
Las bibliotecas, ¿to be Googled or not to be Googled? ¿un contenido cultural comercial o un contenido de difusión cultural?

Libraries, to be Googled or not to Googled? a cultural commercial content or a divulgative cultural content?

Carlota PLANAS SILVA

Sabatellini & Associats, España
sabateli@filnet.es

Resumen

Google se ha expandido a lo largo de los últimos años alrededor del mundo con una cuota de mercado del 80% aproximadamente. Google Books se lanzó en 2004 con el objetivo de ser en la Biblioteca Digital Mundial. Google Books partía con la ventaja de su experiencia previa como buscador en Internet para poder establecer una estrategia y ejecutar su desarrollo e implementación, especialmente en lo relativo a digitalización, indexación y puesta a disposición de los libros. Google Books ha legislado sus propias normas sobre el derecho de autor en el entorno de Internet, incluso cuando estas normas eran contrarias a la normativa y jurisprudencia vigentes. Los acuerdos alcanzados entre Google Books y las Bibliotecas suponen un incumplimiento de la excepción incluida en el Copyright Act Americano, en particular las copias a realizar por las bibliotecas. El camino corto tomado por Google Books es ilegal y cierra la entrada a posibles competidores para posicionarse en el mercado en las mismas condiciones que Google Books. Los argumentos de *fair use* expuestos por Google Books no casan con los requisitos de la doctrina, particularmente el elemento transformador. Igualmente, la solución de Google Books de optar a no estar, en el marco del Acuerdo Transaccional es una carga para aquellos autores y titulares de derechos que no quieren estar y deben ejercer de forma activa sus derechos. El impacto de Google Books en Europa ha sido por un lado con respecto de la Doctrina del Fair Use y por otro lado las Obras Huérfanas. La última decisión del juez del Caso Google Books en donde rechaza el Segundo Acuerdo Transaccional Enmendado establece unas posibles bases para la regulación del derecho de autor en Internet, aunque Google Books sigue moviéndose como un pulpo. La biblioteca digital mundial debe ser más de naturaleza pública que privada.

Palabras clave: Google Books. Doctrina del Fair Use. Copyright Act. Obras huérfanas. Bibliotecas. Acuerdo transaccional. Biblioteca digital. Opting out .

1. Preliminar

Nunca antes había existido un hito tan ambicioso como el proyecto de Google: Proyecto Gu-

Abstract

Google has expanded its position along the last year around the World with an stake on the market of 80% approximately. Google Books was launched in 2004 for the purpose to become The Digital Library Worldwide. Google Books took advantage of its previous experience as an Internet searcher, to ground its performances for the implementation of Google Books, mainly digitalization, indexation and public display of books. Google has ruled its own rules of copyright for the Internet environment, even if such rules do not comfort with the laws and caselaw currently in act. The agreements sealed between Google Books and the libraries breach the exception included within the American Copyright Act, for libraries and their copies. The unlawful short-cut taken by Google forecloses competitors to be within the market with the same conditions as Google Books. The Fair Use groundings exposed by Google Books do not fit properly, mainly its transformative value goal. Furthermore, its opting out solution within the Settlement Agreement is a tough way for the authors and rightholders to exercise their rights which goes to far. The impact within Europe of Google Books has to effects one on the side of Fair Use Doctrine and the other side Orphan Works. The last decision from Google's Books Judge which rejects the second amendment agreement puts certain new basis for the future regulations on Internet Arena, even the Google still moves as huge pulp. The Worldwide Digital Library looks like rather to public than to private.

Keywords: Google Books. Fair Use Doctrine. Copyright Act. Orphan Works. Libraries. Settlement Agreement. Digital Library. Opting Out.

ttenberg (1971), Internet Archive (1996), Million Book Project, European Open Library, promovida inicialmente por la Biblioteca Nacional Francesa (Europeana)..., todos eran o son proyectos

limitados y con servicios limitados, pues no contaban con el *know-how* y la tecnología desarrollada por Google, inicialmente como buscador, y posteriormente Google Books: búsquedas, navegación y lectura. Si hay un referente de digitalización previo de envergadura similar, ahora superado por las estadísticas de Google fue, en su momento, Corbis, auspiciado y promovido por Bill Gates, una gran base de datos de fotografías, digitalizadas y disponibles on line.

A la vez, la crisis en la que estamos sumidos a todos los niveles, está haciendo mella en los presupuestos de cada uno de los países, regiones, hasta en el nivel local. En el Reino Unido, por ejemplo, con la reducción de presupuesto, la legislación ya no obliga a tener una biblioteca en cada municipio, y las que existen, subsisten. En *The Guardian* (2011) se expone claramente la necesidad de reducir gasto con una ley sobre bibliotecas locales.

¿Esto significa que no hacen falta las Bibliotecas? ¿Y con una sola biblioteca digital es suficiente? ¿Es una ventaja competitiva para el ciudadano, para el lector, que exista una sola Biblioteca o unas pocas Bibliotecas? En vez de varias y distintas? El caso Google Books puede cambiar la razón de ser de las Bibliotecas, su pluralidad y diversidad que permiten la protección del cosmos cultural.

Las dudas planteadas llegan a los pocos años de la irrupción y crecimiento vertiginoso de Google, y, en particular de Google Books —la presencia de Google a nivel mundial es del 82,80%. Los ingresos de Google en 2010, fueron de más de 29.321 millones de dólares. En este primer trimestre del año 2011 lleva ingresados 8.575 millones de dólares, frente a un presupuesto de Europea de 2,5 millones de Euros de presupuesto anual (Unión Europea, 2009-08; Ericson, 2010; Google, 2011-06).

