el Derecho de Autor el registro de las obras es declarativo y no constitutivo de derechos, pues como bien plantea GIL ALBARRÁN “El derecho de autor protege las creaciones expresadas en obras literarias y artísticas, cualquiera que sea su género, mérito a finalidad. Nace con la obra misma y no por el reconocimiento de la autoridad administrativa”³¹.

En este sentido el registro ofrecerá al autor una garantía formal ante terceros pero podrá ser impugnada la validación de la obra si se presentan pruebas suficientes

²⁹ Vid. CARREAU, Caroline, *Merite et droit d' auteur*, Editorial: LGDJ, Paris, 1981, p. 159.

³⁰ *Idem.* p. 16.

³¹ Vid. GIL ALBARRÁN, Guillermo Edward, *op. cit.* p. 7.



que corroboren que el creador no es la persona que figura como tal en el registro que se posee.

I.3 Las facultades que al creador confiere el Derecho de Autor

El reconocimiento de facultades legales a los autores propicia la precisa protección jurídica sobre las obras y sus creadores. El Derecho de Autor fomenta el desarrollo de la producción artística, literaria y científica de cualquier país, dado que el creador se siente con el respaldo normativo suficiente para obtener beneficios económicos de su creación y las facultades personales que le son reconocidas favorecen el especial vínculo autor-obra y le permiten defender ésta última de intromisiones ilegítimas de terceros.

Para el catedrático mexicano RANGEL MEDINA el derecho autoral protege la creación de la obra legalmente y “confiere al autor dos grupos de prerrogativas, dos aspectos del mismo beneficio: el que se conoce como derecho moral o derecho personalísimo del autor y el derecho económico o pecuniario. En realidad no se trata de dos derechos sino de dos aspectos o fases del mismo derecho”³².

Las facultades desplegadas por el derecho de autor evidencian la preocupación jurídica de una protección que abarque la personalidad del creador, incluyendo su ámbito personal como individuo pero también frente a la colectividad sin olvidar la debida remuneración pecuniaria por su creación. Al decir de VALDÉS DÍAZ ³³.

Los creadores poseen un ámbito de protección que resguarda no solo la esfera íntima del autor sino sus intereses económicos al brindar un equilibrio armónico entre la espiritualidad de la obra y el carácter pecuniario de su realización. En

³² Vid. RANGEL MEDINA, David, *Derecho de la propiedad industrial e intelectual*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas, segunda edición, México DF, 1992, p. 8.

³³ Vid. VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, *De la compraventa de creaciones intelectuales. Especial referencia a la venta de obras de arte y el derecho de participación en las sucesivas reventas*, en *Estudios cubanos... op. cit.*, p. 266.

Capítulo 1: Elementos esenciales del Derecho de Autor.

Las facultades morales del artista



palabras de RODRÍGUEZ MIGLIO “(...) las cuestiones morales tendrán incidencia en los aspectos patrimoniales, como estos últimos incidirán en las primeras”³⁴. Las dos aristas del Derecho de Autor no tratan de mercantilizar a las creaciones del intelecto humano sino de reconocer un valor monetario que permita la subsistencia del artista por el esfuerzo de sus propias manos, propiciando el interés por la creación al ejercer libremente sobre su obra la explotación económica sin renunciar al respaldo de las facultades morales que le asisten.

La doctrina en esta materia concuerda en que los derechos patrimoniales garantizan la obtención de un beneficio económico por todas las formas de utilización de la obra. Estos derechos, que son independientes entre sí y no están sujetos a *numerus clausus* pues existen tantas formas de explotación como de utilización de la obra sean posibles, versan sobre la reproducción, la comunicación pública, la adaptación a otra forma de expresión y el *droit de suite*³⁵ en el caso de las obras plásticas. No serán abordados en el presente trabajo por no constituir parte de su objeto de estudio.

Se reconocen como facultades morales la paternidad de la obra, el derecho a su integridad así como su publicación y su consecuente retracto o arrepentimiento. A tenor de lo expresado MANRIQUE “los derechos morales hacen referencia al derecho personal que reconoce la autoría de la obra y protege la relación entre el autor y su obra”³⁶.

³⁴ Vid. RODRÍGUEZ MIGLIO, Leandro Darío, *Contenido del Derecho de Autor. Derecho moral y derechos patrimoniales. Los titulares. Los derechos protegidos: monopolio de explotación. Derecho a disponer de la obra. Derecho de reproducción y comunicación al público*, en Documento OMPIIDA/PDEI/97/1. Curso OMPI/SGAE de formación de Derecho de Autor y derechos Conexos para América Latina. Punta del Este/ Montevideo, 1997, p. 2., en formato digital.

³⁵ El *droit de suite* es el derecho que poseen los artistas plásticos a participar en las posteriores reventas que de sus obras se realicen. Su fundamento se encuentra en la necesidad de compensar a los artistas plásticos que no pueden explotar su obra continuamente, pues de ellas existe un único ejemplar. Esta facultad no se encuentra reconocida en la legislación cubana.

³⁶ Vid. MANRIQUE, Elsa, *op. cit.* pp. 106 y ss.



Sobre este particular se refiere el profesor venezolano FUENTES PINZÓN³⁷ que califica el derecho moral como aquel de carácter personal que busca dos categorías de protección, una que se refiere al honor y reputación del autor y otra a la obra que es el fruto de esa creación.

I.4 Facultades morales ¿Derechos de la personalidad o de los autores?

En materia normativa a escala internacional existen instrumentos jurídicos que intentan velar por la protección efectiva de las creaciones intelectuales y marcan una pauta a seguir en materia de Derecho de Autor. En lugar preponderante se encuentra el Convenio de Berna seguido por La Convención Universal de Derecho de Autor³⁸ y el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor³⁹.

En el Convenio de Berna, en su revisión de Roma de 1928, se regula por vez primera la protección a las facultades morales del autor a través de su artículo 6 *bis*. Es criticable a este Convenio haber asumido una postura minimalista al recoger como únicas facultades morales la paternidad y la integridad de la obra, además permitiendo su reclamo solo en casos donde exista un atentado a la obra de tal magnitud que afecten la reputación u honor del autor. Omiso resulta su pronunciamiento sobre la renuncia y transmisión de dichas facultades, dejando un

³⁷ Vid. FUENTES PINZÓN, Fernando, *op. cit.* pp. 147- 158.

³⁸ La Convención Universal sobre Derecho de Autor adoptada el 6 de septiembre de 1952 en Ginebra y revisada en París el 24 de julio de 1971. Establece que los Estados contratantes se comprometen a tomar todas las disposiciones necesarias a fin de asegurar una protección suficiente y efectiva de los derechos autorales. La protección basa su postulado en la protección ofrecida a los nacionales de cualquier Estado contratante así como las obras publicadas por primera vez en el territorio de tal Estado, gozarán en cada uno de los otros Estados contratantes de la protección que cada uno de estos Estados conceda a las obras de sus nacionales publicadas por primera vez en su propio territorio, así como las obras no publicadas de los nacionales de cada uno de estos Estados poseerá idéntica protección a la brindada en cada uno de los Estados contratantes en el particular caso.

³⁹ El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Industrial sobre Derecho de Autor se concluye el 20 de diciembre de 1996 entrando en vigor en marzo de 2002 versa sobre los programas de computadoras y las bases de datos en sentido general, acatando las disposiciones sustantivas de la Ley de la Convención de Berna de 1971.

Capítulo 1: Elementos esenciales del Derecho de Autor.

Las facultades morales del artista



amplio margen a la flexibilidad de los países miembros para regular la protección según lo estimen.

Amén de las críticas ha de reconocerse que marcó un paso de avance al instituir tan importantes prerrogativas morales y resultando ser un instrumento jurídico internacional avanzado para el momento histórico en el que se firmó, logrando que los países miembros incluyeran en sus legislaciones al menos estas mínimas facultades autorales.

La Ley 14/77, Ley de Derecho de Autor⁴⁰ cubana, ampara en su normativa un reconocimiento a las facultades de los autores. Esta Ley recoge algunas de las facultades morales del autor. Le es criticable que no realiza distinción entre las facultades morales y patrimoniales, al encontrarlas redactadas en un mismo artículo y no contempla la facultad de retracto o arrepentimiento. En igual sentido opera una dispersión legislativa que atenta contra el eficaz ejercicio de la materia, al encontrarse regulada en la Resolución 5 del 2002, del Ministerio de Cultura la facultad de acceso al ejemplar único y raro de la obra para el caso de las obras plásticas, que esta resolución reconoce como obra de las artes visuales.

Referencia en esta materia resulta el Texto Refundido de La Ley de Propiedad Intelectual de España que regula ampliamente, en su artículo 14, las facultades morales concernientes al creador, incluyendo en su apartado 7 el derecho de acceso al ejemplar único o raro de la obra, para el caso de las obras plásticas⁴¹.

⁴⁰El artículo 4 Ley 14/77, Ley de Derecho de Autor cubana establece: “El autor tiene derecho a:a) exigir que se reconozca la paternidad de su obra y, en especial, que se mencione su nombre o seudónimo cada vez que la misma sea utilizada en alguna de las formas previstas en esta Ley; b) defender la integridad de su obra, oponiéndose a cualquier deformación, mutilación o modificación que se realice en ella sin su consentimiento; c) realizar o autorizar la publicación, la reproducción o la comunicación de su obra al público por cualquier medio lícito, bajo su propio nombre, bajo seudónimo o anónimamente; d) realizar o autorizar la traducción, la adaptación, el arreglo o cualquier otra transformación de su obra; e) recibir una remuneración, en virtud del trabajo intelectual realizado, cuando su obra sea utilizada por otras personas naturales o jurídicas, dentro de los límites y condiciones de esta Ley y sus disposiciones complementarias así como cuantas otras disposiciones legales se establezcan sobre la materia”.

⁴¹Cfr., artículo 14 del texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual española.

Capítulo 1: Elementos esenciales del Derecho de Autor.

Las facultades morales del artista



Define el autor RODRÍGUEZ MIGLIO a los derechos morales como un derecho a la personalidad que al igual que estos son inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles⁴². Coincidiendo con esta idea el autor GIL ALBARRÁN reconoce que los derechos de autor tienen que ver con la esencia del mismo, con el hecho de que la obra es una prolongación de la personalidad del autor⁴³.

Estas ideas corresponden a una parte de la doctrina que relaciona los derechos presentes en los artistas como derechos inherentes a la personalidad, manifestando la necesaria correlación entre la creación como una parte consustancial de la persona del creador. Posee como exponentes principales al filósofo alemán Immanuel KANT⁴⁴ y al jurista O. Von GIERKE⁴⁵. Los cuales refieren que la protección debe ser dada a la persona del creador, centrando la atención en los derechos que confieren “por objeto de la defensa de la personalidad, el respeto del honor, de la reputación, como de la libertad creadora y de la libre disposición gratuita u onerosa”⁴⁶.

Aun cuando la creación nace de la persona manifestándose como fruto de su actuar no toda persona es autor, por ende, otra parte de la doctrina afirma que “las facultades de orden moral del autor no son un derecho de la personalidad y que las de orden patrimonial no constituyen una verdadera propiedad”⁴⁷.

⁴² Vid. RODRÍGUEZ MIGLIO, Leandro Darío, *op. cit.*, p. 2 y ss.

⁴³ Vid. GIL ALBARRÁN. Guillermo Edward, *op. cit.* pp. 8 y ss.

⁴⁴ KANT es considerado el padre de la Teoría del Derecho de la personalidad. Su corriente filosófica sustentaba la idea de que al creador le asistía sobre su obra un derecho personalísimo. Vid. LEDESMA, Julio, *Patentes de invención*, en Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo XXI, Editorial Bibliográfica, Buenos Aires, 1964, pp. 652-676.

⁴⁵ O. von GIERKE plasma su concepción personalísima sobre la persona del creador en su obra “Derecho Privado Alemán” de 1895, por lo que se le reconoce el mérito de desarrollar la teoría de la personalidad, *cit. pos.*, LEDESMA, Julio, *op. cit.* p. 655.

⁴⁶ LEDESMA, Julio *op. cit.* p. 665.

⁴⁷ VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, *Del contenido patrimonial del derecho de autor. La facultad de reproducción*, en *Estudios cubanos...*, *op. cit.*, p. 104.

Capítulo 1: Elementos esenciales del Derecho de Autor.

Las facultades morales del artista



El Derecho de Autor compone un único derecho subjetivo donde, al decir de DIEZ PICAZO y GULLÓN⁴⁸, al valor económico de la obra le acompaña un valor espiritual indiscutible. El autor adquiere ambas facultades tanto las de índole moral como las patrimoniales. Facultades perfectamente separables entre sí pero unidas por el puro hecho de la creación y otorgadas (inicialmente) al creador.

Reconocen DIEZ PICAZO y GULLÓN que el Derecho de Autor contiene facultades que son personalísimas pero no es un derecho de la personalidad. La obra intelectual, la obra del ingenio, no es un bien de la personalidad. Es algo creado por la persona pero perfectamente distinto y separado de ella.

Examinar al Derecho de Autor como un derecho de la personalidad sería estar de acuerdo con que toda persona es considerada autor y esto solo sucede cuando la persona materializa una obra de su intelecto. Toda persona natural posee potencialmente la posibilidad de ser un autor⁴⁹ por ende, no puede considerarse ese elemento como derecho inherente a la personalidad sino como una facultad propia del autor, como expresa VARELA MAYOR “No se es autor por el hecho de ser persona, se es autor por el hecho de poseer y concretar las posibilidades que se tengan para crear”⁵⁰.

I.4.1. Características de las facultades morales.

Los derechos morales del autor se encuentran relacionados con la esfera personal del creador y lo protegen en relación el estrecho vínculo que se crea con la obra.

Estas prerrogativas se revisten con la característica de esencialidad por expresar un mínimo de derechos exigibles para la tutela legal de la creación artística. El cumplimiento por parte del creador de determinados parámetros convertirán lo creado en una obra artística.

⁴⁸ Cfr. DIEZ PICAZO, Luis y GUILLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Tomo III, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1997, pp. 226 y ss.

⁴⁹ Cfr. Artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

⁵⁰ Vid. VARELA MAYOR, Arletys, *op. cit.* p. 39.



Son intrínsecos a la condición de autor, este no puede renunciar a las prerrogativas que lo integran por la condición que le confiere la ley como creador. Lo que propicia otra característica propia de estas facultades: su insubrogabilidad. El autor y solo el autor gozará de la facultad de serlo, alcanzando otra característica de las facultades morales: la imposibilidad de su renuncia. La irrenunciabilidad advierte que serán nulos los contratos que contemplen la abdicación de tales facultades.

Aun cuando sean otorgados al creador por el solo hecho de serlo no son innatos a la persona natural porque la condición de autor es privativa de la persona capaz de materializar una creación artística.

Son inalienables y extrapatrimoniales pues al decir de LIPZYC toda transmisión inter vivos de derechos de autor solo puede involucrar los derechos patrimoniales⁵¹. Esta característica presupone la existencia de su fundamento en inembargables, inejecutables e inexpropiables.

I.4.2 Clasificación de las facultades morales contenidas en el Derecho de Autor.

Las facultades morales se dividen, de acuerdo a su contenido, en negativas y positivas.

Las facultades morales son negativas o defensivas porque entrañan un derecho a impedir o una abstención por parte terceros, o sea, suponen un actuar negativo de la colectividad al no poder realizar intromisiones ilegítimas. No perecen con la muerte del autor ni aun expirado el plazo de protección *post mortem auctoris*, consecuentemente puede reivindicarse la autoría de una obra en cualquier momento, salvaguardando la memoria pretérita del autor. Estas facultades son: el derecho al reconocimiento de la paternidad de la obra y el derecho al respeto a la integridad.

⁵¹ Vid. LIPZYC, Delia, *op. cit.*, p. 157.

Capítulo 1: Elementos esenciales del Derecho de Autor.

Las facultades morales del artista



Las facultades positivas comprenden una actuación del autor y demandan de él una iniciativa y la toma de decisiones con respecto a la obra. Mediante ellas el autor decide si la obra ha de ser divulgada y en qué forma ha de hacerse, si desea modificarla o si quiere retirarla del comercio por haber cambiado sus convicciones morales o espirituales, para transformarla o destruirla, así como acceder al ejemplar único o raro de su obra.

