

El caso Google Books: ¿usos justos y/o privilegios de copia?

The Google Books case: fair uses and/or copy privileges?

O caso Google Books: usos justos e/ou privilégios de cópia?

—

Ariel VERCELLI

CONICET / IESCT - Universidad Nacional de Quilmes, Argentina /
arielvercelli@arielvercelli.org

Lucas BECERRA

CONICET / IESCT - Universidad Nacional de Quilmes, Argentina /
lucas.becerra@unq.edu.ar

Agustín BIDINOST

IESCT - Universidad Nacional de Quilmes, Argentina / bidinost88@gmail.com

—

Chasqui. Revista Latinoamericana de Comunicación

N.º 133, diciembre 2016 - marzo 2017 (Sección Monográfico, pp. 113-128)

ISSN 1390-1079 / e-ISSN 1390-924X

Ecuador: CIESPAL

Recibido: 28-09-2016 / Aprobado: 12-12-2016

Resumen

En abril de 2016, tras 11 años de tensiones judiciales entre Google Inc. y el Gremio de Autores (Authors Guild), el caso Google Books alcanzó una sentencia firme en los EE.UU. La Corte de Apelación entendió que la copia de millones de obras intelectuales del dominio privativo –realizadas entre Google Inc. y varias bibliotecas– debía interpretarse como *fair use* (uso justo) y, por tanto, nada debía compensar a las/os autoras/es y titulares de derechos. En este artículo se analizan los principales argumentos de esta sentencia: ¿qué intereses se vieron representados y cómo se interpretó el *copyright*? El artículo retoma y profundiza una investigación mayor sobre bienes comunes y distribución de las riquezas intelectuales de la humanidad.

Palabras clave: copyright; fair use; Google Books; Authors Guild; bibliotecas;

Abstract

In April 2016, after 11 years of judicial tensions between Google Inc. and the Authors Guild, the Google Books case reached a final court ruling in the United States. The Court of Appeal found that the copy of millions of intellectual works from the private domain –done by Google Inc. and several libraries– should be interpreted as fair use and, therefore, nothing should be compensated to the authors and rights holders. The main arguments of this ruling are analyzed in the article: what interests were represented and how the copyright was interpreted? The article retakes and deepens a broader research on common goods and distribution of the humanity intellectual wealth.

Keywords: copyright; fair use; Google Books; Authors Guild; libraries;

Resumo

Em abril de 2016, depois de 11 anos de tensões judiciais entre a Google Inc. e o Grêmio de Autores (Authors Guild), o caso Google Books alcançou uma sentença definitiva nos Estados Unidos. A Corte de Apelação entendeu que a cópia de milhões de obras intelectuais de domínio privado – realizadas entre Google Inc. e várias bibliotecas – devia ser interpretada como *fair use* (uso justo) e, portanto, eximiu a corporação de compensações financeiras aos autores/as e titulares dos direitos autorais. Neste artigo serão analisados os principais argumentos desta sentença: quais interesses estiveram representados e como foi interpretado o *copyright*? O artigo retoma ainda e aprofunda uma pesquisa mais ampla sobre bens comuns e distribuição das riquezas intelectuais da humanidade.

Palavras-chave: copyright; fair use; Google Books; Authors Guild; bibliotecas.

1. Google Books, un proyecto complejo, ambicioso y des-comunal¹

El proyecto Google Books fue concebido por Larry Page, uno de los fundadores de Google Inc.² (hoy parte de Alphabet Inc.³), y comenzó a incubarse en 2002 bajo el nombre de Imprenta Google (*Google Print*). Se inició como un ambicioso proyecto sobre la gestión digital tanto de los libros (soportes) como de las obras intelectuales literarias fijadas en ellos. La iniciativa tomó estado público en octubre de 2003 cuando Google Inc. comenzó a ofrecer servicios de búsquedas sobre libros (Zeitchik, 2003) y fue presentada en la feria del libro de Frankfurt en el año 2004. Hacia 2005 el proyecto fue ampliándose y pasó a ser conocido como Google Books (Libros Google). La iniciativa se construyó a través de dos programas que, en apariencia, mantenían entre sí cierta autonomía relativa: por un lado, [a] el proyecto Imprenta Google / Programa de Socios (*Google Print / Partner Program*) y, por el otro, [b] el proyecto Biblioteca Google (*Google Library Project*).

a) A través del Programa de Socios vinculado a la Imprenta de Google la corporación comenzó a ofrecer servicios sobre alojamiento de obras intelectuales literarias en formato digital y a su visualización como *e-books* (libros electrónicos⁴). El Programa de Socios buscaba ayudar a autoras/es y editoriales a vender más libros físicos. Buscaba que los usuarios pudieran utilizar estas tecnologías para saber más sobre los libros. Así, dentro de este programa, Google Inc. pasaba a ser un socio digital: es decir, una plataforma para hacer negocios junto a autoras/es, titulares de derechos y editoriales. En 2012 el programa de socios

1 La obra intelectual es 'derecho de autor y derecho de copia © 2016, copyleft', Ariel Vercelli, Lucas Becerra y Agustín Bidinost. El artículo se desarrolló gracias al apoyo del programa de 'Estudios sociales de la ciencia y la tecnología', del 'Instituto de Estudios Sociales sobre la Ciencia y la Tecnología' (IESCT), 'Universidad Nacional de Quilmes' (UNQ): proyectos PIP-CONICET y PICT-AGENCIA sobre tecnologías conocimiento-intensivas orientadas al desarrollo inclusivo y sustentable. Se agradecen los comentarios y sugerencias a la Dra. Karina Bianculli.

2 Google Inc. es una corporación comercial norteamericana de alcance global. Fue fundada en 1998 por dos estudiantes de doctorado de la Universidad de Stanford (Larry Page y Sergey Brin) que -por esos años- trabajaban en una investigación sobre bibliotecas y gestión de la información. La biblioteca de la Universidad de Stanford favoreció al proyecto Google con financiamiento de la NSF (National Science Foundation), DARPA (Defense Advanced Research Project Agency) y la NASA (National Aeronautics and Space Administration): acuerdo IRI-9411306. Nota 69 (Assange, 2014).

3 En octubre de 2015 la corporación comercial Google Inc. (y todos sus proyectos asociados) pasaron a ser una empresa subsidiaria de la corporación Alphabet Inc. (sitio web en: <http://abc.xyz>). En líneas generales, Alphabet Inc. se presenta como una colección de compañías donde Google es -por el momento- la de mayor tamaño. Paradójicamente, Alphabet Inc. comenzó siendo una empresa subsidiaria de Google Inc. para transformarse en pocos años en la empresa madre con domicilio en Delaware, EE.UU. Alphabet Inc. se expande más allá de Internet: por ejemplo, 'Verily Life Sciences' (Ciencias de la Vida), 'Calico' (sobre longevidad), 'X' (laboratorio dedicado al desarrollo de drones o autos sin conductores humanos), inversiones (Google Capital, Google Ventures) o investigaciones sobre telecomunicaciones (Google Fiber). Google Inc. se orienta ahora al desarrollo de máquinas de aprendizaje e inteligencias artificiales (por ejemplo, DeepMind).

4 El concepto de "libro electrónico" (del inglés e-book) se presenta como un oxímoron, como una contradicción en los términos. El concepto de libro remite a un soporte papel (hojas, tapas, lomo, etc.) de las obras literarias. Lo que hoy se llama e-book es un archivo en formato digital (generalmente en PDF o EPUB) que está almacenado sobre un soporte digital (discos rígidos, servidores, readers o teléfonos móviles).

llegó a gestionar cerca de 2.5 millones de libros y sumó el consentimiento de unos 45.000 titulares de derechos de autor (Authors Guild vs. Google Inc., 2014). Entre Google Inc. y los titulares de derechos sobre las obras se llegó a negociar un porcentaje de los ingresos por publicidad. Este Programa nunca fue “legalmente problemático”.

b) El proyecto de Biblioteca Google (*Google Library Project*), con objetivos bien distintos al Programa de Socios, se orientó al escaneo y digitalización de millones de obras intelectuales contenidas en los soportes libros (también revistas y diarios) depositados en las bibliotecas (Brandt, 2010; Lewis, 2013). Para ello, Google Inc. se asoció y firmó acuerdos confidenciales con diferentes bibliotecas (públicas y privadas, universitarias y no-universitarias)⁵. El beneficio para las bibliotecas era evidente. La corporación desarrolló tecnologías para escanear libros y recuperar digitalmente las obras intelectuales: diseñó escáneres para el trabajo en las bibliotecas⁶, mejoró los sistemas de Reconocimiento Óptico de Caracteres (en inglés, OCR⁷) y diseñó el reCAPTCHA (servicio anti-robot gratuito que ayuda a la digitalización⁸). Inicialmente Google Books planeó gestionar cerca de 18 millones de obras (Lessig, 2006b; Brin, 2009). En la actualidad gestiona más de 30 millones en más de 480 lenguas (Brin, 2009; Wu, 2015).

5 Google Inc. firmó acuerdos privados con cerca de 40 bibliotecas de todo el mundo. En EE.UU.: Columbia University, Committee on Institutional Cooperation, Harvard University, Cornell University Library, California University, The New York Public Library, Princeton University, Stanford University, University of Michigan, University of Texas at Austin, University of Virginia, University of Wisconsin – Madison. A nivel internacional: Österreichischen Nationalbibliothek (Austria), Bayerische Staatsbibliothek (Alemania), Universiteitsbibliotheek Gent (Holanda), Keio University Library (Japón), Bibliothèque municipale de Lyon (Francia), Biblioteca de Catalunya (España), Oxford University (Reino Unido), Universidad Complutense de Madrid (España), Bibliothèque Cantonale et Universitaire Lausanne (Suiza) (Google Books, n.d.). Google Inc. también firmó convenios con el Ministerio de los Bienes Culturales de Italia para digitalizar y preservar el patrimonio literario de los siglos XVIII y XIX (Google Books, n.d.).

6 Por el desarrollo de los escáneres Google Inc. solicitó al menos cinco patentes de invención en la Oficina de Patentes de EE.UU.: [1] control de ritmo y error para operadores manuales de cambio de hojas (O’Sullivan, *et al*, 2003); [2] detección de pliegues / hendiduras en las imágenes escaneadas (Lefevre & Saric, 2004); [3] segmentación de páginas de medios impresos en artículos (Jain, Sahasranaman, Saxena & Chaudhury, 2010); [4] libro Interactivo (*Interactive Book*) con realidad aumentada (incluye música, video, sensores de movimiento y presión); [5] medio enriquecido de libro emergente (*Media Enhanced Pop-up Book*) para sumar móviles o tabletas (Sullivan, 2016).

7 El ‘Reconocimiento Óptico de Caracteres’ (OCR, ‘*Optical Character Recognition*’) es un dispositivo de traducción electrónica de textos impresos / manuscritos (libros, revistas, catálogos, mapas, planos, documentos). Se utiliza en la digitalización de libros y revistas. El software OCR [1] identifica símbolos / caracteres de un alfabeto a partir de una imagen / foto capturada por un escáner de un soporte papel y [2] los transporta hacia un texto editable en una computadora (archivo digital y soporte magnético).

8 Para los OCRs que no fueron bien interpretados por las computadoras Google Inc. desarrollo el reCAPTCHA (*Completely Automated Public Turing test to tell Computers and Humans Apart*), un sistema que busca que los seres humanos reinterpreten los caracteres incorrectamente leídos por las computadoras y, a través de ello, ayuden a la digitalización de las obras intelectuales escaneadas de los soportes libros. Los sistemas anti-robot sólo habilitan niveles de acceso a seres humanos.

2. La co-construcción entre tecnologías y regulaciones

Google Inc. no fue ni la primera ni la única corporación en intentar un proyecto tan ambicioso sobre la gestión de bienes y obras intelectuales literarias. Aunque fue la única que pudo articular una sofisticada estrategia dual, tanto tecnológica como jurídica, en sintonía con sus intereses globales (Lessig, 2006a; Vercelli, 2009; 2010; 2015; Vaidhyanathan, 2011). En primera instancia “dispuso” de todas las obras intelectuales en sus servidores (en el subdominio *books.google.com*) y luego pasó a administrar diferentes servicios de “accesos” precarios a los bienes y obras intelectuales literarias (Vercelli, 2010; 2015; Vaidhyanathan, 2011; Rosenthal, 2016). Además de negociar acuerdos con las bibliotecas y escanear los libros, Google Inc. diseñó nuevas formas de visualización de obras intelectuales (tecnologías de visualización) a partir de sus propias interpretaciones jurídicas del *copyright* norteamericano y, específicamente, del *fair use* / uso justo⁹.