- **Paternidad.**

Importante facultad moral comprende la relativa al reconocimiento de la paternidad de la obra. Es la facultad que tiene el creador a que se le reconozca como autor de su obra con la que manifiesta un estrecho vínculo. Es una facultad innata, surge desde el mismo nacimiento de la obra, no necesita de procedimientos especiales ni formalización de ninguna índole.

La paternidad exige que se reconozca al autor cada vez que la obra es utilizada. No es posible la utilización de la misma sin hacer referencia al nombre del autor. Esta facultad brinda un reconocimiento al creador frente a toda la colectividad, al ser tan importante la creación en sí como el individuo que logró materializar una idea. El creador recibe como compensación social el reconocimiento generalizado por el nacimiento de su obra.

En palabras de LIPSZYC “el derecho a la paternidad comprende a) el derecho de reivindicar: - la condición de autor cuando se ha omitido la mención de su nombre o se hace figurar otro nombre o un seudónimo; - la forma especial de mencionar su nombre-abreviado o con algún agregado-; - el seudónimo o el anónimo cuando ha optado por estos y se hace figurar su verdadero nombre, b) el derecho a defender su autoría cuando ella es impugnada”⁵².

Aun cuando la decisión de exteriorizar su creación sea mediante seudónimo, anonimato, iniciales o cualquier otra forma que prefiera el autor no puede

⁵² *Idem*, p. 167.

entenderse lacerado su derecho al constituir esta vía la escogida por él para el reconocimiento de su obra.

- **Respeto a la integridad de la obra.**

Se reconoce además la posibilidad del autor de ser el único capacitado para transformar su obra a través de las facultades de modificación. La posibilidad de cambiar el resultado obtenido por el autor en un primer instante con su obra adecua la incorporación de nuevos elementos y la supresión de otros. Actividades que puede realizar por gozar de la paternidad de la obra y resultar la misma una consecuencia de su ingenio y creación.

La exclusividad para transformar su obra se evidencia en el reconocimiento de su derecho a velar por la integridad de la misma oponiéndose a las transformaciones ya sea para ampliarla, constreñirla o alterar cualquier parte de su estructura.

La obra concebida por el autor es una, la que materialmente ha tomado forma, su resultado es el querido por él, por lo que proteger la integridad de la obra se traduce en la misma protección que se le brinda al autor. Solo el creador tiene la facultad para modificar, adicionar, cambiar, reestructurar y cuantas ideas se le ocurran sobre lo que ha sido creado por su intelecto y no un tercero ajeno al resultado creativo.

Corresponde al autor ejercitar los derechos para proteger la integridad y el respeto a su obra, recibiendo de la colectividad una inhibición de actuar respecto a la creación.

“Este derecho de asegurar la integridad y autenticidad de la obra tiene, como el derecho al inédito y a la paternidad, una doble cara, un anverso y un reverso, lapidariamente definidos en una decisión pronunciada el 10 de octubre de 1951 por el Tribunal de París: El derecho moral del autor comprende una cara activa que le permite modificar, remodelar o incluso destruir su obra y una cara defensiva que le



da la facultad de velar para que la misma sea respetada, es decir, que no sea modificada ni alterada sin su consentimiento (...)"⁵³

En la misma medida que no puede ser modificado o alterado el reconocimiento del autor sobre su obra no puede ser alterada la obra de determinado autor. La relación bilateral de protección se explica que a un autor le corresponde una obra y viceversa, si modificamos arbitrariamente alguna de estos componentes no se estaría en presencia de la misma relación antes establecida sino, en este caso, se estaría incurriendo en una falta a la dignidad autoral y a la obra en sí.

- **Divulgación**

Esta es la facultad que permite que el autor decida si da a conocer la obra o desea guardarla en la esfera de su intimidad, sin que el público tenga acceso a la misma⁵⁴.

La divulgación no debe confundirse con la facultad patrimonial de publicación. Es una decisión personal del autor que comprende el momento en que la obra ha de ser publicada y la forma en que ha de hacerse. La facultad de decidir la divulgación puede ser tomada por el autor y arrepentirse de ella antes de la publicación, la publicación es divulgación efectiva y es una prerrogativa patrimonial. Sólo al autor, como plantea LIPSYC⁵⁵, corresponde decidir cuándo su obra está terminada y desea que el público la conozca, siendo una facultad potestativa por la cual el autor, antes de ejercitarla, pueda modificar su obra o destruirla.

En cuanto a la forma en que desea ejercer su facultad de divulgación, y hacer efectiva la publicidad de la obra, puede seleccionar el autor hacerlo a través de un seudónimo (nombre ficticio inventado por el autor o nombre artístico), con su propio

⁵³ Vid. RODRÍGUEZ MIGLIO, Leandro citando a REBELLO, Catarina en su obra, *El derecho moral en el mundo contemporáneo*, op. cit. p. 4.

⁵⁴ Es reconocida doctrinalmente esta facultad en su ejercicio negativo como el derecho al inédito.

⁵⁵ Vid. LIPSYC, Delia, op. cit, pp.160-161.

Capítulo 1: Elementos esenciales del Derecho de Autor.

Las facultades morales del artista



nombre o si lo prefiere puede optar por el anonimato, donde existirá para el público un total desconocimiento del autor⁵⁶

- Retracto o arrepentimiento⁵⁷.

Se le reconoce al autor su derecho al retracto el cual puede ser analizado como la facultad de retirar la obra puesta en el tráfico una vez que ha decidido que no se corresponde con sus intereses actuales o que de alguna manera interfiere con sus concepciones, previendo las necesarias indemnizaciones al respecto.

Aun cuando no es reconocido legalmente en las legislaciones de muchos países como es la situación de Cuba, el autor tiene la facultad de arrepentirse de su creación porque la idea plasmada en su momento no se corresponde con lo que siente o con lo que necesita expresar en los tiempos actuales. Prefiriendo el autor retirar la obra del comercio, resultando imposible que pueda recuperar los discos, los libros o los cuadros ya vendidos pero sí imposibilitar la nueva reproducción de los mismos.

La regulación de este particular brindaría la posibilidad efectiva del autor de proteger su prestigio y dignidad sin tener que cargar de por vida con una manifestación incongruente con sus actuales convicciones. No es necesario que el autor, para retirar la obra, demuestre que han cambiado sus convicciones morales o espirituales, pues estas solo integran la subjetividad del artista y resultaría imposible su probanza, basta con que las alegue para que pueda ejercitar esta facultad.

Es como plantea LIPSZYC⁵⁸, una facultad excepcional que se opone a la fuerza obligatoria de los contratos, por un lado el *pacta sunt servanda* y de otra parte la

⁵⁶ Vid. VICENT LOPÉZ, Cristina, *Derechos de autor sobre la obra plástica enajenada*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2001, pp. 35 y ss.

⁵⁷ Para COLOMBET, en citas de LIPSZYC "la expresión derecho de retracto o arrepentimiento alude a las fases de la operación: el arrepentimiento se refiere a la fase interna: la mental, y el retracto a la externa: la manifestación de voluntad del acto mismo", Vid. LIPSZYC, Delia, *op. cit.*, p.172.

⁵⁸ *Idem.* p. 173.



libertad de pensar que entraña la libertad de cambiar de opinión. En el caso en que el autor ya haya firmado contrato para la publicación de la obra, deberá ante la resolución unilateral del mismo, indemnizar a la otra parte por los perjuicios que haya podido ocasionar con el ejercicio de esta prerrogativa moral.

- **Facultad de acceso al ejemplar único o raro de la obra.**

Para VICENTE DOMINGO “Las obras de arte, además de ser bienes de consumo de élites, son un producto del ingenio humano, de la capacidad creativa del artista y del talento. No son productos fabricados en masa. Por el contrario, son obras únicas e irrepetibles que entran en el mercado porque ellos las crean, salen *ex novo* de sus dotes artísticas. Nadie se las ha transmitido y se ponen por primera vez en circulación cuando, después de haberlas creado, el artista decide enajenarlas”⁵⁹.

Una vez que el resultado artístico ha salido de la esfera íntima de su creador para formar parte activa del patrimonio de otro sujeto, le son dable al primero la perpetuidad de sus derechos como autor. La enajenación del cuerpo artístico no supone la entrega de facultades inherentes al creador.

En este sentido coexisten dos derechos de naturaleza diferente la propiedad ordinaria del titular legal del bien y los derechos autorales que le asiste al creador. Ante esta situación es analizado por ESPÍN CÁNOVAS que la consecuencia de la adquisición de la propiedad material del ejemplar no debe impedir al autor seguir ejerciendo las facultades patrimoniales no transferidas, ya que la enajenación de una obra de arte no transmite, por ese solo acto, ninguna otra facultad patrimonial.⁶⁰

El acceso al ejemplar único o raro de la obra permite al autor ejercitar sus derechos autorales cuando su creación ha dejado su esfera íntima. Su estructuración como

⁵⁹ Vid. VICENTE DOMINGO, Elena, *El droit de suite de los artistas plásticos*, Editorial Reus, Madrid 2007, p.23.

⁶⁰ Vid. ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Los derechos del autor de obras de arte*, Editorial Civitas, Primera Edición, Madrid, 1996, p. 100.



facultad moral, no es aceptada con pasividad por toda la doctrina pues su ejercicio comprende tanto las morales como las patrimoniales, llegando a expresarse su carácter ambivalente.

Lo cierto es que en consonancia con lo expresado por ROGEL VIDE⁶¹ con independencia de la localización que le corresponda, el acceso es un derecho, una facultad instrumental, que por sí sola carecería de sentido, pues no se busca con ella lograr «la mera contemplación de la obra contenida en un ejemplar único o raro», sino de utilizarla como precedente para ejercitar otras facultades morales que le atañen al autor o sus causahabientes o las patrimoniales que no hayan sido transferidas a quien posea el ejemplar.

El acceso al ejemplar único o raro permite que el autor ejercite derechos en sí no es la mera contemplación de la obra, sino la posibilidad de fotografiarla o de firmarla, lleva implícito la realización de una facultad. En el sentido del propietario debe operar un indemnización que repare los daños que pueda causarle tal acción, en palabras de VARELA MAYOR “El acceso al original de la obra no puede imponer más limitaciones al libre ejercicio del derecho de propiedad que ostenta el propietario del soporte, por tanto, cuando se lleve a cabo debe hacerse en la forma y el lugar que determine el propietario del cuadro, quien deberá ser indemnizado por los daños y perjuicios que se le causen en su ejercicio”⁶².

I.4.3 Facultades patrimoniales ejercitables por el autor

Para ANTEQUERA PARILLI “El derecho patrimonial, también conforme a las variables propias de cada legislación nacional, está conformado por cualquier forma de explotación de la obra, salvo excepción legal expresa, y comprende, entre otros derechos, el de elaboración o modificación, el de comunicación pública, el de reproducción y el de distribución, además de otros derechos a recibir una remuneración, referidos a determinados géneros creativos (como el *droit de suite*

⁶¹ Vid. ROGEL VIDE, Carlos, *Estudios completos de propiedad intelectual*, Vol. IV, Tomo III, Editorial Reus, Madrid, 2009, *op. cit.*, p. 67.

⁶² Vid. VARELA MAYOR, Arletys, *op. cit.*, p. 73.

Capítulo 1: Elementos esenciales del Derecho de Autor.

Las facultades morales del artista



o de participación en el precio de la reventas de las obras de artes plásticas) o de algunas formas de utilización de las obras como la retribución compensatoria por la reproducción reprográfica de obras expresadas por escrito, o por la grabación privada de obras sonoras y audiovisuales”⁶³

Las facultades patrimoniales, no serán profundizadas en el presente trabajo por no constituir su objeto de estudio, componen el amasijo de posibilidades pecuniarias brindadas al autor sobre su creación. Consiente la remuneración económica de su actividad creativa, permitiéndole una compensación monetaria sobre lo que crea. La necesaria fundamentación pecuniaria de la actividad creativa se sustenta en la equiparación con cualquier otra actividad laboral donde se despliegan elementos importantes como son: la utilización de un tiempo determinado para lograr el fin requerido acompañado de un esfuerzo y el desgaste tanto en el plano físico como mental.

⁶³ Vid. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *La transmisión del Derecho de Autor y la explotación de la obra por terceros*, Documento OMPI/DA/JU/COS/92/7, presentado en el Seminario Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para jueces de Centroamérica y Panamá, San José, Costa Rica, 1992 pp. 1 y ss, en formato digital.



Capítulo II: El tatuaje como manifestación de las artes plásticas. El Contrato de obra por encargo

II.1. Las obras plásticas. Las características especiales de la pintura

La obra plástica representa un término identificativo de determinado grupo de obras, resultando compleja una definición aceptada de la misma. La doctrina le reconoce como artes plásticas, obras de artes figurativas, obras artísticas, obras de artes plásticas, obras de las artes visuales, artes bellas, entre otras clasificaciones que se utilizan para referirse a las tradicionales obras de la plástica como: la pintura, la escultura, el dibujo, la arquitectura y el grabado.

Algunas legislaciones internacionales⁶⁴ asumen la acertada postura de realizar una enumeración ejemplificativa de las obras que pueden considerarse protegidas por el Derecho de Autor. A tenor de lo expresado la creación artística trasciende a lo estipulado en una norma legal, la imaginación será siempre constante en su proceso creativo, predominando la amplitud de creaciones existentes en la mente del individuo por lo que el marco de reconocimiento a las obras no puede ser estricto.

El Convenio de Berna reconoce como obra plástica en su artículo 2.1 a las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado y litografía, regulando además las obras de artes aplicadas y obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias⁶⁵.

La Ley 14/77, Ley de Derecho de Autor cubana⁶⁶ recoge, dentro de las obras protegidas a la pintura y otras modalidades de obras que encajan en las llamadas

⁶⁴ Cfr. Artículos 10,11 y 12 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual española, artículo 13 de la Ley Federal del Derecho de Autor mexicana, artículo L. 112-1 y ss del Código de Propiedad Industrial de Francia.

⁶⁵ Cfr. Artículo 2.1 del Convenio de Berna.

⁶⁶ Cfr. Artículo 7 y 8 de la Ley 14/77, Ley de Derecho de Autor cubana.



obras plásticas, enumerando algunas de ellas pero dejando abierta la posibilidad de que existan otras que no estén contempladas entre las mencionadas en la ley, por la gran cantidad de creaciones que en esta manifestación existen. La Resolución 5/2002 del Ministerio de Cultura emplea en su artículo primero la expresión de obras de artes visuales, entendiéndolas como las que poseen características comunes al valerse de la utilización de la imagen fija como forma de expresión.

Las especiales características de las obras plásticas la diferencian con las demás obras. BAYLOS CORROZA manifiesta que son las obras pictóricas “aquellas en que actúan como medios expresivos los trazos o los colores impresos bidimensionalmente en una superficie. Comprenden el dibujo, la pintura, el grabado en sus diferentes manifestaciones y modalidades”⁶⁷.

La obra plástica precisa ser desarrollada fundamentalmente por las manos⁶⁸ del artista, o sea, se manifiesta la ejecución directa de la misma. El autor sueña y ejecuta la creación imprimiéndole el sello de su personalidad, dotado de su destreza y habilidad.

Para al catedrático BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO las obras de artes plásticas “son aquellas que se manifiestan por medio de la forma y el color, se da forma o color a la materia preexistente. De ahí la importancia de las líneas, los planos, las dimensiones, los volúmenes, la intensidad y la variedad de los colores y sus tonalidades”⁶⁹.

⁶⁷ Vid. BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal*, 2da Edición, editorial Civitas, Madrid, 1993, p.243.

⁶⁸ Este término se emplea sin pretender ser restrictivos o discriminatorios, pues la historia recoge grandes pintores que por limitantes físicas no pintaban con sus manos sino utilizando otras partes del cuerpo como es el caso de los pies. La utilización del vocablo referido a las manos solo es en función de representar el vínculo directo entre la creación y la ejecución por el propio artista y no por una máquina determinada.