Estos diseños fueron parte de un diseño tecnológico-jurídico pensado, discutido, ajustado y negociado dentro de Google Inc. Su estrategia puede considerarse un típico proceso de co-construcción entre regulaciones y tecnologías digitales (Vercelli & Thomas, 2007; Vercelli, 2009). Cada categoría jurídica de las obras intelectuales escaneadas se correspondió con el diseño de una solución tecnológica específica para su gestión. Se describen y analizan a continuación las diferentes opciones diseñadas por la corporación:

- a. Las obras intelectuales de dominio público / común (es decir, obras con el plazo de protección vencido) se pueden descargar de la plataforma o se las puede visualizar de forma completa (visualización completa / *full view*);
- b. Las obras intelectuales bajo licencias abiertas / libres se pueden acceder o disponer según las condiciones de cada licencia;
- c. Las obras intelectuales de dominio privativo (es decir, obras con el plazo de protección aún no vencido) están alcanzadas por diferentes restricciones en su visualización. A su vez, estas formas de visualización presentan tres opciones diferentes:

c1) Visualización de forma limitada [*limited preview*] (de acuerdo a lo ne-

9 El *fair use* / uso justo es una construcción doctrinaria y jurisprudencial del *copyright* norteamericano que permite evaluar si ciertos usos sobre obras intelectuales están habilitados sin solicitar permisos a las/os autoras/es y titulares de derechos. Es una limitación y excepción de los derechos reconocidos a las/os autoras/es / titulares de derechos. Fue receptada en el texto legal del *copyright* en el año 1976: sección 107, “Limitaciones sobre los derechos exclusivos: uso justo” de la ‘Ley de Copyright de los Estados Unidos de Norteamérica’ (“§ 107, *Limitations on exclusive rights: Fair use; Copyright Law of the United States of America*”). La sección 107 ofrece cuatro factores a tener en cuenta para evaluar los casos: [1] la finalidad y el carácter que tiene el uso de la obra, [2] la naturaleza de la obra, [3] la parte utilizada y [4] los efectos sobre el mercado (o comercialización) de la obra. Existe un listado abundante de sentencias sobre *fair use*. Recientemente, la jurisprudencia también ha tratado cómo podrían evaluarse los usos transformativos (una sub-especie dentro del *fair use* / uso justo). En términos procesales el *fair use* / uso justo funciona como una “defensa afirmativa”, como una especie de “cuestión previa” que los jueces deben evaluar.

- gociado con los titulares de derechos de autor en su Programa de Socios);
- c2) Visualización a través de fragmentos textuales [*snippets view*] (de acuerdo a lo que Google Inc. interpretó que era el *fair use* / uso justo (dentro del *copyright* norteamericano);
- c3) Visualización no disponible [*no preview available*], donde sólo se ofrece información de catalogación, tal y como lo hacen las bibliotecas.

3. El Gremio de Autores vs. Google Inc.: los acuerdos de conciliación

El escaneo realizado por Google Inc. en las bibliotecas fue masivo e indiscriminado. Es decir, se escanearon obras intelectuales del dominio público-comunitario (para las que no se necesitaba solicitar permisos), pero también obras del dominio privado sin que fuera solicitado consentimiento alguno a las/os autoras/es y titulares de derechos. ¿Debían solicitar permisos sobre las obras del dominio privativo? En agosto de 2005, una vez que el escaneo de libros y la digitalización de las obras intelectuales estaban en pleno proceso, Google Inc. articuló [a] su Programa de Socios de la Imprenta Google con [b] el Proyecto de Biblioteca. En concreto, sin mediar consentimiento alguno y sin pagar regalías a las/os autoras/es y titulares de derechos, Google Inc. comenzó a alimentar su modelo de negocio con los libros escaneados de las bibliotecas que aún estaban en el dominio privativo. ¿Debían pagar regalías por usar las obras intelectuales con fines comerciales? Las tensiones comenzaron a profundizarse a nivel mundial. Las acciones judiciales contra Google Inc. no se hicieron esperar.

En septiembre de 2005 Authors Guild (Gremio de Autores)¹⁰ inició acciones contra Google Inc. El medio procesal que escogieron los demandantes fue una acción de clase o demanda colectiva (*class action suit*)¹¹. Alegaron violación masiva del *copyright* (*massive copyright infringement*) en relación a las 4.5 millones de obras intelectuales en dominio privado que representaban (Na, 2007; Samuelson, 2010). Alegaron que dicha violación se produjo a través del escaneo de los soportes libros que contenían las obras intelectuales protegidas y por haberlas usado para alimentar los servicios de búsqueda de Google Inc. sin el permiso de las/os autoras/es y titulares de derechos. Google Inc. no tardó

10 Authors Guild (Gremio de Autores) es la asociación colectiva de escritores más importante de los EE.UU. Se inició en 1912 y, en la actualidad, tiene más de 9.000 representados: novelistas, historiadores, poetas, periodistas y agentes literarios). Representa a la comunidad literaria en asuntos de *copyright*, contratos, libertad de expresión, impuestos, etc.

11 En EE.UU. las acciones colectivas / demandas colectivas no son un procedimiento habitual para litigios sobre *copyright* (sí lo son en temas de defensa al consumidor). En estas acciones se presenta una única demanda judicial donde los hechos y reclamos son coincidentes para todos los integrantes de una clase determinada (grupo determinado). El acuerdo de conciliación entre las partes debe ser aprobado por un tribunal y -de serlo- pasa a ser vinculante (obligatorio) para todos. Al dictaminar, los jueces ponderan si el acuerdo es "justo, adecuado y razonable".

en argumentar su posición defensiva: su estrategia se basó en sostener que el uso de las millones de obras intelectuales debía ser considerado *fair use* / uso justo. Es decir, como estrategia procesal defensiva, Google Inc. sostuvo que la corporación podía y estaba legalmente habilitada a disponer de la totalidad de obras intelectuales del dominio privativo sin pedir permiso ni pagar dinero por su gestión.

Las partes negociaron acuerdos de conciliación durante varios años. Incluso, Google Inc. ofreció dinero para compensar los usos sobre las obras intelectuales. En aquel momento, Google Books distaba de ser considerada una biblioteca y, a su vez, ya era reconocida como una iniciativa comercial privada (Samuelson, 2010; Vaidhyanathan, 2011). Sin embargo, el 22 de marzo de 2011 la última versión del acuerdo fue rechazada por el Juez Denny Chin¹². Éste consideró que el acuerdo no era justo, adecuado y razonable (“*not fair, adequate and reasonable*”) para los intereses de los miembros de la clase representada (U.S. District Court, 2011). El caso estaba atravesado por densas alianzas y múltiples perspectivas analíticas (Esteve, 2010; Vaidhyanathan, 2011). Entre otros puntos, la aprobación de alguno de los acuerdos de conciliación podría haber avanzado sobre funciones del poder legislativo de los EE.UU. e, incluso, podrían haber resultado ilegales dentro del sistema internacional que articula el *copyright* angloamericano y el derecho de autor y derecho de copia. El rechazo del último acuerdo pareció ser un gran revés judicial para Google Inc.

4. La sentencia de la Corte Distrital: *fair use* / uso justo

El 14 de octubre de 2011 el Gremio de Autores (colectivamente) y otros tres autores como demandantes iniciaron un “*fourth amended class action complaint*”: es decir, una acción judicial (distinta de la acción de clase) orientada a apelar la denegatoria al acuerdo y avanzar en una condena contra Google Inc. Los demandantes alegaron, otra vez, una infracción masiva a sus legítimos derechos reconocidos en el *copyright*. Por su parte, Google Inc. insistió con su argumento defensivo a través de la doctrina del *fair use* / uso justo. Por orden de la Corte de Apelación (de segunda instancia) el argumento defensivo de Google Inc. debió resolverse antes que la acreditación de la nueva acción judicial del Gremio de Autores. El 14 de noviembre de 2013, para sorpresa de muchos, el Juez Danny Chin estimó que las copias que se habían realizado dentro del proyecto Google Books (entre Google Inc. y las bibliotecas asociadas) debían ser consideradas *fair use* / uso justo. Es decir, que la principal corporación comercial de Internet a nivel mundial nada debía pagar a las/os autoras/es y titulares de derechos por el uso de sus obras intelectuales (Xalabarder, 2014; Herrera Sierra, 2015).

12 Biografía de Denny Chin en <http://bit.ly/12k7ld3>.

La Corte Distrital, luego de analizar los cuatro factores establecidos por el artículo 107 del *copyright*, encontró que los usos realizados por Google Inc. eran transformativos, que la visualización en fragmentos estaba correctamente limitada y que Google Books no significaba un sustituto de las obras intelectuales protegidas. El Juez entendió que si estos usos justos les eran reconocidos a Google Inc. también debían serles reconocidos a las bibliotecas asociadas que permitieron el escaneo de las obras (U.S. District Court, 2013). Incluso, el magistrado consideró que Google Books era una iniciativa beneficiosa para el desarrollo de las ciencias, las artes y la investigación. Entre otros puntos, argumentó que Google Books ofrecía herramientas de búsqueda para investigadores y bibliotecarios, favorecía el préstamo entre bibliotecas, ayudaba al control de citas, favorecía el *data mining* (minería de datos), expandía el rango de acceso a los libros, favorecía la producción de textos en braille y audiolibros e, incluso, que servía a la preservación de las obras (U.S. District Court, 2013).

El Gremio de Autores mostró su disconformidad con la sentencia de la Corte Distrital. El 7 de abril de 2014 presentó formalmente la apelación. También convocó a una campaña mundial contra la digitalización masiva que –sin pausa– continuaba desarrollando Google Inc. Para el Gremio de Autores la sentencia interpretaba incorrectamente la evaluación de los cuatro factores del *fair use* (Author Guild vs. Google Inc., 2014; Herrera Sierra, 2015). Entre otros puntos, [a] las copias que realizaba Google Inc. se hacían sobre obras completas y no podían considerarse usos transformativos sobre la base de la sentencia *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*; [b] el fin de lucro de Google Inc. es indubitable; [c] Google Books estaba cercenando los derechos derivados de los autores / titulares; [d] las copias digitales en servidores de Google Inc. podrían ser hackeadas; [e] las copias digitales que facilitaba Google Inc. a las bibliotecas asociadas tampoco debían considerarse usos transformativos. El Gremio de Autores acusó a Google Inc. de destruir el mercado real y potencial sobre servicios de obras intelectuales en formato digital (Authors Guild vs. Google Inc., 2014).

5. La sentencia de Corte de Apelaciones: los usos transformativos

El 16 de octubre de 2015 se conoció la sentencia de la Corte de Apelación del Segundo Circuito¹³ (compuesta con los jueces Pierre Leval¹⁴, José Cabranes¹⁵ y Barrington Parker¹⁶). La sentencia confirmó por unanimidad el fallo de la Corte Distrital del año 2013. La sentencia quedó firme en abril de 2016, una vez que

13 Página web en: <http://www.ca2.uscourts.gov/>

14 El Juez Pierre Leval es un estudioso del *fair use* / uso justo y, sobre todo, de aquellos usos que podrían considerarse usos transformativos de las obras intelectuales. Al respecto, en la década del 90 escribió un artículo titulado “*Toward a Fair Use Standard* / Hacia un Standard del Uso Justo.” (Leval, 1990). Biografía en: <http://www.ca2.uscourts.gov/judges/bios/pnl.html>

15 Biografía en: <http://www.ca2.uscourts.gov/judges/bios/jac.html>

16 Biografía en: <http://www.ca2.uscourts.gov/judges/bios/bdp.html>

la Corte Suprema de los EE.UU. le denegara al Gremio de Autores su pedido de revisión del caso Google Books (U.S. Supreme Court, 2016a & 2016b). La denegatoria de la Corte Suprema (una clara acción por omisión) hizo que las opiniones sobre el caso proliferaran y se complejizaran aún más. La sentencia de la Corte de Apelación (de segunda instancia) adquirió entonces una relevancia extraordinaria¹⁷. Entre otras preguntas, ¿era posible interpretar y adaptar el *fair use* / uso justo a la copia masiva de millones de obras intelectuales por parte de una persona jurídica? ¿Existían otras personas físicas y jurídicas en los EE.UU. que pudieran repetir los pasos seguidos por Google Inc? (Authors Guild vs. Google Inc., 2015).