⁶⁹ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentarios al artículo 10 de la Ley de propiedad Intelectual”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1997, p. 179.



II.1.1 Características de las obras plásticas.

La manifestación de la originalidad en la obra plástica supone la concepción subjetiva del término. No debe confundirse novedad con originalidad. La novedad supone la aparición de una invención no comprendida en el estado de la técnica, o lo que se conoce como la inexistencia manifiesta de una invención registrada igual. La novedad es un requisito distintivo de la propiedad industrial, se requiere la novedad científica para patentizar determinada invención mientras que el Derecho de Autor solicita la originalidad como elemento diferenciador.

Expresa COLOMBET “La originalidad es la piedra de toque en el Derecho de Autor, y debe diferenciarse de la novedad, concepto perteneciente a la propiedad industrial”⁷⁰. Este autor plantea que la originalidad es apreciada de un modo subjetivo, como resultado de un proceso de creación personal del autor, mientras que la novedad supone un criterio objetivo, debido a que tiene lugar cuando aparece una determinada creación sin existir otra anterior e igual.

La originalidad en la obra plástica supone el reflejo de la personalidad del autor en la obra, no se necesita pintar algo que no haya sido pintado con anterioridad⁷¹, o tratar un tema que no haya sido representado antes por las manos de otro artista, sino se trata del elemento subjetivo que le imprime cada persona a las obras hechas por sí. Este elemento impregna la obra de la necesaria distinción entre un artista y otro.

DESBOIS plantea que “es suficiente para que una obra de lugar a derechos de autor, con que esta sea original, en el sentido subjetivo del término; no es, en modo alguno, necesario que sea nueva, en sentido objetivo (...)”⁷². En igual sentido es manifestado por Shu ZHANG “la originalidad es la marca de la personalidad

⁷⁰ Vid. COLOMBET, Claude, *Grandes Principios del Derecho de Autor y los derechos conexos en el mundo. Estudio de Derecho comparado*, Editorial UNESCO/CINDOC, Tercera edición. 1997, p. 12, en formato digital.

⁷¹ Se ha dicho que las obras plásticas que se basan en una obra preexistente, como las copias en el caso de la pintura, poseen una originalidad relativa pero siempre se distinguen de la que sirvió de inspiración por poseer el sello personal del artista. En el mundo de la plástica esto se llama apropiación.

⁷² Vid. DESBOIS, *Le droit d’auteur en France*, Editorial Dalloz, París, 1978, pp.5 y 9.



resultante del esfuerzo creador, mientras que la novedad se define como la ausencia de homólogo en el pasado”.⁷³

La originalidad supone una escala dentro de su categoría, así como expresa ORTEGA DOMÉNECH “hablar de obras absolutas y relativamente originales supone establecer una graduación dentro de la originalidad”⁷⁴. Entiéndase que la originalidad de una obra derivada se encuentra en la obra que ha servido de inspiración a la misma, resultando verdaderamente original la obra inicial, siendo evidentemente fruto de la creación intelectual del autor. La obra debe reflejar el esfuerzo creativo y el ingenio del autor, elementos estos que permitirán diferenciar el trabajo de dos autores que han decidido pintar el mismo paisaje⁷⁵.

En las obras plásticas se hace necesaria la presencia de un mínimo de originalidad donde, quede válidamente establecida la diferencia con otras obras de temática similar o, que manteniendo similar temática se modifique la forma en que son realizadas. Sin desechar la confluencia de la originalidad cuando el tema tratado no ha sido expuesto o su exteriorización sea desconocida hasta el momento. Resulta válido aclarar que la originalidad se puede encontrar presente en dos momentos de la obra: en el momento de la concepción o en el momento de la ejecución.

Inexcusable resulta en la obra plástica la utilización mezclada de la materia, el color y la forma. El resultado visible de la obra precisa de estos pilares para lograr un efecto evidente en la vida del ser humano. La composición creativa de cada uno de estos componentes acarrea una amplia gama de posibilidades desde el punto de

⁷³ Vid. ZHANG Shu, *La protection internationale des droits de la propriété intellectuelle: évolution et actualité*, Editorial Litec, París, 1994, p 77.

⁷⁴ Vid. ORTEGA DOMÉNECH, Jorge, *Obra Plástica y Derechos de Autor*, Editorial Reus, Madrid.2000, p 86.

⁷⁵ Ejemplo de esto constituye la obra: “*El puente Ohashi en Atake bajo una lluvia repentina*” del pintor japonés Utagawa Hiroshige, encontrada en su serie: “*Cien famosas vistas de Edo*”, realizada en el período de 1856 y 1858, empleando como técnica la xilografía. El artista Vincent VAN GOGH durante 1887 realiza una interpretación de esta obra bajo el nombre de: “*Japonaiserie: Puente bajo la lluvia*” con una técnica de óleo sobre lienzo. Vid. SATO, Tomoko: “*Arte japonés*”. Editorial Lisma, Madrid, 2009, p. 117.



vista creativo, viabilizando para el artista la expansión de sus sentidos y la creación sin restricciones.

La necesidad de un soporte conlleva a la expresión en un elemento concreto. La utilización de una determinada materia traerá como consecuencia directa un determinado resultado y enmarcará la impronta personal del autor. Hans HOFMANN señala sobre los medios de expresión de una obra que estos “constituyen los medios materiales gracias a los cuales se da forma a ideas y emociones. Cada medio de expresión tiene unas características y una vida propias, de acuerdo con las cuales son visualizados los impulsos creadores”⁷⁶.

Los colores representan las emociones del autor. Resaltan las relaciones directas de los hombres con el medio que lo circunda, estableciendo a través de la gama de colores sus sensaciones. Para HOFMANN, en citas de ORTEGA DOMÉNECH, los colores simbolizan “en sentido científico un estado específico de la luz, en el sentido artístico la percepción de las diferencias plásticas y psicológicas de la cualidad de la luz. Esas diferencias se conciben como intervalos de color, similares a las tensiones, la expresión de fuerzas relacionadas entre dos o más formas sólidas. En la naturaleza la luz crea la sensación de color; en un cuadro el color crea la luz”⁷⁷. Los colores expresan la idea sobre el soporte, la aplicación de estos o la ausencia de los mismos es lo que verdaderamente cobra vida.

La forma posibilita elegir las dimensiones perfectas para la creación, así como los elementos que trascenderán de la obra. Al decir de Herbert FERBER “los medios son importantes, pero lo que nos interesa es la expresión de una relación con el mundo.

⁷⁶Hans HOFMANN plantea además que el artista debe no solamente interpretar su experiencia de la naturaleza de modo creador, sino que debe ser capaz, además, de trasladar su sentimiento de la naturaleza a una interpretación creativa del medio de expresión. Vid. CHIPP, Herschel B., *Teorías del arte contemporáneo. Fuentes artísticas y opiniones críticas*, Editorial Akal, Torrejón de Ardoz, Madrid, 1995, p. 572.

⁷⁷Vid. ORTEGA DOMÉNECH, J., *op. cit.* p. 47.



La verdad y la validez no pueden estar determinadas por la forma de los elementos del cuadro⁷⁸.

En una obra plástica la durabilidad de un material no impide que el autor desarrolle en la misma toda su concepción interior y la ejecución se realice sin problemas. La duración de la obra plástica no es el tema central de atención en la protección de la misma sino el modo de ejecución por parte del artista.

En consonancia con esto CASAS VALLÉS defiende que “la naturaleza del material o soporte empleado por el artista, su carácter noble u ordinario, duradero o efímero, son del todo irrelevantes (papel, mármol, chocolate, nieve)”⁷⁹. Lo trascendente es la obra en sí, el resultado obtenido por el artista sin miramientos al tiempo que esta creación estará en el medio físico.

II.1.2. Características especiales de la pintura.

Las obras plásticas recogen dentro de su extensa gama a la pintura, conceptualizada como “arte de representar imágenes reales, ficticias o simplemente abstractas, sobre una superficie que puede ser de naturaleza muy diversa, por medio de pigmentos mezclados con otras sustancias orgánicas o sintéticas. Se caracteriza por su bidimensionalidad que la distingue de la obra escultórica”⁸⁰. La pintura presenta componentes reputados en únicos, amén de poseer los elementos analizados en el subepígrafe anterior, al estar presente la unicidad entre la creación y el soporte que le da vida a la obra y la especial relación que existe entre la concepción y la ejecución

- Unicidad de las obras pictóricas.

La necesaria exteriorización de las ideas artísticas en un soporte conlleva a la constitución de un todo único entre ambas. El cuerpo palpable de la obra se representa por un objeto afianzado en los postulados de los bienes materiales, o

⁷⁸ Vid. CHIPPE HERSCHEL, B., *op. cit.*, pp. 603 y ss.

⁷⁹ Vid. CASAS VALLÉS, “*La protección de los artistas plásticos en el derecho español*”, en I Congreso Iberoamericano de Propiedad intelectual, tomo I, Madrid, 1991, p. 260, en soporte digital.

⁸⁰ Vid. CHIPPE HERSCHEL, B., *op. cit.* p. 573.



sea, contenido dentro de la propiedad ordinaria, mientras que la obra en sí comprende a la propiedad intelectual del creador. Esta desmembración (ficticia) entre dos propiedades diferentes es denominada en la doctrina como *corpus mysticum* (bien inmaterial) y *corpus mechanicum* (bien material).

Palpable resulta que no puede desprenderse el material donde ha sido representado la pintura para dejar solamente la creación intelectual, por ende, se constata una unicidad entre las materias, una confluencia física marcada por una relación de dependencia. La creación intelectual necesita del cuerpo físico para lograr exteriorizarse y solo en él se logra la representación pictórica deseada por el artista.

Dependiendo del material utilizado serán las características de la obra. Tanto el tamaño como los colores se conjugan con el soporte para dar un resultado único a lo creado. Esta correlación directa ofrece un elemento diferenciador de las obras plásticas con otros tipos de obras: la confusión de la obra como creación intelectual y el elemento físico que le sirve de soporte.

La destrucción del soporte representa la destrucción de la obra en sí, pues esta palidece ante la idea de la contemplación de la misma. La obra plástica una vez destruida desaparece para siempre (se refiere a la obra en sí sin que esto incluya la posibilidad de demostrar que existió a través de medios como la fotografía), pues aun cuando el autor decida realizar nuevamente la obra el resultado será una nueva, fruto de su impronta personal.

La relación directa entre el soporte escogido por el artista y la idea exteriorizada se estrechan en un punto tan preponderante donde la presentación de la misma depende en gran medida del soporte elegido. El soporte no es la simple forma de representar la obra sino es la relación directa entre la idea y la exteriorización, el soporte es el instrumento elegido como idóneo para encarnar el mundo espiritual del artista.



- Bidimensionalidad.

Resulta cuestionable si las obras pictóricas se representan solamente sobre el ancho y el alto de un determinado cuadro. La estandarización de la pintura sobre un objeto plano ha sido tradicionalmente la diferencia física para distinguirla de la escultura.

Las tendencias modernas contemplan una extrapolación de la bidimensionalidad presente en los inicios de la pintura, al manifestarse en corrientes actuales como el *performance* o acción artística, donde se conjugan diferentes aspectos para crear un resultado cuya finalidad no sea la obra en sí sino los sujetos que intervienen en su creación⁸¹.

En igual sentido es desarrollada la tendencia del *Optical Art* u *Op. Art* al concluir la Segunda Guerra Mundial y surgir una nueva generación de artistas abstractos. Es un movimiento artístico donde el creador exige del espectador una actitud activa para la interpretación del mismo al tratarse de cuadros al relieve que entrañan una cierta profundidad.

-La ejecución de la obra: Concepción y ejecución.

La pintura posee como consecuencia directa la realización de la misma por las manos del autor, o sea, no se piensa en una pintura sino es realizada directamente por su creador. La ejecución directa de la obra plástica impide que sea otro el que pueda realizarla e imposibilita la reproducción presente en otras ramas del arte como es la literatura o la música.

La impronta personal del autor queda plasmada en la ejecución de la obra, cuando es una parte de su cuerpo quien la ejecuta. En razonamiento de ROGEL VIDE “es

⁸¹El *performance* tributa al arte corporal, conjugándose cuatro elementos básicos: tiempo, espacio, el cuerpo del artista y una relación entre éste y el público. La ejecución se basa en la improvisación de escenas que provoque asombro entre los espectadores al interactuar con las personas pintadas. Descollante en esta modalidad artística resulta el artista cubano de la plástica MENDIVE, a quien se le entregó en días pasados el título de Doctor *Honoris Causa* de la Universidad de las Artes de Cuba.



que se puede dictar una partitura o una novela, mas no se puede dictar una escultura o un cuadro, pues si le digo a alguien qué y cómo tiene que esculpirla una, o pintar el otro, sin hacerlo personalmente el autor de la una y del otro, será él y no yo, que no pasaría de ser inspirador, a lo más, sin que, de tal consideración resulte, para mí, titularidad ni derecho de autor alguno. En suma, el que pinta o esculpe, aunque reciba indicaciones, precisas incluso, de otra persona, es el autor de la obra pintada o esculpida”⁸².

“Toda obra, incluso el original, es interpretación de una concepción plástica, puesto que se somete a una sensibilidad y capacidad técnica personal. La propia existencia lingüística de las dos expresiones, “autor plástico” y “artista plástico”, parece probar esta dualidad; la primera expresión parece querer afectar en mayor grado el aspecto de la creación abstracta mientras la segunda parece conectarse con la ejecución”⁸³.

En palabras de BERCOVITZS queda debidamente expresado lo sucedido en el caso de la pintura al resultar imposible disolver la concepción de la ejecución. Estos dos momentos se unifican al encontrarse estrechamente relacionado el autor (que posee la idea artística o concepción) con la confección de la obra. Aun cuando el pintor se encuentre realizando una obra considerada por encargo, estará presente su personalísima interpretación de lo deseado por el contratante, facturando con sus propias manos el cuadro.

II.2 Consideraciones históricas sobre el tatuaje

El tatuaje ha logrado subsistir a la par de la humanidad, pues ha manifestado su relación intrínseca desde los inicios del hombre. “El tatuaje, tan antiguo quizás como el problema de la belleza humana, ha recorrido un largo y no siempre evidente camino. Unas veces ha sido intensamente ritual, otras, práctica execrada

⁸² Vid. ROGEL VIDE, Carlos, *Estudios completos de Propiedad Intelectual*, Vol III, Editorial Reus, Madrid, 2009, p. 67.

⁸³ Vid. BERCOVITZ, Germán, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Editorial Tecnos, Madrid, 1978, p.67



o marginal: y finalmente sobre todo la segunda mitad del siglo XX ha desempeñado la peculiar misión de interrelación entre las dos vías diversas del quehacer, teórico y práctico, del hombre sobre la belleza, de manera que el tatuaje se ha atrevido a presentarse como integración, como belleza escrita sobre el cuerpo”⁸⁴.

A razón de lo expresado por MATEO PALMER el tatuaje ha cumplido diferentes funciones dentro de la sociedad en el extenso período de su recorrido hasta el presente. La ineludible presencia del tatuaje en las culturas antiguas demuestra su consumación, siendo utilizado por los indios americanos, los egipcios, los habitantes de la Polinesia, los romanos y los griegos.

La expresión tatuaje proviene de la palabra inglesa: “*tattoo*” y esta a su vez del término samoano: “*tátau*”, que significa marcar o golpear dos veces, siendo este último el método tradicional de aplicar los diseños y las plantillas. La utilización en Europa fue introducida en el siglo XVIII por el explorador inglés *James Cook*⁸⁵, tras uno de sus viajes por los Mares del Sur⁸⁶. Su incorporación al español se debe al vocablo francés: “*tatouage*”.

Los tatuajes se practicaron dentro de la comunidad euroasiática en tiempos neolíticos. Vestigio de esto lo certifica la momia humana natural más antigua de Europa conocida como: “*Hombre de Hielo u Otzi*”⁸⁷. En su cuerpo se encontraron conjuntos de tatuajes en la muñeca izquierda, dos en la zona lumbar de la

⁸⁴ Vid. MATEO PALMER, Margarita, *op. cit.*, p.17.