La primera idea fuerte de la sentencia fue reconocer la complejidad del caso: se trataba de un caso que ponía a prueba los límites de la doctrina del *fair use* / uso justo. Así lo expresaron los miembros de la Corte de Apelación en la página 2: “Esta disputa sobre copyright examina los límites del uso justo”¹⁸ (U.S. Court of Appeal, 2015, p. 2). Esta advertencia inicial no era novedosa. La misma idea había sido expresada casi una década atrás por Lawrence Lessig (2006b) y Nari Na (2007), entre otros. Google Books siempre se presentó como un desafío a los límites de la articulación entre las tecnologías y las leyes. Incluso, Na (2007) expresó que el caso representaba una nueva oportunidad de actualización / adaptación de las leyes (regulaciones) a la innovación tecnológica de la era digital. Pero, entonces, si esta era una oportunidad cierta de ajustar el *fair use* / uso justo ¿cómo se interpretó el *copyright*? y, sobre todo, ¿qué intereses se tuvieron en cuenta para realizar esta adaptación / actualización?

En el apartado “discusión” la sentencia da cuenta del análisis de los cuatro factores de la sección 107 del *copyright*. Tal y como se estila en la doctrina y la jurisprudencia, los jueces deben analizar cada uno de los factores por separado y luego sopesarlos conjuntamente. Cada uno de los factores tiene igual relevancia y debe ser atendido como criterio de la evaluación. Sin embargo, en la sentencia se expresa que los factores 1 y 4 fueron, a criterio de los jueces, los más relevantes para fundar su evaluación de Google Books: sobre todo, para analizar sus funciones de búsqueda (*search function*) y las funciones de visualización a través de fragmentos (*snippet view function*). ¿Es posible dar mayor relevancia sólo a dos de los cuatro factores? ¿Qué hubiera ocurrido si se sopesaban todos y

17 La sentencia de la Corte de Apelación consta de 48 páginas de argumentos jurídico-políticos densos y bien estructurados. Al inicio revisa sintéticamente el caso y confirma el fallo de la Corte Distrital. En segundo lugar se aboca a trabajar sobre los antecedentes del caso: los demandantes, Google Books y una breve historia procedimental del caso. En tercer lugar pasa a discutir [1] para qué sirve el copyright, [2] las funciones de búsqueda y de visualización en fragmentos (cómo interpretar los cuatro factores del *fair use* / uso justo y los usos transformativos), [3] los derechos derivados en las búsquedas y visualizaciones de fragmentos, [4] los riesgos de *hacking* sobre los servidores de Google Inc. y, finalmente, [5] la distribución de copias digitales a las bibliotecas. La sentencia tiene dos apéndices (a y b), y una conclusión final en página 46 (U.S. Court of Appeal, 2015).

18 “This copyright dispute tests the boundaries of fair use”. Traducción de los autores.

no sólo dos de ellos? A continuación se analizan los principales argumentos de la sentencia sobre los cuatro factores:

1) *Factor Primero, el propósito y el carácter del uso.* La Corte de Apelación entendió que la función de búsqueda de Google Books no reemplaza el objeto de la creación original. Es decir, que el caso muestra un uso altamente transformativo de acuerdo al antecedente jurisprudencial *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*: los jueces entendieron que en el caso se presenta un uso específico que comunica algo nuevo, diferente y que podría dar lugar a expandir la utilidad pública de las obras intelectuales originales. A su vez, entendieron que las formas de visualización a través de fragmentos (*snippet view*) también son usos transformadores. En la sentencia se mencionan otros casos antecedentes que podrían considerarse similares¹⁹. Para los jueces el fin de lucro de Google Inc. no obsta a que sus acciones de copia se puedan considerar *fair use* / uso justo. Entendieron que el carácter comercial de Google Books no era concluyente al momento de determinarlo.

2) *Segundo factor, la naturaleza de la obra protegida.* Este es uno de los factores menos analizados en la sentencia. Sólo fue tomado como un complemento del primero. Los jueces manifestaron que los tribunales en EE.UU., históricamente, son más proclives a encontrar *fair use* / usos justos sobre el uso de obras científicas (*factual works*) que sobre las obras intelectuales que pueden clasificarse como obras de ficción. Existe una razón evidente: el *copyright* no protege ni hechos ni ideas, sólo las formas en que se expresan esos hechos o ideas. La Corte de Apelación entendió que este segundo factor no era operativo (o tan relevante) y sí podía considerarse complementario de los otros tres. El menosprecio por el segundo factor tuvo evidentes consecuencias sobre el fallo. Por ejemplo, un punto olvidado en la sentencia remite a la escala y la oportunidad del escaneo realizado por Google Inc. en las bibliotecas. El escaneo realizado por Google Inc. no distinguió en ningún caso por tipo de obras. Dentro de este factor bien podría (debería) haberse analizado en profundidad cuál es la “naturaleza” de las obras intelectuales literarias que se encuentran dentro o fuera de las bibliotecas. ¿Por qué existen obras intelectuales literarias en las bibliotecas? La sentencia de la Corte de Apelaciones no da cuenta de estos puntos.

3) *Tercer factor, la cantidad y la sustantividad de la porción utilizada en relación a la obra protegida como un todo.* El argumento usado por la Corte de Apelación sobre el tercer factor se divide en dos aspectos. Sobre el primero, [a] la función de búsqueda, la Corte de Apelación estimó que si bien Google Inc.