⁸⁵ James COOK (27 de octubre de 1728-14 de febrero de 1779) es reconocido como un navegante, explorador y cartógrafo británico. Entre sus logros más conocidos se encuentran sus viajes por el Océano Pacífico cuyo resultado se encuentra en la cartografía naval de grandes áreas de este océano. Fue este en 1796 quien observando la primitiva práctica desarrollada en las islas de la Polinesia refirió tatu como onomatopeya de la voz indígena que designa al Dios Tohu, padre de la noche y creador de todos los dibujos de la Tierra.

⁸⁶ Vid. Sentencia T-030/04 de La Sala Novena de revisión de la Corte Constitucional de Bogotá, D.C. en fecha 22 de enero 2004. Ponente Clara Inés Vargas Hernández. Sitio web: www.corteconstitucionaldecolombia, consultado el 25 de febrero del 2015.

⁸⁷ Otzi u hombre de Similaun u hombre de Hauslabjoch fue encontrado el 19 de septiembre de 1991 por dos turistas alemanes en los Alpes de Otztal perteneciente a la frontera de Austria e Italia. Inicialmente se consideró como un cadáver recientemente muerto hasta que las pruebas de laboratorio confirmaron su longevidad de casi 5 300 años, lo que ubica su tiempo real en el año 3 300 antes de Cristo.



espalda, cinco en la pierna derecha y dos en la izquierda. Estos se configuran en pequeños grupos de tres o cuatro rayas paralelas que no forman un dibujo reconocible⁸⁸. Su ubicación y estudios a través de rayos X determinaron que Otzil pudo sufrir de artritis, sosteniéndose la hipótesis que los tatuajes pudieron tener una finalidad mágica curativa.

Antes de este descubrimiento se consideró como el primer vestigio del tatuaje los encontrados en la momia egipcia Amunet, sacerdotisa de la Diosa Hator, que vivió en el año 2 200 antes de Cristo. Su tatuaje representa una abstracción del tipo criptográfico, figurando un diseño puntiforme con un delicado dibujo elíptico localizado en la zona hipogástrica y que se encuentra relacionado con la fertilidad⁸⁹.

El tatuaje egipcio se relacionaba con el lado emocional de la vida, tradicionalmente asociado con la magia, la protección y el deseo de la persona tatuada de identificarse con el espíritu de un determinado animal. Entre sus usos se encontraba la importancia concedida en el campo de batalla al sorprender al enemigo y de esta forma asustarlos⁹⁰. Igual método fue utilizado por las antiguas poblaciones británicas al tatuarse la cara y el cuerpo infundiendo temor en las filas enemigas.

El área geográfica que comprende las islas reconocidas como Polinesia es reconocida con la tradición tatuadora más amplia a escala global. La tribu de los maoríes resalta por la utilización ornamental y el fuerte lazo comunal capaz de ser creado por los tatuajes. Este comenzaba a tempranas edades, recorriendo la

⁸⁸ Vid. Prensa digital: “*Tatuajes de 5 000 años*”. En el diario: El País, fecha 5 de marzo 2009. Sitio web: www.elpais.com, visitado 17 de febrero de 2015.

⁸⁹ Vid. DEL SOL, Chelsea, *Artistas de la piel*, en <http://www.tribuna.cu/salud/2015-03-15/artistas-pie>, visitado el 15 de marzo de 2015.

⁹⁰ Vid. Sentencia T-030/04 de La Sala Novena de revisión de la Corte Constitucional de Bogotá, D.C. en fecha 22 de enero 2004. Ponente Clara Inés Vargas Hernández. Sitio web: www.corteconstitucionaldecolombia, consultado el 25 de febrero del 2015.



transición de niño a adulto, hasta que no quedara parte del cuerpo sin cubrir. Cada porción era tatuada según la experiencia y victoria de cada uno de sus portadores.

Las formas escogidas representaban figuras geométricas, espirales y puntos, diferenciando las mujeres al presentar más arabescos que los hombres. El tatuaje cobraba un sentido de jerarquización y respeto dentro de la comunidad, interpretándose que mientras más tatuajes se poseían más respeto infundía dentro de la tribu.

El moko se reconoce como el tatuaje facial tradicional identificativo del maorí marcando el clan al cual pertenecía. Este contaba la historia personal de su portador, cada uno de sus triunfos. En correlación, la mujer utilizaba el signo tradicional sobre el mentón indicativo de su unión con un guerrero.

En América del Norte la utilización por los indígenas se evidenció en los rituales de paso, protegiendo el alma del iniciado con los tatuajes. Mientras que en América Central eran empleados como recordatorio de los caídos en batalla y expresión de adoración a los dioses. En América del Sur su utilización no fue manifestada de igual forma pues correspondió a pinturas no permanentes, realizadas por pigmentos de flores y grasas vegetales y animales, la labor de decoración de los cuerpos. Aunque los aztecas utilizaron el tatuaje con un significado religioso y de poder, colocándolos en determinadas áreas del cuerpo a las cuales les atribuían cierto poder concentrado, razón por la cual sus tatuajes eran relacionados con importantes deidades y en lugares como el pecho y las muñecas⁹¹.

En el caso de la cultura asiática sobresale Japón, al presentarse con la terminología: “irezumi”⁹² su modo de tatuar. Es descrito por comerciantes chinos

⁹¹ Vid. ROCHA RIVERA, Diana Erika, *El tatuaje como escritura*, en sitio web: [http://201.147.150.252:8080/jspui/bitstream/123456789/2856/1/EL_TATUAJE_COMO_ESCRITURA\(2\).pdf](http://201.147.150.252:8080/jspui/bitstream/123456789/2856/1/EL_TATUAJE_COMO_ESCRITURA(2).pdf), visitado el 8 de mayo de 2015.

⁹² Irezumi es un vocablo japonés referido a la inserción permanente de la tinta bajo la piel. Se reconoce como una forma de tatuar.

Capítulo 2 *El tatuaje como manifestación de las artes plásticas.* *El Contrato de obra por encargo*



los diseños de los tatuajes durante el período Yayoi⁹³ resaltando su significación social y distintiva de status social. Situación diferente se encuentra en el período Kofún (250-538 después de Cristo) al considerarse los tatuajes en un sentido negativo, utilizándolos en los criminales como castigo.

Marca el período Edo⁹⁴ el cambio en la cultura japonesa sobre el tatuaje decorativo al comenzar los artistas de la xilografía a tatuar. El delicado arte de grabar sobre la madera, llevado a la pintura sobre los cuerpos fue el salto superior que permitió a los artistas japoneses lograr técnicas propias que cimentaron un estilo único reconocido a nivel internacional⁹⁵.

Por su parte la Iglesia no apoyó la praxis artística del tatuaje prohibiendo su utilización. Fundamentando sobre la base de la creación humana a imagen y semejanza de Dios resultando inadecuada cualquier alteración provocada al cuerpo. El Papa Adriano I tuvo a su cargo esta prohibición la cual fue antes adoptada por el emperador Constantino en el siglo III antes de Cristo⁹⁶. A pesar de estas limitaciones se permitía en las guerras religiosas tatuarse crucifijos a los guerreros.

Durante el período de la Segunda Guerra Mundial su utilización marcó entre los soldados un símbolo de identidad y honor. Representaba la pertenencia a un determinado escuadrón al cual debían enorgullecer con sus actos y resultados. En sentido contrario los nazis en sus campos de exterminio tatuaban a los prisioneros

⁹³Período comprendido entre 300 antes de Cristo y el 300 después de Cristo. Tiempo que marca la utilización del metal con fines más acabados.

⁹⁴Período comprendido entre 1603 y 1868 donde Japón asume cambios en su política social aperturando su comercio al mundo y en el orden espiritual el neo-confucionismo gana adeptos.

⁹⁵Consúltese para ampliar sobre el tema a CANTERO MÁRQUEZ, Juan Pedro, *Horimono: El tatuaje tradicional japonés*, en <http://www.ugr.es/~feiap/ceiap2v1/ceiap/capitulos/capitulo02.pdf>, visitado el 8 de mayo de 2015.

⁹⁶La biblia postula en uno de sus apartados en el libro de levítico “19:28 No se hagan cortes en su cuerpo por los muertos; no lleven inscripciones o tatuajes en su cuerpo: ¡Yo soy lahvél”, La Biblia, Editorial Madrid: Verbo divino, Madrid, 2003, p. 165.



con un doble significado: identificarlos y humillarlos al prohibir la ley judía las marcas en el cuerpo⁹⁷.

La historia del tatuaje no pudiera analizarse sin la arista dedicada a la relación distintiva del sujeto dentro de una banda. La utilización de determinados símbolos identifica la pertenencia o no a un específico grupo social. En este caso se encuentra Japón que a través de la *yakuza* o su traducción como una arista importante del crimen organizado en este país. Entre los miembros de esta secta el tatuaje posee un elemento identificativo a la par que establece el rango y tiempo en la misma. Se inicia con un dibujo pequeño que aumenta según méritos y prestigio⁹⁸.

En el caso de México y Centroamérica las iniciales “MS” representan a la banda Mara Salvatrucha, formada en Estados Unidos en 1980 por inmigrantes salvadoreños que fueron deportados a Centroamérica y México. Poseen un sistema gráfico de decoración corporal que incluye leyendas como: “la vida loca” y motivos como calaveras, cruces gamadas, ataúdes, telarañas, alacranes, lágrimas y el símbolo de la comedia y la tragedia, colocados en el pecho, los codos, los nudillos y entre el dedo pulgar e índice⁹⁹.

A tenor de esta utilización marginal del tatuaje se recrea una situación de desagrado social, estableciéndose ciertos tabúes segregadores de los individuos que mostraban un tatuaje en su cuerpo. Este contexto sumado a los nuevos adelantos científicos en el campo de la medicina favorecieron que la sociedad asumiera la postura analizada por VELIZ en sus palabras “(...) La práctica del

⁹⁷ Vid. CORTES SARMIENTO, Miriam, *Tatuajes: Linaje, ornamento e identidad*, Centro Regional de Investigación en Psicología, Volumen 5, Número 1, 2011, p. 70 en http://www.conductitlan.net/centro_regional_investigacion_psicologia/65_tatuajes_ornamento_identidad_jovenes.pdf, visitado el 8 de mayo de 2015.

⁹⁸ El tatuaje de un *yakuza* representa el nombre del clan al que pertenecen y el lema del mismo, mezclándose con elementos como los dragones.

⁹⁹ Vid. ANZIT GUERRERO, Ramiro y FERNÁNDEZ HALL, Lilian, *Por mi madre vivo, por el barrio muero. Maras, clicas o pandillas de Centroamérica y México*. Sitio web: www.aeap.es/ficheros/37f0f227f710fa7801974c83809dfc1b.pdf, consultado el 23 de marzo de 2015.



tatuaje quedó relegado por el conocimiento científico como una costumbre bárbara, propia de estadios humanos muy atrasados”¹⁰⁰.

Aun cuando el rechazo público hacia el tatuaje constituyó un hecho cierto, la práctica de este nunca consiguió ser eliminada. Extremos como los evidenciados en la sociedad japonesas no lograron tal cometido¹⁰¹.

“La práctica del tatuaje irrumpe en la sociedad postindustrial a partir de una preparación de la que aparecen síntomas desde la década del cincuenta, convirtiéndose en un instrumento de compresión de prácticas culturales. Esto significa que el cuerpo humano crea su propio lenguaje con la inscripción dérmica y se convierte en el texto que se lee como parte de la historia personal y colectiva, lo que conlleva a que el discurso corporal alcance un profundo sentido relacionado con los códigos de belleza y con la expresión de un mundo histórico y social dibujado sobre la piel del hombre, en la que dialogan los diferentes contextos que se condicionan. Las nociones que posea una comunidad determinada formarán parte del complejo entramado que es la práctica del tatuaje”¹⁰².

El proceso de transculturación experimentado por el tatuaje dentro del arte occidental alcanza un momento significativo durante la exposición: *Tattoo del American Folk Art Museum* de Nueva York durante el 5 de octubre de 1971 al 28 de noviembre de 1972. Esta primera presentación sobre el mundo del tatuaje en un museo de arte avaló indiscutiblemente la calidad artística del tatuaje y el

¹⁰⁰ Vid. VÉLIZ FLORES, María Victoria, *Introducción al tatuaje*, Revista de Artes Visuales, No. 3, ISSN No. 1024-8439, Consejo Nacional de las Artes Plásticas, Ediciones Arte Cubano, Ciudad de La Habana, 2000, p.60.

¹⁰¹ En el período *Meiji* (1868-1912) o también conocido como la era de culto a las reglas, el gobierno japonés con su intención de apertura al comercio exterior marginó la utilización del tatuaje, obligando a la práctica clandestina del mismo.

¹⁰² Vid. MATEO PALMER, Margarita, *op. cit.*, p. 24.



renacimiento de dicha práctica en los diferentes núcleos sociales y culturales occidentales¹⁰³.

En el año 1981 Samuel O'REILLY crea la máquina electrónica para tatuar con la cual revoluciona la técnica del tatuaje. La patente es otorgada bajo el nombre de demógrafo, esta máquina estaba basada, en su funcionamiento, en un instrumento construido previamente por Tomás ALBA EDISON en 1876, llamada por este "la pluma de Galería de símbolos" cuya función era grabar en el papel¹⁰⁴. La máquina de realizar tatuajes revolucionó el tiempo de duración de los mismos y la belleza del resultado, así como trajo nuevas consecuencias desde el punto de vista de la salud, al enfrentarse los tatuadores a un nuevo medio portador también de enfermedades a través de la agujas que perforan la piel humana y transmiten de individuo a individuo infecciones si no son tomadas las medidas higiénicas sanitarias para ello. El auge alcanzado por la práctica del tatuaje después de la aparición de la máquina de tatuar es innegable.

Razón sustancial posee la escritora MATEO PALMER con sus reflexiones, al tener que depender el reconocimiento moderno del arte del tatuaje a la utilización del cuerpo humano como un soporte artístico¹⁰⁵. El nuevo enfoque social sobre la redimensión artística del cuerpo permite recobrar la esencia inicial del arte tatuador al ser la búsqueda de la belleza y perfección del cuerpo humano su atributo vital.

A partir del declive del siglo XX la sociedad ha experimentado un incremento en la marcación del cuerpo a través de la práctica del tatuaje, sobre todo en la población juvenil, en razonamientos de LE BRETON este resurgimiento se presenta en la

¹⁰³ Vid. MARTÍNEZ ROSSI, Sandra, *La piel como superficie simbólica. Proceso de transculturación en el arte contemporáneo*, http://www.elboomeran.com/upload/ficheros/obras/adelanto_la_piel_2.pdf, consultado el 8 de mayo de 2015.

¹⁰⁴ Sobre el tema consultar la página web: Cuerpo y arte, en <http://www.cuerpoyarte.com>, consultado el 6 de marzo de 2015.

¹⁰⁵ Postulado básico del arte corporal o *body art*, donde el cuerpo es analizado como un material artístico que puede ser pintado de igual manera que sucede con un lienzo. Fenómeno cultural que irrumpió en la sociedad de los años sesenta del pasado siglo con especial auge en Europa y Estados Unidos de América.



época del acrecentamiento del individualismo, la oferta y el consumo, el ritmo de vida vertiginoso, la sobrevaloración de la apariencia y la moda, el culto a la juventud inseparable del culto al cuerpo¹⁰⁶. La realización de tatuajes se ha convertido en la actualidad en una actividad de acentuada relevancia social, practicada por personas de ambos sexos, de diversas edades y clases sociales¹⁰⁷.

En palabras de VELIZ FLORES “El hombre asoció, desde muy temprano en su historia, el tema de la belleza a su modelación, aparejado al realce y preservación, y a la conformación de la hermosura de su cuerpo. Por lo que, la belleza comienza una larga trayectoria, que resulta objeto de reflexión y labor de creatividad, y una configuración estetizante”¹⁰⁸. El tatuaje como elemento simbólico dentro de la figura humana logra modificar la imagen inicial enaltecendo la estética corporal con elementos artísticos.