19 La sentencia menciona varios casos de copias digitales que podrían ser transformativas, por ejemplo, para: [1] permitir búsquedas de palabras particulares (HathiTrust, 755 F.3d at 97-98); [2] permitir el control de plagios (Vanderhye v. iParadigms, LLC, 562 F.3d 630, 638-640 (4th Cir. 2009)); [3] permitir un enlace a una obra a través de *thumbnails* (Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F.3d 1146, 1165 (9th Cir. 2007) y Kelly v. Arriba Soft Corp., 336 F.3d 811, 818-819 (9th Cir. 2003)); [4] permitir hacer una denuncia penal por asesinato (Bond v. Blum, 317 F.3d 385 (4th Cir. 2003)); [5] permitir el flujo de información periodística (Nuñez v. Caribbean Int'l News Corp., 235 F.3d 18, 21-23 (1st Cir. 2000)) (U.S. Court of Appeal, 2015).

hizo copias digitales enteras de las obras (es decir, las escaneó de forma completa, desde la tapa hasta la contratapa) no existe regla alguna que pueda excluir la posibilidad de considerar estas copias como *fair use*. La Corte de Apelación entendió que esas copias completas de las obras no son una sustitución de las obras antecedentes. Argumentaron que la totalidad de la obra era necesaria para habilitar la función de búsqueda. Entonces, aunque Google Inc. realizó copias completas de las obras intelectuales sin autorización ello no significa que la copia digital sea revelada al público. El mismo argumento es usado también para evaluar el segundo aspecto, [b] la visualización a través de fragmentos. Según la Corte de Apelación, Google Inc. diseñó una visualización restringida sólo a fragmentos de las obras intelectuales de forma tal que no representan una sustitución de mercado de la obra protegida. La Corte de Apelaciones llama “restricciones” a la forma particular en que Google Inc. construyó las formas de visualización²⁰. Por tanto, el tercero de los factores es prácticamente desechado por los argumentos de la sentencia. En este punto, la sentencia pierde el sentido común y da lugar a absurdos: ¿es igual escanear y usar un fragmento de una obra intelectual (unas páginas, por ejemplo) que toda la obra? La sentencia no ofrece argumento alguno al respecto.

4) *Cuarto factor, el efecto del uso sobre el mercado potencial o valor de la obra protegida.* Para la Corte de Apelación el análisis del cuarto factor está estrechamente relacionado a los argumentos esgrimidos para el primero y el tercero. Es decir, no encuentran evidencias sobre una amenaza significativa para el mercado potencial de los demandantes. Entienden que la visualización a través de fragmentos no sustituye al original en términos de mercado y, por tanto, no existe amenaza al derecho de las/os autoras/es y titulares de derechos. Esta sección de la sentencia finaliza con un análisis integral de los cuatro factores donde se expresan similares argumentos o, directamente, se repiten las consideraciones iniciales. Se afirmó que para este tipo de visualizaciones en fragmentos, los de Google Books pueden considerarse *fair use* y, por tanto, no infringen los derechos de los demandantes. La sentencia nada expresa sobre un punto clave para analizar el mercado potencial de las obras literarias: ¿por qué es Google Inc. la única corporación que dispone de las obras intelectuales escaneadas de las bibliotecas? ¿Este *index* de obras podría estar también disponible para otras corporaciones comerciales, asociaciones civiles, fundaciones, bibliotecas o, como el sentido común parece indicarlo, disponible también para toda la ciudadanía? La sentencia no ofrece argumento alguno al respecto.

20 Entre otras restricciones: sólo se visualiza 1/8 de cada página, un fragmento por página, una página por cada diez páginas, no más de tres fragmentos por término y no más de uno por página. Se excluyen, además, los libros de cocina y los diccionarios. Las medidas están orientadas a que no se pueda sustituir el “original”. Incluso, el *blacklisting*, otra restricción, bloquea cerca de 22% de las obras intelectuales de la visualización a través de fragmentos: es decir, el 78% estaría accesible para búsquedas. A su vez, los *snippets* de Google Books fueron divididos por líneas de texto y no por oraciones completas, párrafos o alguna otra forma determinada por el contenido. Estos argumentos construyen aquello que, según la Corte de Apelación, podrían considerarse como una no-sustitución de la obra intelectual antecedente.

Existen otros tres puntos relevantes para el análisis que la sentencia atiende (apartados 3ro, 4to y 5to): [a] *Derechos derivados sobre búsquedas y visualización en fragmentos*: la sentencia rechazó los argumentos del Gremio de Autores sobre la afectación de los derechos derivados sobre las obras intelectuales. Los jueces entendieron que el *copyright* no incluye un derecho exclusivo sobre el tipo de información que Google Inc. está ofreciendo al público; [b] *El peligro de hackeo a los servidores de Google Inc.*: el cuarto punto de la sentencia se vincula al análisis del riesgo real o potencial de que Google Inc. pueda ser *hackeada* en sus servidores y ello redunde en un daño irreparable para los demandantes. Al respecto, la Corte de Apelación afirma que aquello que puede pasarle a HathiTrust²¹ o a Google Inc. también puede pasarle a las/os mismas/os autoras/es / titulares derivados cada vez que lanzan un nuevo libro. La sentencia remarcó las “impresionantes” medidas de seguridad usadas por Google Inc. [c] *La distribución de copias digitales a las bibliotecas*: El quinto punto de la sentencia se vincula con las copias digitales que Google Inc. ha distribuido a las bibliotecas y cuánto de esas prácticas puede considerarse una infracción. La Corte de Apelación entendió suficiente que Google Inc. haya firmado acuerdos con las bibliotecas donde éstas se obligaban a usar las copias digitales de una forma consistente con la ley (el *copyright*) y a tomar las precauciones necesarias para prevenir la diseminación de copias al público.

La conclusión de la sentencia se encuentra en la página 46:

En suma, concluimos que: (1) la digitalización no-autorizada de Google sobre obras protegidas por el copyright, la creación de un buscador funcional, y la visualización de fragmentos de esas obras no infringen los usos justos. El propósito de la copia es altamente transformativo, la visualización pública del texto es limitada, y las revelaciones no proveen un mercado sustitutivo significativo para los aspectos protegidos de los originales. La naturaleza comercial y la finalidad de lucro de Google no justifican denegar el uso justo. (2) La entrega de las copias digitales de Google a las bibliotecas que suministraron los libros, realizada sobre el entendimiento de que las bibliotecas usarán las copias de una forma consistente con la ley de copyright, tampoco constituye infracción. Google no es, sobre este registro, un contribuyente infractor. CONCLUSIÓN: La sentencia de la corte distrital es CONFIRMADA.²² (U.S. Court of Appeal, 2015, p. 46).

21 HathiTrust es una asociación de bibliotecas que nació en 2008 con el objetivo de archivar y compartir colecciones de obras intelectuales digitalizadas. En sus inicios las bibliotecas estuvieron asociadas a Google Books. En la actualidad también se han asociado con Microsoft, el Archivo de Internet, Universidades, estudiantes y usuarios particulares. URL: <http://www.hathitrust.org>.

22 Texto en inglés: “In sum, we conclude that: (1) Google’s unauthorized digitizing of copyright-protected works, creation of a search functionality, and display of snippets from those works are non-infringing fair uses. The purpose of the copying is highly transformative, the public display of text is limited, and the revelations do not provide a significant market substitute for the protected aspects of the originals. Google’s commercial nature and profit motivation do not justify denial of fair use. (2) Google’s provision of digitized copies to the libraries that supplied the books, on the understanding that the libraries will use the copies in a manner consistent with the copyright law, also does not constitute infringement. Nor, on this record, is

6. Algunas conclusiones e interrogantes

Google Books se ha transformado en uno de los casos más relevante para analizar como el diseño de las tecnologías digitales se articula, se co-construye, con la interpretación y el ejercicio de derechos. Si el *copyright* norteamericano mantenía marcadas diferencias con el derecho de autor y derecho de copia, entonces, la denegatoria de la Corte Suprema y la sentencia de la Corte de Apelaciones podrían estar construyendo grandes diferencias entre ambas regulaciones. Es cierto, nunca fueron iguales. Sin embargo, ahora podrían pasar a ser contradictorias sobre un punto clave: ¿qué pueden o no pueden hacer las corporaciones comerciales con las obras intelectuales de la humanidad? ¿Se puede atribuir *fair use* / uso justo al accionar de las personas jurídicas? ¿Y a los usos de una inteligencia artificial de carácter privado como Google Inc.?

La denegatoria de la Corte Suprema de los EE.UU. a tratar la apelación del Gremio de Autores (acción por omisión, acción orientada a no-tratar el caso) agitó las aguas interpretativas sobre qué se puede o no se puede hacer con los bienes y obras intelectuales. Se desconocen las razones de esta omisión jurisdiccional. ¿Podría haber ayudado una sentencia del más alto tribunal? Una sentencia definitiva de la Corte Suprema hubiera clarificado cómo interpretar el *copyright* norteamericano en la era digital: específicamente, sobre el *fair use* / uso justo y el tratamiento y alcance de las limitaciones y excepciones a los derechos personales y patrimoniales.

La sentencia de la Corte de Apelación tampoco explica cómo interpretar el *fair use* / uso justo y cuáles son los alcances de los usos transformativos (una subespecie del *fair use* / uso justo). La construcción de los “usos transformativos” no permite juzgar qué tipo de copias han realizado Google Inc. y las bibliotecas asociadas dentro del proyecto Google Books. ¿Se trata de copias idénticas, mecánicas, de nuevas fijaciones? La sentencia analizada se torna oscura al momento de considerar las copias. Ofrece argumentos sobre los cuatro factores, pero no se logra explicar qué son y cómo funcionan los usos transformativos. Evita tratar si las acciones de copia agregaron algún tipo de valor a las obras intelectuales antecedentes. Este es un demérito de la sentencia.

Google Inc. no agregó valor alguno a las millones de obras intelectuales copiadas de las bibliotecas. Aunque sí es posible observar que la corporación construyó otro tipo de valor comercial sobre (por encima de) las obras intelectuales antecedentes. Entonces, más que relacionada a supuestos usos transformativos, la sentencia puede entenderse habilitando la legalidad de un caso que construyó un gigantesco cambio en los soportes de las obras. Es decir, se habilitaron acciones de copia que transportan las obras intelectuales de los soportes libros (aún en las bibliotecas asociadas) hacia los servidores corporativos de

Google a contributory infringer. CONCLUSION: The judgment of the district court is AFFIRMED.”. Traducción de los autores.

Google Inc. ¿Habrá sido éste el objetivo central de la sentencia de la Corte de Apelación? ¿La creación de un nuevo instituto jurídico –a nivel jurisprudencial– que habilite la copia (el transporte) de las obras intelectuales hacia diferentes soportes? Incluso, por el momento, esta interpretación del *copyright* sólo puede aplicarse al caso de Google Inc. Ni siquiera es posible aplicarla a las bibliotecas asociadas a Google Books.

La selectividad argumentativa de la sentencia de la Corte de Apelación es atribuible a la sub-estimación analítica de los cuatro factores: explícitamente menosprecia los factores dos y tres del *fair use* / uso justo. ¿Por qué la sentencia no considera la escala y el tamaño des-comunal de Google Books? La historia procesal del caso lo ameritaba. Para evaluar un caso de *fair use* / uso justo, ¿es igual escanear tres obras intelectuales que millones? El sentido común, la proporcionalidad, la simetría, entre otros principios, bien podrían haber mostrado estas diferencias. La construcción de los usos transformativos emergentes de la sentencia parece estar desvirtuando el *copyright*.

A pesar de su relevancia para el segundo factor de la sección 107 (la naturaleza de la obra) la sentencia también omite pronunciarse sobre las especiales condiciones en que se produjeron las copias. Las bibliotecas todavía cumplen una función público-comunitaria en relación a la información, los bienes y obras intelectuales y las culturas: ¿podían las bibliotecas asociadas a Google Books disponer de sus acervos a favor de una corporación comercial? Las bibliotecas no eran (ni son) titulares de derechos (ni originarios ni derivados) sobre las obras que gestionan. En este punto, la infracción al *copyright* se presenta como algo evidente. Otro punto clave desatendido en la sentencia remite a las obras intelectuales que sí estaban en el comercio: ¿por qué Google Inc. no fue obligada a comprar –o a pagar por– aquellos libros del dominio privativo que sí estaban disponibles en comercios y/o editoriales (*in print*) para generar desde allí sus copias digitales?

El modelo de Google Books y, en particular, su diseño tecnológico-jurídico logró imponerse en los EE.UU. Uno de los detalles más sorprendentes del caso es que, durante los once años de tensiones, negociaciones y litigios judiciales, la corporación jamás detuvo su desarrollo. Google Inc. logró que su estrategia sea considerada una interpretación válida del *copyright* norteamericano. A la tensa relación que ya mantenían el *copyright* y las tecnologías digitales, ahora se suma una nueva interpretación que perjudica a millones y sólo beneficia a Google Inc. Si esta corporación dispone en sus servidores de cerca de 30 millones de obras (incluyendo 4.5 millones en el dominio privativo) ¿por qué una copia de ese *index* literario no está también disponible para todos y cada uno de los ciudadanos? La sentencia de la Corte de Apelación re-interpretó el *copyright* y, específicamente, el *fair use* / uso justo para construir un privilegio de copia a favor de Google Inc.