La evolución del tatuaje ha permitido que la sociedad moderna defienda la posibilidad de mostrar en su cuerpo la belleza artística y ornamental que posee esta modalidad de la pintura. Razón por la cual es posible afirmar que el tatuaje “A lo largo de la historia se ha utilizado como identificación, maquillaje, en algunas religiones; y en el presente gana gran auge artístico en la población mundial”¹⁰⁹.

En la actualidad resaltan múltiples estilos de tatuar, como reflejo ineludible de la evolución artística presente en el tatuaje y su práctica milenaria.¹¹⁰

¹⁰⁶ Vid. LE BRETON, D., *La escena adolescente: los signos de identidad*, traducción FERNÁNDEZ, Mauricio, en Revista: *Adolescence*. París: Esprit du Temps, No 53, p. 590, en formato digital.

¹⁰⁷ Personalidades famosas como Axl ROSE (cantante del grupo *Guns and Roses*), la modelo y actriz Pamela ANDERSON, David BECKHAM (ex futbolista europeo) por solo mencionar poseen tatuajes. En MADRIGAL JIMÉNEZ, Mario Alonso, Representación Social del tatuaje en jóvenes tatuados entre 18 y 25 años de edad, en <http://www.ilustrados.com/documentos/jovenes-tatuados-19112010.pdf>, visitado el 18 de mayo de 2015.

¹⁰⁸ Vid. MATEO PALMER, Margarita, *op. cit.* p. 17.

¹⁰⁹ Vid. CIPRIÁN DÍAZ, Yanet, “*Tatuajes vs perjuicios*”. en <http://www.guerrillero.cu>, consultado el 6 de marzo de 2015.

¹¹⁰ En materia de regulación destaca a la república de Argentina con su Ley número 1897/05 de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires normativizando lo concerniente a las modificaciones corporales (tatuajes, perforaciones, micropigmentación y similares), trata sobre las normas sanitarias, esterilización higiene y bioseguridad así como los primeros auxilios que deben



La *old school*¹¹¹ o escuela tradicional denomina al tatuaje occidental norteamericano conservador, representado por gruesas líneas negras con una escasa gama de colores, predominando el azul, rojo, verde y amarillo, así como la presencia de pocas sombras pero con una fuerte fuerza estilística.

La nueva escuela refiere un tatuaje brillante con presencia de efectos como el volumen. La utilización de una amplia gama de colores con variedad en los tonos, fuertes y contrastantes se combinan en degradados y sombras. En esta técnica se incluyen diseños como los biomecánicos¹¹².

El tatuaje oriental es el reflejo de la sensibilidad japonesa, representan diseños muy elaborados que narran historias. Se diferencia además por el uso de los colores exclusivos de estos como los rojos.

El tribal artístico es la asimilación de formas tribales desde una óptica decorativa, se corporifican en representaciones abstractas de líneas gruesas negras o azules que se entrecruzan u ondean para sugerir una forma.

El tatuaje macabro es la representación fantástica de personajes o cosas ligadas a la ciencia ficción. Los dibujos resultan complejos y se utiliza frecuentemente las degradaciones del mismo color. El tatuaje biomecánico es considerado una subcategoría dentro de estos pero difiere en la integración de formas biológicas con estructuras mecánicas¹¹³.

II.3 El tatuaje ¿obra plástica?

“Desde una perspectiva amplia se puede considerar a la piel como un lienzo y al tatuaje como una obra de arte”¹¹⁴. El tatuaje posee elementos que lo hacen

dar en caso de problemas. Consultado *On Line* en <http://bodyart.batanga.com/4046/leyes-sobre-tatuajes-en-argentina>, visitado el 15 de marzo de 2015.

¹¹¹Entre sus principales exponentes se encuentran a Sailor JERRY (1911-1973), Herbert HOFFMANN (1919-2010), Bert GRIMM (1900-1985), entre otros.

¹¹²Los biomecánicos son diseños que representan la ficción entre la unión metálica y el cuerpo humano, dándole vida a una máquina humana.

¹¹³Clasificación ofrecida por MATEO PALMER, Margarita, *op. cit.*, pp. 62-63.

¹¹⁴*Vid.* CORTES SARMIENTO, Miriam, *op. cit.* p. 70.



merecedor de ser reconocido como una obra plástica, presentando la creatividad, la ejecución directa del autor sobre la obra, la mezcla de colores y líneas, resultando una creación intelectual que enriquece el patrimonio cultural de la sociedad. El resultado artístico transmite sentimientos, expectativas, miedos y un conjunto de interpretaciones individuales por cada persona que observe y disfrute la obra.

El tatuador representa sus sentimientos en la obra que plasma en la piel humana, impregna una parte de su personalidad en otro individuo. El resultado artístico representa la creatividad e ingenio del tatuador para lograr la magnificencia del diseño y la creación en sí. El tatuador no puede ser visto como un simple diseñador que ejecuta una obra por encargo, tratando de cumplir los deseos de quien se tatué. El tatuador es el creador, corporificador de los deseos de un tercero incluyendo, además de las peticiones, su propia impronta personal.

El tatuaje se erige como un arte efímero que reúne belleza, colorido, armonía, representatividad y manifestando la necesidad del ser humano de expresar sus sentimientos. En acertadas palabras de VELIZ FLORES “El tatuaje es una representación de imágenes en la superficie corporal que está condenado a un ciclo de vida, su trascendencia es entonces mucho más vital y efímera que histórica”¹¹⁵.

El pintor puede elegir nunca dar a conocer su obra o lo que se traduce como mantener en la esfera de su intimidad el cuadro creado por sus manos, mientras que el tatuador desde el momento en que culmina su creación esta deja definitivamente la esfera de su intimidad para convertirse en parte distintiva de un ser humano. El tatuado adquiere para sí una obra de arte que ha decidido llevar en su piel por el tiempo que dure su existencia o mientras no determine retirárselo.

Estamos en este supuesto ante otro de los dilemas que refuerzan la idea de especialidad del tatuaje como obra de las artes plásticas: su duración en el tiempo.

¹¹⁵ Vid. VÉLIZ FLORES, María Victoria, *op. cit.*, pp.60-63.



La esencia del tatuaje a pesar de ser perpetuada en un determinado elemento como es la piel no posee una existencialidad duradera como es el caso de la pintura, pues permanecerá el tiempo que dure la persona natural que luce el tatuaje. Aun cuando los medios modernos como la fotografía permitan inmortalizar la obra realizada, la original viene desde su creación con el sello de la temporalidad marcado pero no representa esto una limitante para impedir la protección de la obra tatuada, al contrario refuerza la especial atención que debe brindársele al confluir características distintas a las normalmente reguladas.

No debe verse al tatuaje con una mera actividad de fines lucrativos. El tatuador cobra por su trabajo en el mismo sentido que el pintor sobre su cuadro vendido. Desde el momento en que la enajenación de la obra ocurre el tatuador se desprende de su obra para nunca más recuperarla, solo accederá a la misma por medios de fotos o de bocetos que quedaron de su trabajo o la posibilidad del ejercicio a través de la facultad de acceso al ejemplar único o raro de la obra. El original no vuelve más a sus manos.

II.4 Capacidad jurídica civil y capacidad para crear obras artísticas. De la edad para tatuar

El surgimiento de la categoría jurídica de persona data desde la sociedad dividida en clases. Dentro de la comunidad primitiva el hombre no había manifestado su individualidad al encontrarse subsumido por la colectividad. La aparición del excedente en la producción y el consecuente surgimiento de la propiedad privada originaron como consecuencia inmediata la jerarquización de poderes y la aparición de nuevas formas de explotación. A estas nuevas formas de interacción se le hace necesario implementar la protección que garantice el cuidado y efectivo ejercicio de la propiedad personal. El Estado se erige como artífice regulador de la



protección necesaria a los bienes, actividad y propia persona de sus ciudadanos¹¹⁶.

Los inicios del vocablo persona se remonta a las máscaras que utilizaban los actores en los teatros griegos y latinos, dando vida a los personajes que interpretaban. La raíz semántica de la palabra persona proviene entonces, del latín *personus*, y este a su vez del verbo *personare* cuyo significado se entiende como sonar mucho o resonar¹¹⁷.

La definición de persona ha sido dada desde diferentes puntos de vista, para el caso del Derecho establece que persona es todo ser capaz de derechos y obligaciones por ende incluye tanto a la persona natural como la persona jurídica¹¹⁸. La persona natural es reconocida doctrinalmente bajo los nombres de persona física, individual, humana y visible.

Consustancialmente relacionado con la terminología de persona se encuentra el de personalidad. Su vinculación es debido a la consideración de la personalidad como un atributo esencial de la persona por el solo hecho de serlo, conceptualizada como la aptitud inherente para ser titular de derechos y obligaciones. Esta aptitud no sufre variaciones por el transcurso del tiempo o por la existencia de circunstancias determinadas y subsiste desde el nacimiento hasta la muerte de la persona¹¹⁹.

Vínculo importante sucede entre persona y sujeto. El sujeto es aquella persona concernida a una relación jurídica determinada. La conexión entre estos es de género a especie, donde todo sujeto es persona pero no toda persona puede ser

¹¹⁶Cada formación económica social definió su concepto de persona, así fue entendido en Roma que los esclavos no eran considerados personas, ni en el feudalismo al siervo, considerado como cosa, paradójicamente algunos animales poseían tal condición.

¹¹⁷Vid. FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio y CARRERAS CUEVAS, Delio, *Manual de Derecho Romano*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1982, pp. 42 y ss.

¹¹⁸La persona jurídica es la ficción legal permitida en la cual interactúan una pluralidad de personas actuando bajo la denominación de una sola: la persona jurídica.

¹¹⁹La doctrina cubana en el artículo 24 del Código civil de 1987 esgrime que la personalidad comienza con el nacimiento, aclarando que será entendido el *nasciturus* como nacido a todos los efectos que le sean favorables, a condición de que nazca vivo.



considerada sujeto, puesto que para ello se necesita del cumplimiento de otra categoría jurídica: la capacidad.

La persona natural posee la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones desde su nacimiento, empero, esa capacidad se ve limitada por circunstancias fácticas que complementan la pretensión inicial. La capacidad es entendida como la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones en determinadas relaciones jurídicas. La capacidad jurídica se desdobra en dos caminos: la capacidad de derecho y la capacidad de obrar o de ejercicio.

La capacidad de goce o de adquisición implica la aptitud para ser titular de derechos¹²⁰. Se encuentra en la esencia misma al no poderse ausentar en la persona. No puede producirse su limitación absoluta y en caso de su restricción tendrá carácter de excepcional.

La capacidad de obrar no es esencia sino potencia de la persona para poder desempeñar determinada actuación. Se define como la capacidad de realizar actos eficaces en el tráfico jurídico sin la intervención de terceros, o sea, realizado por sí mismos. Entraña la creación, la modificación, o extinción de derechos con la consecuente realización de actos jurídicos válidos. Esta capacidad ve limitada su actuación por requerir elementos como la voluntad y la inteligencia, componentes que no se desarrollan de igual forma en todas las personas. Esta diversidad abre la posibilidad de ampliarse o restringirse, así puede hablarse de carencia total de capacidad, carencia restringida o limitada o el goce total y pleno de capacidad.

- Capacidad jurídica para crear.

La creación de una obra requiere su exteriorización y originalidad y no está sujeta al cumplimiento de formalidades, por ende la condición de autor se alcanza por el solo hecho de la creación. En palabras de VARELA MAYOR "(...) solo basta con que la mente pueda dar vida a una obra fruto de su intelecto (...) La protección por el

¹²⁰ Cfr. sobre este tema lo que regulan los artículos 29, 30 y 31 del Código Civil cubano.



derecho de Autor nace con el acto de la creación de la persona natural independientemente de su edad, condiciones físicas y mentales. Si la obra resultante reúne los criterios de protección que se siguen en la materia alcanzará el amparo que la ley brinda a los autores, más allá de que el creador ostente o no la plena capacidad de obrar¹²¹.

En el particular caso del tatuador, por los riesgos que implica la propia actividad, resulta necesario fijar un límite de edad para crear y responder por los daños que se causen en la persona tatuada, que tendrán además el carácter de permanentes y un menor de edad sería incapaz de responder por ellos. En el tatuador está presente la responsabilidad sobre lo que está ejecutando, los materiales empleados, las normas higiénico-sanitarias que deben observarse, el estado de salud del tatuado y el resultado esperado por quien solicita sus dotes artísticas.

En igual medida ha de prefijarse una edad mínima para realizarse un tatuaje. Las implicaciones de perpetuidad que reviste este tipo de arte sobre la piel humana requiere que el individuo se encuentre en plena capacidad para determinar que realmente su voluntad es ser portador de un elemento que acompañará a su cuerpo y se relacionará con todas sus actividades futuras. La práctica del tatuaje no debe ser realizado a menor de edad sin la autorización expresa de sus padres, prefiriendo que la edad mínima para portar un tatuaje sea la mayoría de edad¹²².

II.5 Derechos inherentes a la personalidad.

Todo ser humano por el simple hecho de serlo merece protección jurídica. Esta idea aceptada como un postulado fundamental de los derechos humanos recorrió un largo camino para ser reconocida como tal. La evolución histórica de esta institución recoge como antecedente importante la Carta de Derechos o *Bill of*

¹²¹ Vid. VARELA MAYOR, Arletys, *op. cit.* pp. 53-54.

¹²² Países como Chile, Uruguay y México aprobaron normas desde el 2004 que prohíben realizar tatuajes a menores de 18 años que no cuenten con la autorización de sus padres. En el caso de Costa Rica los centros de tatuajes de la Asociación de Tatuadores poseen igual exigencia con los jóvenes. Vid. MADRIGAL JIMÉNEZ, Mario Alonso, Representación Social del tatuaje en jóvenes tatuados entre 18 y 25 años de edad, en <http://www.ilustrados.com/documentos/jovenes-tatuados-19112010.pdf>, visitado el 18 de mayo de 2015.



*Rights*¹²³ redactado en Inglaterra en 1689 la cual limitaba los derechos y obligaciones del rey, devolviendo al parlamento facultades casi olvidadas.

La Declaración Inglesa fue fundamento para lo que en historia se reconoce como la primera declaración de derechos humanos moderna, la adoptada el 12 de junio de 1776 en la Convención de Delegados de Virginia, por lo que su nombre deviene en la Declaración de Derechos de Virginia¹²⁴.

En igual sentido repercutió en La Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América al recoger los principios de libertad e igualdad como derechos fundamentales¹²⁵ de su Carta Magna. La Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano¹²⁶ de 1789 reconoció la existencia de derechos innatos en las personas aceptados pero no conferidos por el Estado.

La verdadera concreción de los derechos humanos se logra al establecerse un conjunto de mecanismos legales a escala internacional cuya finalidad primordial reside en garantizar y proteger los derechos humanos. Estas normativas fundamentales son: la Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas¹²⁷ en 1948, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y el Pacto

¹²³La Declaración de Derechos Ingleses completó su existencia con la *Tolerancy Act* de mayo de 1689, la cual permitía la libertad de culto público, el derecho a abrir escuelas y el acceso a todas las funciones públicas a los anglicanos.

¹²⁴Esta declaración reconoce en su artículo primero que “ todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados”

¹²⁵En el preámbulo de la Carta de Independencia se encuentra: “Sostenemos como evidentes por sí misma muchas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad (...)”.

¹²⁶La Declaración en su artículo primero reconoce que todos los hombres nacen libres e iguales en derecho. Profiriendo la igualdad de los seres humanos ante la sociedad. Esta declaración marca un paso histórico en la concepción de los derechos fundamentales de la persona al reconocer la existencia de los mismos a todos por igual.

¹²⁷*Cfr.* Declaración Universal de los Derechos Humanos.



Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de New York¹²⁸ el 19 de diciembre de 1966.

Los derechos de la personalidad constituyen una conquista reciente del siglo XIX, al protegerse en sentido técnico, o sea, protección a la libre actuación de la persona, las facultades consustanciales del ser humano. En palabras de LLAGUES solo cuando la persona ha logrado dejar establecido un mínimo de seguridad frente al Estado y al poder, sus preocupaciones se desplazan al terreno de las relaciones privadas¹²⁹.