Referencias bibliográficas:

- Assange, J. (2014). *Wikileaks: When Google Met Wikileaks*. New York: OR Books.
- Authors Guild vs. Google Inc. (2015, 31 de diciembre). Petition for Writ of Certiorari, Supreme Court of the United States. Recuperado de <http://bit.ly/1UisFKU>.
- Authors Guild vs. Google Inc. (2014, 7 de abril). Appeal Brief. U. S. Court of Appeals, Second Circuit. Recuperado de <http://bit.ly/2h1PL9p>.
- Brandt, R. (2010). *Las dos caras de Google*. Barcelona: Editorial Viceversa.
- Brin, S. (2009, 08 de octubre). A Library to Last Forever. New York Times. Recuperado de <http://nyti.ms/2hvVaZn>.
- Esteve, A. (2010). Análisis legal del proyecto Google books desde la perspectiva de los derechos de propiedad intelectual. *Bid. Textos Universitarios de Biblioteconomía y Documentación*, Número 24, junio 2010, Universidad de Barcelona. Recuperado de <http://bid.ub.edu/24/esteve2.htm>
- Jain, A., Sahasranaman, V.; Saxena, S. & Chaudhury, K. (2010, 13 de agosto). *Segmenting Printed Media Pages Into Articles*. USPTO, solicitud de patente N° 191120.
- Google Books. (n.d.) Library Partners. Sitio web de Google Books. Disponible en <http://bit.ly/2hlMXcq>.
- Herrera Sierra, L. F. (2015). La doctrina del *fair use* frente a los retos impuestos por el entorno digital. Estudio del caso google books. *Revista La Propiedad Inmaterial*. N° 20, Universidad Externado de Colombia. (57 - 83). Recuperado de <http://bit.ly/2gB8vOk>.
- Lessig, L. (2006a). Code: Version 2.0. Nueva York: Basic Books.
- Lessig, L. (2006b, 15 de enero). Is Google Book Search “Fair Use”? YouTube. Recuperado de <http://bit.ly/2hoK5P7>.
- Lefevere, F. M, Saric, M. (2004, 13 de septiembre). *Detection of grooves in scanned images*, USPTO, 7,508,978.
- Leval, P. (1990). Toward a Fair Use Standard. Publicado en ‘Harvard Law Review’, Vol. 103. (1105 - 1136). Cambridge: EE.UU. Recuperado de <http://bit.ly/2hw2VhO>.
- Lewis, B. (Director) (2013). ‘Google and the World Brain’. USA: Polar Star Films & BLTV Disponible en <http://www.worldbrainthefilm.com/es>
- Na, N. (2007). Testing the Boundaries of Copyright Protection: The Google Books Library Project and the Fair Use Doctrine. *Cornell Journal of Law and Public Policy*, Volumen 16, Numero 2, (417-448). Recuperado de <http://bit.ly/2hFoZtE>.
- O’Sullivan, J. K., Proudfoot, A. R., Uhlik, C. R. (2003, 30 de junio). Pacing and error monitoring of manual page turning operator. USPTO, 7,619,784.
- Rosenthal, J. (2016). Google Books: Fair to Whom? *IPPro The Internet* (28 – 32). Londres, Reino Unido. Recuperado de <http://bit.ly/24Tsnnl>.
- Samuelson, P. (2010). Google Book Search and the Future of Books in Cyberspace. *Minnesota Law Review*. Recuperado de <http://ssrn.com/abstract=1535067>
- Sullivan, M. (2016, 3 de marzo). Google Takes Books Through The Looking Glass With Augmented Reality. *FastCompany*. Disponible en: <http://bit.ly/1WZiCvw>.

- U.S. District Court (2013). Case 1:05-cv-08136-DC. Document 1088, filed 14/11/13: 30 páginas. Disponible en <http://bit.ly/2hlTRP5>.
- U.S. Court of Appeals (2015). The Authors Guild v. Google Inc. Docket No. 13-4829-cv. Decided: October 16. 48 páginas. Recuperado de <http://bit.ly/2hvZRT3>.
- U.S. Supreme Court (2016a). The Authors Guild, *et al.*, Petitioners v. Google, Inc., No. 15-849, 18/04/16: página web. Recuperado de <http://bit.ly/2hNZhiB>.
- U.S. Supreme Court (2016b). ORDER LIST: 578 U.S.: ORDERS IN PENDING CASES, 18/04/16: 19 páginas. Recuperado de <http://bit.ly/2hwTVJM>.
- Vaidhyathan, S. (2011). *The googlization of everything (And Why We Should Worry)*. Los Ángeles. University of California.
- Vercelli, A. & Thomas, H. (2007). La co-construcción de tecnologías y regulaciones: análisis socio-técnico de un artefacto anti-copia de Sony- BMG. *Revista Espacios*, 3, 5-30.
- Vercelli, A. (2009). Repensando los bienes intelectuales comunes: análisis socio-técnico sobre el proceso de co-construcción entre las regulaciones de derecho de autor y derecho de copia y las tecnologías digitales para su gestión. Disponible en <http://www.arielvecelli.org/rlbic.pdf>
- Vercelli, A. (2010). Google Books y los cambios en las industrias editoriales. *Cuadernos de Políticas Culturales: Indicadores Culturales 2010*, julio de 2011, pps. 126 a 137. Buenos Aires: UNTREF.
- Vercelli, A. (2015). Google Books, asimetrías jurídicas y privilegios de copia: análisis socio-técnico sobre las tensiones entre acceder y/o disponer de la herencia cultural. *Revista Espacios*, Volumen 36, Número 22, pág. 22; Caracas, Venezuela. Recuperado de <http://bit.ly/2hFvHAa>.
- Xalabarder, R. (2014). Google Books and Fair Use: A Tale of Two Copyrights?. JIPITEC, Vol. 5. Recuperado de <http://bit.ly/2hO1zhL>.
- Wu, T. (2015, 11 de setiembre). What Ever Happened to Google Books? *Revista NewYorker*. Recuperado de <http://bit.ly/iilSH8s>.
- Zeitchik, S. (2003, 27 de octubre). The Amazoning of Google? Search Firm Looks for Book Content. *Web de Publishers Weekly*. Recuperado de <http://bit.ly/2hNZtyj>.