La preocupación creciente sobre la defensa de derechos correspondientes solo a la especie humana por el simple hecho de serlo es defendida por catedráticos de todas las ciencias, al ser imprescindible la existencia de derechos que salvaguarden la esencia del ser humano sin la presencia de distinciones ni laceraciones al ser en sí.

Los derechos personalísimos¹³⁰ corresponden a toda persona innatamente, desde su nacimiento hasta su muerte, garantizándole el ejercicio íntegro de sus atributos esenciales alcanzando un desarrollo pleno en su humanidad.

Siguiendo los postulados de MARTÍNEZ DE AGUIRRE pueden definirse a los derechos de la personalidad como derechos subjetivos derivados de la naturaleza humana, y de la dignidad inherente a la persona, dirigidos a proteger la esfera más inmediatamente personal del ser humano, tanto en su vertiente física (derecho a la

¹²⁸ Cfr. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

¹²⁹ Vid. LLAGUES, Ricardo de Ángel, *La protección de la personalidad en el derecho privado*, en Revista de Derecho Notarial, Madrid, enero-marzo, 1974, p. 25.

¹³⁰ La doctrina y la jurisprudencia ha denominado de diferentes maneras a los derechos de la personalidad, así se ha expresado: *iura in persona ipsa*, derechos de la individualidad, derechos en la propia persona, derechos originarios, derechos fundamentales, derechos esenciales de la persona. La acepción más empleada, en el derecho privado, ha sido: derechos personalísimos, dando la idea que estos son más personales que el resto de los derechos subjetivos.



vida y a la integridad física), como espiritual (derechos al honor, a la intimidad y a la imagen)¹³¹.

Los derechos inherentes a la persona poseen como características diferenciadoras de otros derechos la peculiaridad de ser irrevocables, inalienables, intransmisibles e irrenunciables además de poseer un marcado carácter extrapatrimonial.

II.5.1 Derecho al honor.

El sentimiento de honor ha decursado por períodos donde su significado a experimentado cambios, desde convertirse en centro espiritual y fundamento social imprescindible para cada hombre hasta la expresión pesimista de GONZÁLEZ PÉREZ cuando expone que “se ha producido la más profunda degradación en la escala de valores quedando relegado a un modesto lugar”¹³².

La definición exacta del derecho al honor es considerada como uno de los conceptos jurídicos indeterminados que plantea el Derecho como ciencia. Dicha imposibilidad se manifiesta al depender su concepto de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento histórico.

Interpretado el honor como bien jurídico cuya protección es determinada por cada ordenamiento jurídico según las características propias de estos, es reconocible su característica especial al constituirse como bien de estimación relativa, al no confluir todas las personas en un punto común de entendimiento del honor personal y su defensa.

Esta situación permite considerar al honor desde dos puntos de vista diferentes: el subjetivo y el objetivo. El honor subjetivo comprende la autovaloración y la propia estimación, correspondientes al juicio personal de cada individuo sobre sí mismo en cuanto sujeto de relaciones éticas y sociales. El honor objetivo es analizado

¹³¹ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la persona*, tercera edición, Editorial COLEX, 2008, p. 550.

¹³² Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La degradación del derecho al honor (honor y libertad de información)*, Editorial Civitas, Madrid, 1993, p. 13



desde la vertiente de la valoración que ejerce la comunidad sobre la conducta del individuo particularizado, también conocido como reputación¹³³. La defensa tanto de la inmanencia (honor subjetivo) como de la trascendencia o exterioridad (honor objetivo) es labor de los sistemas jurídicos. Proveer herramientas que permitan la eficiente defensa del derecho al honor garantiza la protección de una parte importante de la esfera íntima del ciudadano.

El honor se encuentra asociado a principios estatutarios de cada sociedad, propiciando el fundamento social que revierte en una cualidad moral vinculada al deber y a la virtud. Su regulación como derecho humano¹³⁴ obedece a los principios del respeto a la persona, a su dignidad y a su inviolabilidad. Configurando una protección al respeto de lo que representa su construcción axiológica del mundo y su forma de relacionarse con este¹³⁵.

II.5.2 Derecho a la intimidad personal.

“Uno de los derechos más lesionados por la ausencia de respeto a la libertad y la dignidad del hombre es su propia intimidad”¹³⁶. Los avances tecnológicos han propiciado el perfeccionamiento de comportamientos que laceran la intimidad personal. La industria de los medios de comunicación buscando la publicidad de determinada noticia atentan, en muchas ocasiones, contra la intimidad personal de aquellos que por su vida dedicada a la política, las artes, el deporte o cualquier manifestación se han convertido en figura pública.

El derecho a la intimidad supone la preservación del ser humano frente a la colectividad, limitar dentro de su esfera personal lo que necesite dejar para sí, sin

¹³³ La reputación es entendida como el juicio de valor que provoca el ser humano con su actuar, positivo o negativo, en la colectividad, o sea, es el resultado del pensamiento colectivo sobre la integridad moral del individuo.

¹³⁴ *Cfr. Artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.*

¹³⁵ *Vid. O' CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Editorial Edersa, Madrid, 1991, p 2.

¹³⁶ *Vid. ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, Ana María, Antecedentes históricos de los derechos de la personalidad*, en *Derecho como saber cultural. Homenaje al Dr. Delio Carreras Cuevas*, Coordinado por MATILLA CORREA, Andry, Editorial de Ciencias Sociales/ Editorial UH, La Habana, 2011, p. 438.



que intervenga en ese espacio cualquier otro sujeto. El hombre vive en sociedad y se integra a la colectividad, pero cada individuo necesita de un mínimo de intimidad para realizar sus actividades con el consiguiente respaldo jurídico por intromisiones de terceros.

La intimidad personal es constituida por una amplia y variada gama de supuestos, impidiendo que puedan sentarse reglas generales ni catálogos enunciativos de la misma. La terminología propia de la palabra indica la existencia de una zona reservada de la persona y de su espíritu, contenido de un patrimonio personal que debe ser protegido por las normas jurídicas.

La concepción sobre el derecho a la intimidad surge en el marco del pensamiento político liberal, al entenderse la vida privada como una esfera que debe estar regida por la autonomía individual, donde el Estado debe abstenerse de intervenir a menos que su acción esté encaminada a ofrecer protección al derecho dañado. Relacionado esta política liberal con los movimientos revolucionarios de los siglos VXII y V XIII y con un cambio de lo entendido hasta el momento como libertad¹³⁷. La libertad se torna en el disfrute apacible de la independencia privada.

El derecho a la intimidad desde una vertiente positiva supone una serie de acciones ejercitables por el individuo dentro de su esfera privada sin lesionar derechos ajenos, así como, desde una arista negativa, la posibilidad de exclusión del conocimiento ajeno sobre su vida íntima.

El núcleo central de la esfera íntima del individuo se compone por múltiples instituciones como la vida familiar, la salud, los recuerdos personales, sus actividades dentro del hogar y todas aquellas que individualiza el ser humano como parte de su soledad con la comunidad. Algunos tratadistas se encuentran a favor de encontrar una contraposición entre las libertades de expresión e

¹³⁷Hasta el momento era analizada la libertad como un fundamento público y participativo pasando a ser vista como algo fundamentalmente privado, propio de la esfera particular del individuo.



información con la esfera privada sosteniendo que donde acaba la primera comienza la segunda.

II.5.3 Derecho a la imagen.

La consideración inicial de la imagen como huella de la persona alcanzó su protección jurídica dentro de la sociedad aunque el derecho a esta es fruto del progreso de los tiempos modernos. Actualmente es analizada la imagen como un derecho de existencia propia que posee todo ser humano de impedir que otros utilicen su imagen con fines no aceptados por él.

En concepto doctrinal es entendida la imagen como la representación gráfica mediante un procedimiento, mecánico o técnico, de reproducción de la figura humana. Este derecho supone un desdoblamiento en dos caminos uno positivo y otro negativo. En el aspecto positivo se encuentra la posibilidad de reproducir y publicar la propia imagen, mientras que la vertiente negativa se opone a ello, es decir, impide que terceros no autorizados obtengan, reproduzcan o publiquen la misma.

II.6 Facultades morales del artista vs derechos inherentes de la personalidad del tatuado¹³⁸

En la particular esfera de los tatuajes los derechos inherentes a la personalidad se presentan como límites reales al derecho que puede ejercer el creador sobre su creación. Al presentarse como material constitutivo de la obra la piel humana, entendida como parte del cuerpo donde cada persona posee el derecho de determinar y decidir lo que valore conveniente para sí dentro de su íntima esfera.

¹³⁸ Los derechos inherentes de la personalidad del tatuado, en Cuba, se encuentran amparados bajo el rubro del artículo 38 del Código Civil cubano, el cual le es criticable su pronunciamiento en sentido negativo, estableciendo como únicas posibilidades de ejercicio la ocurrencia de una violación de los derechos inherentes plasmados en la Carta Magna, de tal magnitud que deben afectar el patrimonio o al honor de su titular. A pesar de la parquedad legislativa este artículo reviste al tatuado de la posibilidad legal de exigir frente al tatuador el cumplimiento de sus derechos inherentes, pero en igual sentido, la Ley de Derecho de Autor cubana en su artículo 4 ofrece determinadas prerrogativas al artista del tatuaje. Suscitándose entre ambas partes un posible conflicto de intereses.



La interrelación directa que cada ser humano posee con su propio cuerpo es uno de los principios elementales protegidos. Cada persona disfruta de la disposición de su cuerpo y el derecho que le asiste de impedir que otro disponga sobre el mismo.

La confluencia en el tatuaje de la unicidad que caracteriza a la obra pictórica hace que en la piel se encuentre el *corpus mysticum* y el *corpus mechanicum*. La imposibilidad de diferenciar ambas estructuras complejiza la determinación sobre quién posee realmente la propiedad concerniente a la obra.

El tatuador realiza una obra de su ingenio y la ejecuta con sus propias manos sobre una materia con características especialísimas: la piel humana. Aun cuando sobre el tatuador la normativa de Derecho de Autor lo proteja por resultar ser sujeto de este, el uso de las facultades que le son conferidas no pueden verse ejercitados con plenitud por constituir la piel humana un componente esencial del ser humano, donde cada individuo posee sobre él una autodeterminación singular.

El tatuador ejerce sus facultades hasta el límite permisible por los derechos inherentes a la personalidad, donde el ejercicio de las facultades protegidas por los derechos humanos no sea lacerado. Motivo por el cual el tatuador no puede impedir ciertos actos de dominio que le son innatos a una persona natural aunque personifique a un creador protegido por el derecho de autor.

II.6.1 ¿Violación de los derechos inherentes a la personalidad?

Punto destacable en el tatuador es que este no obliga al tatuado a realizarse la obra, solamente le exhibe su trabajo y este sobre la base de su propia voluntad determina si desea o no la realización del mismo. El tatuador despliega su obra de acuerdo a sus características y a las habilidades desarrolladas a lo largo de su carrera. No existe limitación a los derechos fundamentales toda vez que el futuro tatuado sobre la expresión inequívoca de su voluntad accede a realizarse la obra sobre su piel.



La confusión reconocida por los romanos en sus institutas pudiera aplicarse perfectamente en este caso a la vez que el tatuador es el propietario de la obra del espíritu y el tatuado quien posee el pleno dominio del soporte donde se realiza la obra. En este caso se hace necesario la confluencia de ambos para poder ejecutar la obra en su totalidad, no puede haber obra sin cuerpo ni cuerpo donde no se ejecute la obra. El tatuaje se basa en este principio: la unicidad de dos componentes donde confluyen legalmente dos fuerzas encontradas, unas limitativas de otras.

Concurre el predominio tanto de los derechos inherentes a la personalidad como de los derechos de todo ser humano a que se le reconozca su creación. La preponderación de estas dos fuerzas existen como línea divisoria entre partes. Lo correcto sería encontrar el justo balance entre las dos, donde la ganancia sería tanto del tatuador como del tatuado. Aun cuando la obra se encuentre en el cuerpo físico de una persona, no fue esta quien realizó el trabajo creativo, sino el tatuador, por lo que le corresponde a este y no a otro los derechos sobre su creación.

II.6.2 Ejercicio de las facultades morales del tatuador sobre su obra.

La peculiaridad que representan los tatuajes dentro de la rama de la pintura impide aplicar el mismo remedio legislativo a ambos. El tatuaje aporta nuevos criterios a tener en cuenta que no son considerados en la pintura, al confluir como elemento diferenciador el soporte sobre el cual recae la corporificación de la obra. Cada una de las facultades morales, previstas para la protección del autor en el artista del tatuaje, han de ser analizadas desde una óptica singular constreñida al objeto de análisis.

- Paternidad.

La paternidad de la obra representa el reconocimiento social de una obra atribuida a determinado creador. Es un derecho natural, una facultad negativa del derecho moral que presenta todo autor, creando un especial vínculo entre quien crea y lo



creado. También constituye ejercicio de esta facultad el hecho de que el autor no quiera ser reconocido como tal dándose a conocer bajo seudónimo u optando por el anonimato total de la obra. La opción sobre cómo darse a conocer es un derecho personal e íntimo del creador, muestra de la estrecha relación existente entre quien crea y su resultado.

Casi siempre, el artista da a conocer su obra, por resultar una condición natural, la necesidad del reconocimiento social y de disfrutar del éxito que en el mañana la obra pueda tener. Casi todos los autores publican con su nombre impreso en la obra y en el caso de las artes plásticas, especialmente la pintura, lo ejercen plasmando en la obra su firma.

En el caso de la firma en el tatuaje el tema es más complicado porque requeriría el consentimiento de quien se tatúa, aunque nada impide, que de estar debidamente pactado el tatuado acceda a que el artista ejercite esta facultad y coloque la firma en su obra de manera que no vulnere su voluntad ni deforme la imagen por él seleccionada para tatuarse, cuestión que pudiera zanjarse si antes de la realización del tatuaje se plasma en un contrato el consenso de quien se tatúa posibilite firmar la obra, lo que también constituiría un motivo de orgullo para el tatuado si el artista goza de renombre y fama, por exhibir en su cuerpo una de sus obras

Aun cuando sobre la utilización de la firma puede estar en consonancia con lo permitido o no por parte del tatuado, esto no significa que el tatuador no será reconocido como autor, pues con el paso del tiempo, la calidad demostrada y la utilización de una técnica propia y un estilo distintivo capaz de agenciarle una singularidad por el solo hecho de contemplar su obra, pueden hacer que la sociedad lo reconozca como autor de sus propias creaciones.

- Integridad de la obra.

Esta facultad es la que, conjuntamente con el respeto a la paternidad, integran el contenido negativo de las facultades morales de los autores y permite que nadie



pueda, excepto el propio autor, realizar modificaciones a la obra desvirtuándola de la forma en que fue concebida por el artista.

En el caso del tatuaje, el tatuador no puede impedir que el tatuado determine cuando desea realizarse una modificación, retoque o cambio del diseño que se encuentra en su cuerpo. En igual sentido no podrá oponerse a la decisión de eliminarlo, para lo que puede emplearse una intervención quirúrgica o utilizar modernas técnicas de rayos láser.

La libre determinación del individuo a disponer sobre su propio cuerpo, en el particular caso del tatuaje, lo acredita para realizar acciones que pudieran resultar violatorias del contenido moral del Derecho de Autor. La existencia de los derechos inherentes a la personalidad no impide que dentro de las facultades de un creador del tatuaje se encuentre la de oposición a cualquier alteración o modificación a su obra, por lo que considero que una forma de dirimir el conflicto sería la regulación contractual de este supuesto, aceptando el tatuado un lapso de tiempo mínimo en el cual sea imposible la modificación del mismo.

Se pudiera proponer además, que la protección brindada por el derecho de autor en este supuesto sea de un término determinado, implicando esto que el tatuado transcurrido este plazo pueda efectuar sus deseos, así como establecer que dentro de ese término cualquier modificación u alteración de la obra debe ser consentido o realizado por el mismo artista. En este término podrá el tatuador salvaguardar su obra en los soportes digitales que permiten obtener una perpetuidad en el tiempo superior que lo brindado por el tatuaje, siempre que conste la venia del tatuado y no se encuentre el tatuaje realizado en una parte del cuerpo que no quiera ser mostrada por quien lo porta.

- Retracto o arrepentimiento.

Esta facultad, que entraña la posibilidad de que el artista pueda cambiar de opinión, resultaría casi imposible de ejercitarse en el caso del tatuaje. Aun cuando la posibilidad de retractarse o arrepentirse por haber cambiado las convicciones



morales que poseía el autor al momento de realizar la obra, corresponda a una de las facultades de índole personal amparadas en la normativa autoral, no puede exigirle el autor, a la persona tatuada, que le permita el retiro o destrucción de su obra, cuando esta se encuentra corporificada en su piel, porque implicaría asumir riesgos médicos y estéticos que el tatuado no está en la obligación de adjudicarse.

Tema igualmente complicado sería analizar si, valorando que solo el autor puede modificar, destruir o retirar la obra de circulación, pudiera el “propietario del soporte” destruir, cambiar o modificar el tatuaje. Aunque difícil resulta, no se puede adoptar una posición de negar absolutamente el ejercicio de este derecho en el tatuaje, lo cierto es que para ejercitarlo tendrían que confluír las voluntades del autor y de quien porta la obra, que igualmente pudiera haber cambiado de opinión y no desear el tatuaje. En tal caso, tampoco le correspondería al autor su destrucción sino a un tercero o persona especializada (médico), por las consecuencias que para la salud y la imagen pudiera traer en la figura del tatuado.

Un contrato salvaría cualquier disputa sobre los mismos. En este concepto se trataría de entablar un acuerdo donde ambas partes resulten beneficiadas en caso de existir cambios de convicción que acarren el retracto de la misma, estableciendo un mínimo de tiempo para permitir ambas acciones o por lo contrario se estaría ante la posibilidad de ambos para determinar tal situación.

El artista y el tatuado han de comprender que con sus actuares estarían eliminando una obra única e irrepetible, creada específicamente para el tatuado.

- Derecho de divulgación.

Aunque esta facultad parece no tener complicación la verdad resulta ser otra. Es lógico que desde el momento en que se realiza el tatuaje, la obra sale de la esfera de la intimidad del creador, pero la exhibición a determinada escala, entiéndase la publicidad nacional o internacional si puede ser pactada entre las partes. El autor no puede predecir el destino de su obra ni limitar las personas que accederán a



esta pues el que porta el tatuaje es libre de exhibirlo porque forma parte de su nueva imagen y de su propio cuerpo.

Para que ocurra una exhibición en exposición pública a través de reproducciones como la fotografía que puede efectuársele al tatuaje y conllevar al posible ejercicio de facultades patrimoniales del autor, si se precisaría contar con la autorización de éste y con el debido reconocimiento de la paternidad, además de ser incluido en los beneficios económicos que pudiera traer tal explotación.

Evidentemente el inédito no cobra cabida en este tema al ser ciertamente pública la obra, aunque existen partes íntimas donde la persona decide realizarse el tatuaje y que por esa ubicación los conserva en la esfera de su intimidad, resultando en este caso la disyuntiva sobre si podrá el tatuador exhibir la obra que se encuentra en una parte íntima del tatuado. En este supuesto igualmente pudiera pactarse la posibilidad de divulgar la obra por el tatuador sin referenciar a su portador solamente mostrando su obra, su fin es el conocimiento de su trabajo artístico y no el sujeto donde se corporifica la misma.

II.7 El contrato como acto jurídico entre partes

“El contrato es un acto jurídico bilateral para cuya existencia se requiere (...) la manifestación de voluntad de dos o más personas; las que, reconociendo distintas causas y tendientes a diferentes fines, han de coincidir necesariamente para formar el consentimiento (...) del que se ha de derivar los efectos obligatorios de la manifestación de voluntad: todo consentimiento en este sentido, resultará obligatorio, aunque no todo contrato reconoce como base de su eficacia el mero consentimiento”¹³⁹. Definiéndolo desde la posición clásica es entendido como

¹³⁹ Vid. BLANCO, Alberto, *Curso de Obligaciones y Contratos en el Derecho Civil español*, tomo II, segunda edición, La Habana, 1948, p. 48.



aquel negocio jurídico bilateral por el cual se crea, se modifica o extinguen relaciones jurídicas obligatorias¹⁴⁰.

La autonomía de la voluntad constituye la piedra angular del contrato donde las partes reglan el contenido del negocio que les interesa pactar. La posibilidad de actuar de una u otra forma sin más barreras (la Ley amén de la amplitud que brinda a las partes impone determinados límites obligatorios) que la conciencia de las partes presupone la responsabilidad personal de cada uno sobre su cometido.

La libertad de contratar o de no contratar, la libertad de elegir la forma cuando esta no se opone a las regulaciones establecidas por ley, la libertad de elegir con quien se contrata, la libertad de discutir el contenido del contrato y la libertad para establecer el objeto del contrato son presupuestos en los cuales se desdobra la autonomía privada¹⁴¹.

El contrato constituye en sí mismo al decir de DELGADO VERGARA una unidad lógico-jurídica, constituyendo simultáneamente acto y norma de carácter privado¹⁴². Lo acordado entre las parte funge como norma imperativa o *lex privata* al ser de carácter obligatorio su cumplimiento, supuesto que hace afirmar que son los contratos las fuentes primarias de las obligaciones.

La buena fe jurídica se erige como principio general del Derecho, instando a las partes a un comportamiento adecuado dentro de la relación jurídica contractual, toda vez que requiere un actuar conforme a las normas establecidas. Permite, además, valorar conductas que eviten la aplicación de cláusulas abusivas o perjudiciales o desproporcionales para las partes, en la mayoría de los casos la parte referente al consumidor. La necesidad de crear a través de la buena fe un justo equilibrio en las prestaciones hace que dos principios diferentes se encuentren estrechamente unidos.

¹⁴⁰ Cfr. Artículo 309 del Código Civil de la República de Cuba, aunque el legislador no conceptualiza al contrato si normativiza los efectos que del contrato se derivan.

¹⁴¹ Cfr. Artículo 312 del Código Civil de la República de Cuba.

¹⁴² Vid. DELGADO VERGARA, Teresa, *El negocio jurídico contractual*, Colectivo de autores, *Derecho de Contratos. Teoría general del contrato*, tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003, p.11.



El justo equilibrio de las prestaciones implica la existencia de la buena fe y esta, a su vez, no se manifestaría sin la presencia de un justo equilibrio contractual, lográndose una compensación equitativa de los intereses de ambos. Lo que pretende lograr este principio es que ambas partes se afecten patrimonialmente en consonancia proporcional a los beneficios que en la ejecución del contrato puedan obtener cada una de ellas, alcanzando de esta forma la justicia contractual.

La validación de un contrato requiere de la existencia de elementos esenciales sin los cuales no logra corporificarse el acto jurídico. En tal caso se encuentra el consentimiento. Entendida, en palabras de ALBALADEJO, como la concordancia de las dos o más voluntades de las partes que celebran el contrato, sin cuyo consenso no puede llegar a formarse el contrato¹⁴³.

La anuencia de determinados requisitos estructuran al consentimiento dotándolo de elementos necesarios para su corporificación. Resulta necesario que el consentimiento provenga de las personas que pueden actuar de forma racional y consciente, o sea teniendo en cuenta la capacidad para consentir y la capacidad para contratar, y actuar de acuerdo a lo permitido por el ordenamiento jurídico, así como la inexistencia de vicios que afecten la real exposición de la manifestación racional y consciente del consentimiento¹⁴⁴. Requiere, además, que la voluntad contractual sea manifestada o exteriorizada oportunamente, lo que se traduce en la forma de exteriorizarse ya sea una manifestación expresa a través de la escritura o verbal o una manifestación tácita donde el comportamiento del sujeto demuestre en el mundo jurídico su pretensión. Cualquier tipo de manifestación escogida debe realizarse en el momento oportuno para la configuración adecuada del negocio. Se necesita en sentido estricto la concordancia entre la voluntad contractual real y la

¹⁴³ Vid. ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, tomo II, *Derecho de Obligaciones*, volumen primero, *La obligación y el contrato en general*, Editorial Bosch, Barcelona, 1996, p. 358.

¹⁴⁴ La doctrina ha calificado tradicionalmente cuatro circunstancias como vicios de la voluntad: el error, el dolo, la intimidación y la violencia. El Código Civil cubano en su artículo 69 los denomina error, fraude y amenaza, en el caso de la violencia produce la nulidad absoluta del acto. Sobre el tema Vid. VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, *Requisitos del contrato*, COLECTIVO DE AUTORES, *Derecho de Contratos. Teoría general del contrato*, tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003, pp. 65 y ss.



que se declara, la ausencia de esta intención fomenta una discordancia entre la voluntad interna del sujeto y su manifestación.

El objeto del contrato constituye otro de sus elementos esenciales, entendiéndose por este, la materia sobre la que recae el acto negocial, concurriendo el requisito de existencia o la existencia real del objeto para que cobre vida el contrato, el de posibilidad donde el objeto ha de ser posible para las partes, una realidad aceptada por ellos que posea la característica de ser realidad jurídica en dependencia del contrato en particular; la licitud refiere a que no pueden ser objeto del contrato determinadas cosas y servicios; la determinación del objeto propicia la identificación e individualización del objeto.

La causa del contrato es un elemento polémico dentro de la doctrina tanto así que la posición asumida por el Código Civil cubano es la anticausalista del negocio al no contemplar la causa como un elemento esencial del negocio al considerarla implícita en la voluntad manifestada para realizar el mismo. Aunque es criticable esta posición al reputar como nulo los actos celebrados en contra de los fines de la sociedad y el Estado, así como los que se sustenten en una prohibición legal, o los que no poseen como propósito el de producir efectos jurídicos o encubran uno diferente. Queda regulado el enriquecimiento indebido como causa generadora de relaciones jurídicas considera por el legislador su configuración por la ausencia de causa legítima que ampare el enriquecimiento. Por ende aun cuando no se reconozca la causa formalmente esta se entiende como “el propósito de alcanzar un determinado resultado con el acto negocial que se realiza, finalidad o propósito que debe haberse reconocido previamente por el derecho como merecedor de protección jurídica”¹⁴⁵.

La forma es considerada otro elemento esencial del contrato donde, en razonamiento de CASTÁN TOBEÑAS, la forma en abstracto es requisito esencial para la existencia de todo contrato, pero en su sentido concreto solo es empleada como

¹⁴⁵ Vid. VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, *Requisitos...op. cit.* p.83.



requisito especial de ciertos y particulares contratos¹⁴⁶. La forma se requiere como elemento para hacerse reconocible frente a terceros por lo que las partes pueden elegir libremente de qué manera exteriorizan su voluntad excepto aquellos en los que la ley obliga al cumplimiento de determinada solemnidad cuando es imperativa la utilización de una determinada forma.

II.7.1 El contrato de obra por encargo. La creatividad y la protección.

El contrato requerido como obra por encargo posee la voluntad exteriorizada de ambas partes. Por un lado la persona que exige las características deseadas de un resultado esperado y de otro el sujeto que se compromete a entregarla. Aun cuando el artista labore sobre exigencias encomendadas por otro sujeto, el núcleo fundamental de la obra por encargo lo constituye la imposibilidad de la persona que desea la obra de realizarla *per se* viéndose obligado a requerir de la pericia de otra calificada para ello.

La simple acción de ser el creador con sus propias manos y con su técnica el que proyecta sobre el resultado artístico su interpretación, da la medida de la relación directa que existe entre la obra y su creador. No puede considerarse autor al que solo manifestó el pensamiento, pues el Derecho de Autor no protege las ideas sino la materialización de las mismas en soportes físicos.

La libertad de crear aunque pueda parecer a *prima facie* limitada por la obligatoriedad contractual de cumplir con lo requerido, no se evidencia de tal forma, porque aun cuando el resultado creativo estará sujeto a determinados cánones fijados con anterioridad a la obra, el resultado será indiscutiblemente una plasmación de la interpretación personal del artista.

La clásica obra por encargo es el retrato donde la persona espera un resultado fiel del personaje que asiste como modelo con el resultado de la obra. Aun cuando pueda pensarse la falta de impronta personal lo cierto es que cada autor reflejará la

¹⁴⁶ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, común y foral*, tomo III, Editorial Reus, Madrid, 1998, p.507.



interpretación subjetiva de los rasgos fisionómicos y morales del personaje al cual le realice la obra. El realce de determinadas características en el resultado de la obra muestra la presencia ineludible de la creatividad del autor¹⁴⁷.

La obra por encargo no lacera la protección jurídica brindada al creador por el Derecho de Autor, al manifestarse las características requeridas para ello¹⁴⁸.

A tenor de lo expresado por ORTEGA DOMÉNECH sobre el tema solo queda estar de acuerdo con él cuando concluye que no hay nada más alejado de la realidad que el hecho de que un contrato de encargo de obra plástica atenta contra las libertades de creación del artista¹⁴⁹.

Constitutivo de todo el colofón de análisis del presente trabajo puede plantearse a la obra por encargo como el medio idóneo que permitirá al tatuador pactar un justo equilibrio para ambas partes. Aun cuando pueda interpretarse lo preceptuado en el artículo 28 de la Ley 14/77 como una limitante para el ejercicio del contrato de obra por encargo al estipularlo solamente entre el artista y una entidad autorizada para estos fines, la Resolución 5/ 2002 salva la diferencia al establecer en su artículo 16 que podrá ser creada una obra por encargo a solicitud de una persona natural o jurídica a cambio de una remuneración.

En el especial caso del tatuaje pactar en la obra por encargo, que según lo normado por el artículo 17.1 se formaliza por escrito, las cláusulas concerniente al ejercicio de cada una de las facultades que le asisten al tatuador y al tatuado brindaría a la relación surgida un matiz de seguridad jurídica donde quedan

¹⁴⁷La peculiar forma de realizar retratos por el pintor ecuatoriano Oswaldo GUAYASAMÍN le imprimen un sello único a sus creaciones, así se encuentra las obras dedicadas a Fidel Castro Ruz, a Gabriel García Márquez, entre muchos otros. Este pintor se caracterizó por resaltar las características más sobresalientes, de las personas a las que retrataba, captadas por su subjetividad.

¹⁴⁸En el caso del afamado pintor Miguel Ángel le fue encargado la repintura del techo de la Capilla Sixtina por el Papa Julio II en el año 1508 y no por esto deja de asombrar la creatividad asumida por el pincel del artista, así como la técnica empleada. En igual sentido por encargo del Papa Clemente VII reafirmado luego por el Papa Pablo III, accedió a pintar en la pared del altar el *Juicio Final* o *Juicio Universal* en 1536.

¹⁴⁹Vid. ORTEGA DOMÉNECH, J., *op. cit.* pp. 123 y ss.



obligados a cumplir con lo negociado. En este particular caso el contrato de obra por encargo no funge como un simple contrato donde las partes solamente expresan sus voluntades sino representa un momento crucial del consentimiento donde se equilibran dos importantes derechos para armonizar un resultado satisfactorio de la creación intelectual sobre la piel humana.

El tatuador debería concertar con el tatuado, a través de cláusulas, temas sobre el retoque, modificación u ocultamiento del tatuaje una vez realizado. En este supuesto le corresponde al tatuador oponerse a las modificaciones que pudiera hacerle un tercero ajeno a su obra, pero sí en su ley privada (el contrato) queda regulado que puede ser otro tatuador el que realice la obra no se estará ante este conflicto, o bien pudiera pactarse que quedarían estas posibilidades en sede exclusiva del tatuador. En sentido igual deberá esclarecerse las posibilidades de divulgar la obra, como también pudiera tratarse de pactar la prohibición de utilizar un diseño similar al ejecutado por el tatuador a esa persona.

La opción de pactar ofrece un amplio campo donde las partes incursionan en dependencia de los intereses que deseen convertir en eficaces, aportando tantas cláusulas diferentes como tatuajes existen. La posibilidad del tatuador de ofrecer una proforma contractual agilizaría el proceso de consentimiento de ambas partes, pudiendo además establecer requisitos de salud indispensables para realizar el tatuaje¹⁵⁰ así como informar al futuro tatuado de las indicaciones que debe seguir una vez culminada la obra en su piel.

Un adecuado marco contractual entre la relación tatuador – tatuado hace desaparecer las posibles confrontaciones entre ellos, posibilitando una coexistencia pacífica de ambos derechos sin la renuncia o menoscabo de ninguno,

¹⁵⁰En este caso la Comunidad de Madrid en el decreto 35/2005 de 10 de marzo de 2005, del Consejo de Gobierno regula las prácticas de tatuaje, micropigmentación, perforación cutánea (piercing) u otras similares de adornos corporales planteando la medidas higiénicos sanitarias de los establecimientos para tatuajes y en igual sentido normativiza la autorización de cursos de formación del personal que realice dicha actividad. Disponible *On line* <http://www.madrid.org/wleg/servlet/Servidor?opcion=VerHtml&idnorma=3650>, consultado el 15 de marzo de 2015.



armonizando los límites como cauce de una satisfactoria creación intelectual plasmada en el soporte especialísimo de la piel humana.

Conclusiones

1. El Derecho de Autor brinda protección a las obras surgidas del intelecto humano que sean originales y se encuentren exteriorizadas en un soporte físico perceptible por los sentidos. Las facultades morales proveen a los artistas de un conjunto de prerrogativas que posibilitan el ejercicio efectivo de la relación entre creador y obra, a través del reconocimiento de la paternidad, del respeto a la integridad de la obra, a la divulgación, al retracto y el acceso al ejemplar único o raro de la obra.
2. El tatuaje como manifestación de las artes plásticas se diferencia de estas por presentar su resultado sobre la piel humana, de lo que deriva la inevitable confluencia del producto de la creación con el soporte que la contiene, originando la necesidad de articular las titularidades jurídicas de ambos sujetos. A pesar de que los derechos inherentes a la personalidad del tatuado confluyen con las facultades morales del artista del tatuaje, limitando el actuar de ambas partes, es posible establecer reglas mínimas para lograr una equiparación en el plano legal en pos de su protección.
3. El contrato constituye un soporte documental eficaz para la consecución de tal finalidad, por cuanto posibilita contener los elementos técnicos propios del Derecho de Autor en consonancia con las facultades morales del creador y propiciar el adecuado equilibrio de estas con los derechos inherentes a la personalidad del tatuado, a fin de ofrecer seguridad jurídica a ambos sujetos.

Recomendaciones

- Que se tenga en cuenta la figura de la proforma contractual como elemento jurídico viabilizador del ejercicio efectivo de los derechos del tatuador y el tatuado.
- La posibilidad de capacitar a los artistas del tatuaje a través de seminarios, conferencias o charlas referentes a temas higiénico-sanitarios y jurídicos concernientes a su creación artística.
- Que se valore como un importante tema de estudio para el Derecho, la búsqueda de una solución legal a la ausencia de una normativa que permita la realización de la actividad como una alternativa de trabajo por cuenta propia.

Bibliografía

I Fuentes Bibliográficas.

1. ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, tomo II, *Derecho de Obligaciones*, volumen primero, *La obligación y el contrato en general*, Editorial Bosch, Barcelona, 1996
2. ÁLVAREZ NAVARRETE, Lillian, *Derecho de ¿autor? El debate de hoy*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2006.
3. ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, Ana María, *Antecedentes históricos de los derechos de la personalidad*, en *Derecho como saber cultural. Homenaje al Dr. Delio Carreras Cuevas*, Coordinado por MATILLA CORREA, Andry, Editorial de Ciencias Sociales/ Editorial UH, La Habana, 2011
4. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *La transmisión del Derecho de Autor y la explotación de la obra por terceros*, Documento OMPI/DA/JU/COS/92/7, presentado en el Seminario Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para jueces de Centroamérica y Panamá, San José, Costa Rica, 1992
5. -----, *Antecedentes históricos del derecho de autor y los derechos conexos*, Editorial Sucre, Caracas, 2005.
6. ANZIT GUERRERO, Ramiro y FERNÁNDEZ HALL, Lillian, *Por mi madre vivo, por el barrio muero. Maras, clicas o pandillas de Centroamérica y México*, en :[http:// www.aeap.es/ficheros/37f0f227f710fa7801974c83809dfc1b.pdf](http://www.aeap.es/ficheros/37f0f227f710fa7801974c83809dfc1b.pdf)
7. BASAIL RODRÍGUEZ, Alain y ÁLVAREZ DURÁN, Daniel: *Sociología y sociedad de la cultura. Lecciones y lecturas*. Editorial Félix Varela, Ciudad de La Habana, 2005.
8. BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de derecho Industrial*, Editorial Civitas, Madrid, 1978.
9. -----, *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal*, 2da Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1993

10. BERCOVITZ, Germán, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Editorial Tecnos, Madrid, 1978.
11. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios al artículo 10 de la Ley de propiedad Intelectual*, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1997.
12. BLANCO, Alberto, *Curso de Obligaciones y Contratos en el Derecho Civil español*, tomo II, segunda edición, La Habana, 1948.
13. CANTERO MÁRQUEZ, Juan Pedro, *Horimono: El tatuaje tradicional japonés*, en <http://www.ugr.es/~feiap/ceiap2v1/ceiap/capitulos/capitulo02.pdf>
14. CARREAU, Caroline, *Merite et droit d'auteur*, Editorial: LGDJ, Paris, 1981.
15. CASAS VALLÉS, "La protección de los artistas plásticos en el derecho español", en I Congreso Iberoamericano de Propiedad intelectual, tomo I, Madrid, 1991.
16. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, común y foral*, tomo III, Editorial Reus, Madrid, 1998,
17. CHIPP, Herschel B., *Teorías del arte contemporáneo. Fuentes artísticas y opiniones críticas*, Editorial Akal, Torrejón de Ardoz, Madrid, 1995.
18. CIPRIÁN DÍAZ, Yanet, "Tatuajes vs perjuicios". en <http://www.guerrillero.cu>.
19. COLOMBET, Claude, *Grandes Principios del Derecho de Autor y los derechos conexos en el mundo. Estudio de Derecho comparado*, Editorial UNESCO/CINDOC, Tercera ed. 1997.
20. CORTES SARMIENTO, Miriam, *Tatuajes: Linaje, ornamento e identidad*, Centro Regional de Investigación en Psicología, Volumen 5, Número 1, 2011, p. 70 en http://www.conductitlan.net/centro_regional_investigacion_psicologia/65_tatuajes_ornamento_identidad_jovenes.pdf.
21. DEL SOL, Chelsea, *Artistas de la piel*, en sitio web: <http://www.tribuna.cu/salud/2015-03-15/artistas-pie>.
22. DELGADO PORRAS, Antonio, *Fundamento y evolución del derecho de autor*. Documento OMPI/DA/JU/COS/92/2. Seminario Regional de la OMPI sobre

- derecho de Autor y Derechos Conexos para jueces de Centroamérica y Panamá. San José, 1992.
23. DELGADO VERGARA, Teresa, *El negocio jurídico contractual*, Colectivo de autores, *Derecho de Contratos. Teoría general del contrato*, tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003.
24. DESBOIS, *Le droit d' auteur en France*, Editorial Dalloz, París, 1978.
25. DIEZ PICAZO, Luis y GUILLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Tomo III, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1997.
26. ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Los derechos del autor de obras de arte*, Editorial Civitas, Primera Edición, Madrid, 1996.
27. FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio y CARRERAS CUEVAS, Delio, *Manual de Derecho Romano*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1982.
28. FUENTES PINZÓN, Fernando, “*La protección del autor de obras plásticas en Venezuela*”, *Revista de Ciencias Sociales*, vol. XIII, núm. 1, 2007.
29. GIL ALBARRÁN, Guillermo Edward, DERECHOS DE AUTOR, PP. 6 Y SS. EN SITIO WEB: [HTTP:// WWW.ESTUDIODELION.COM.PE](http://www.estudiodelion.com.pe).
30. GLOSARIO DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS Conexos, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual –OMPI-, Ginebra, 1980.
31. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La degradación del derecho al honor (honor y libertad de información)*, Editorial Civitas, Madrid, 1993.
32. IRIBARNE, Rodolfo Antonio y RETONDO, Hilda, *Plagio de obras intelectuales. Los ilícitos civiles y penales en Derecho de Autor*, Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA). Buenos Aires, 1981.
33. La Biblia, Editorial Madrid: Verbo divino, Madrid, 2003.
34. LE BRETON, D., *La escena adolescente: los signos de identidad*, traducción FERNÁNDEZ, Mauricio, en *Revista: Adolescence*. París: Esprit du Temps, No 53.
35. LE CHAPELIER “*Diseños, Propiedad Intelectual y Propiedad Industrial*”, en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, No. 26, abril-junio, 2004
36. LEDESMA, Julio, *Patentes de invención*, en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*. Tomo XXI, Editorial Bibliográfica, Buenos Aires, 1964.

37. LIPSZYC, Delia, *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Tomo I, Ediciones Unesco- Cerlalc- Zavalía, Editorial Félix Varela, La Habana, 1998.
38. LLAGUES, Ricardo de Ángel, *La protección de la personalidad en el derecho privado*, en Revista de Derecho Notarial, Madrid, enero-marzo, 1974.
39. MADRIGAL JIMÉNEZ, Mario Alonso, Representación Social del tatuaje en jóvenes tatuados entre 18 y 25 años de edad, en <http://www.ilustrados.com/documentos/jovenes-tatuados-19112010.pdf>.
40. MANRIQUE, Elsa, *Derechos Intelectuales. Aspectos registrales*, en Revista In Iure, Año 2. Vol. 2, Editorial La Rioja, Argentina, 2013.
41. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la persona*, tercera edición, Editorial COLEX, 2008.
42. MARTÍNEZ ROSSI, Sandra, *La piel como superficie simbólica. Proceso de transculturación en el arte contemporáneo*, http://www.elboomeran.com/upload/ficheros/obras/adelanto_la_piel_2.pdf.
43. MATEO PALMER, Margarita: "La poética del cuerpo: el tatuaje y escritura". En Catauro, Revista Cubana de Antropología. Fundación Fernando Ortiz. Ciudad de La Habana, Ediciones Pontón Caribe, S.A., 2004, No. 9.
44. O' CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidación e imagen*, Editorial Edersa, Madrid, 1991.
45. ORTEGA DOMÉNECH, Jorge, *Obra Plástica y Derechos de Autor*, Editorial Reus, Madrid. 2000.
46. PÉREZ DOLS, Francisco, *Introducción al estudio de los estilos*, Editorial Apolo, Barcelona, 1940.
47. RANGEL MEDINA, David, *Derecho de la propiedad industrial e intelectual*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas, segunda edición, México DF, 1992.
48. ROCHA RIVERA, Diana Erika, *El tatuaje como escritura*, en sitio web: [http://201.147.150.252:8080/jspui/bitstream/123456789/2856/1/EL_TATUAJE_COMO_ESCRITURA_\(2\).pdf](http://201.147.150.252:8080/jspui/bitstream/123456789/2856/1/EL_TATUAJE_COMO_ESCRITURA_(2).pdf).

49. RODRÍGUEZ MIGLIO, Leandro Darío, *Contenido del Derecho de Autor. Derecho moral y derechos patrimoniales. Los titulares. Los derechos protegidos: monopolio de explotación. Derecho a disponer de la obra. Derecho de reproducción y comunicación al público*, en Documento OMPIIDA/PDEI/97/1. Curso OMPI/SGAE de formación de Derecho de Autor y derechos Conexos para América Latina. Punta del Este/ Montevideo, 1997.
50. ROGEL VIDE, Carlos, *Estudios Completos de Propiedad Intelectual*, Volumen III, Editorial Reus, Madrid, 2009.
51. -----, *Estudios Completos de Propiedad Intelectual*, Volumen IV, Editorial Reus, Madrid, 2013.
52. SARDUY, Severo: "La simulación", Editorial Monte Ávila, Caracas, 1982.
53. SATO, Tomoko: "Arte japonés". Editorial Lisma, Madrid, 2009.
54. SOTO Y SAGARRA, Luis de, *Filosofía de la Historia del Arte (apuntes)*, Coordinación y prólogo de FERNÁNDEZ, Pilar y MERINO Luz.-2ªed, Editorial UH, La Habana 2013.
55. UCHTENHAGEN, Ulrich, *Introducción. Historia del Derecho de Autor y los derechos Conexos*. Documento OMPIIDA/PDEI/97/1. Curso OMPI/SGAE de formación de Derecho de Autor y derechos Conexos para América Latina. Punta del Este/ Montevideo, 1997
56. VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, *Requisitos del contrato*, COLECTIVO DE AUTORES, *Derecho de Contratos. Teoría general del contrato*, tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003.
57. -----, *Estudios cubanos sobre Derecho de Autor y derechos conexos*, Ediciones ONBC, La Habana, 2014.
58. VARELA MAYOR, Arletys, Tesis presentada en opción al título de Máster en Derecho Civil, Universidad de La Habana, 2014.
59. VÉLIZ FLORES, María Victoria, *Introducción al tatuaje*, Revista de Artes Visuales, No. 3, ISSN No. 1024-8439, Consejo Nacional de las Artes Plásticas, Ediciones Arte Cubano, Ciudad de La Habana, 2000.

60. VICENT LOPÉZ, Cristina, *Derechos de autor sobre la obra plástica enajenada*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2001.
61. VICENTE DOMINGO, Elena, *El droit de suite de los artistas plásticos*, Editorial Reus, Madrid 2007.
62. VILLALBA, Carlos Alberto, *La positivización del derecho de Autor*, en Memorias del III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y derechos conexos. Editorial Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)/ Instituto Interamericano de derecho de Autor (IIDA)/República Oriental del Uruguay, Montevideo, 1997.
63. YOUTZ, Philip N., *Sounding Stones of Architecture*, Editorial W.W. Norton & Co., New York, 1929.
64. ZHANG Shu, *La protection internationale des droits de la propriété intellectuelle: évolution et actualité*, Editorial Litec, París, 1994.

II Fuentes Legales

1. Declaración Universal de los Derechos Humanos. (On-line) <http://www.un.org/es/documents/udhr>.
2. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. (On line) www.ohchr.org
3. Convenio de Berna para la Protección de las Obras Artísticas y Literarias. (on line) www.mineduc.cl/usuarios/.../201205101657120.convenio_de_berna.pdf
4. Ley 59 de 18 de julio de 1987: Código Civil de la República de Cuba en PEREZ GALLARDO, Leonardo B., *Código civil de la República de Cuba, anotado y concordado*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2011
5. Ley 14, Ley de Derecho de autor de Cuba, de 28 de diciembre de 1977. Gaceta Oficial, Edición Ordinaria, La Habana, Cuba
6. Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de la República de España, aprobado por Real Decreto Legislativo 1 de 12 de abril de 1996, consultada en RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel (director), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Editorial Arazandi, Pamplona, 2007.

7. Ley Federal de Derecho de Autor de los Estados Unidos Mexicanos (on line) www.indautor.gob.mx/documentos_normas/leyfederal.pdf.
8. Código de Propiedad Industrial de Francia.(on line) www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=14082
9. Ley Sobre el Derecho de Autor de Venezuela de 16 de septiembre de 1993 y Decreto 1769 de 1997 Reglamento de la Ley sobre el Derecho de Autor y de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que Contiene el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos de 25 de Marzo de 1997, disponible en www.monografias.com/trabajos82/ley-derecho-autor-venezuela.shtm/.
10. Resolución 5, de 14 de enero de 2002, del Ministerio de Cultura de la República de Cuba, Reglamento que establece las normas relativas al Derecho de autor de los autores de las obras de las artes visuales.

III Sitios web visitados

[http:// www.corteconstitucionaldecolombia.com](http://www.corteconstitucionaldecolombia.com)

[http:// www.elpais.com](http://www.elpais.com)

<http://www.cuerpoyarte.com>

<http://www.madrid.org/wleg/servlet/Servidor?opcion=VerHtml&idnorma=3650>

<http://bodyart.batanga.com/4046/leyes-sobre-tatuajes-en-argentina>