Google es un buscador gigante ubicado en Silicon Valley, California, Estados Unidos, que tiene unos socios cuyo objetivo es el reparto de dividendos entre sus socios e inversores. Además, dispone de una base de datos digital y de un sistema de búsqueda propietario encriptado, preservado en la más absoluta confidencialidad.

El crecimiento, en parte, ha sido propiciado por un reconocimiento social global que podríamos llamar de postulación total a favor de Google y defendido, por quienes lo apoyan, con un interés casi mesiánico, la deseada Biblioteca de Alejandría.

El caso Google Books ha supuesto y supone un desafío total a la protección de los contenidos, derechos de autor, al mercado y posibles com-

petidores, presentes y futuros —esto es, derecho de la competencia—, y finalmente a los lectores y consumidores, accediendo a su privacidad de una forma global —cuestión que afecta a la protección de datos personales. Es difícil sostener la existencia de un único mundo con una sola biblioteca, especialmente con realidades jurídicas y desarrollo jurisprudencial distintos, entre distintos países y continentes, incluso, con tensiones geopolíticas.

2. Las reglas del copyright en Internet según Google Books

Google Books nace, crece y se reproduce según las reglas establecidas de facto en Internet, es decir: *First come, first served*. Así lo hizo Google cuando, en 2004, anunció públicamente su intención de digitalizar todos los libros del mundo y empezó a digitalizar libros. En fecha reciente, Google lleva casi un tercio digitalizado —12 millones de libros—, procedentes de 20 bibliotecas de todo el mundo, principalmente de Estados Unidos (Fundación Germán Sánchez Ruipérez, s. d.). Esta iniciativa está fundada por parte de Google en casos previos de conflicto entre el Copyright Act Americano y su aplicación en Internet.

Google Books hace suya la estrategia previamente utilizada por otros operadores en Internet en otros sectores de contenidos culturales como la música, léase caso Napster, y decide emplearse a fondo en el lema que ilumina Napster y sus gregarios: Actúa ilegalmente y, luego, intenta llegar a un acuerdo, por el cual no serás sancionado ni perderás; al contrario, accederás a contenido que está protegido por el Copyright Act. Si bien en el caso Napster no acabó muy bien para Napster (Estados Unidos, Tribunal Federal, 2001), quizás porque no había unos precedentes judiciales como los que ahora goza Google Books.

De hecho, antes del caso de la digitalización global por parte Google, Google ya había sido objeto de demandas previas por posibles infracciones del Copyright Act, véase el caso *Field vs. Google* (Estados Unidos, Cortes de Distrito, 2006), en donde Google empleó la doctrina del “fair use” para defender su actuación —la copia cache permite a los usuarios acceder a una obra que ya no está disponible en la página web original. El juez, en este caso, no admitió la argumentación de Field: Google era una entidad con ánimo de lucro y se podía aprovechar de las historias del Sr. Field. El Tribunal sostuvo que su obra era una de las miles que había en la base de datos de Google. Es más, en este caso el Tribunal entendió que lo que hacía Google

era una práctica extendida, propia de las empresas de Internet que practicaban el acceso a las copias cache, actuando totalmente de buena fe.

Google en estos casos anteriores había basado su defensa en lo que la Jurisprudencia Americana llama "De Minimis": Si una obra nunca es buscada y simplemente se mantiene en el servidor, no tiene un impacto directo sobre la obra protegida.

Incluso los propios acuerdos que se han generado por parte de Google Books para evitar llegar a un juicio abierto con los afectados forman parte de una estrategia propia e iniciada en otros casos relacionados con Internet.

Así las cosas —solamente cinco años después de la demanda colectiva planteada por un conjunto de asociaciones de autores y editores americanos contra Google—, los autores y editores llegan a un primer acuerdo con Google que afecta al sistema de copyright americano, e indirectamente al sistema de derecho de autor continental. El acuerdo se alcanzó después de una larga negociación: El primer acuerdo de propuesta de 28 de Octubre de 2008, no fue aprobado ni por los autores ni por los editores. Un año después se fraguó un nuevo acuerdo, segundo acuerdo, en fecha de 13 de Noviembre de 2009, que nuevamente, de forma reciente, ha sido rechazado por el juez que entiende del caso —decisión del juez Chin, de 22 de marzo de 2011—, y ha sido rechazado porque los argumentos de Google no son coherentes con la realidad del mercado y sus intereses.

El acuerdo y sus modificaciones, posteriores, a pesar de la publicidad y notoriedad, sienta un mal precedente y deja un mal sabor de boca en el sector de los contenidos. Se desprende que, simplemente lo importante es ser una entidad muy grande, actuar rápidamente y luego ofrecer a los afectados la posibilidad de excluir sus contenidos, y asumiendo que los fragmentos escaneados y visualizados están dentro de la invocación de la Doctrina del Fair use (Ericson, 2010).

Sería curioso ver qué sucedería si apareciera un Supra Google que redigitalizara Google, debería este Supra Google aceptar los argumentos que empleó Google en su escrito de defensa, es decir, ¿El ladrón robado tiene una línea de defensa frente al Supra Google? ¿Sabría Google aceptar el Supra Google? Veamos los argumentos de Google y su impacto en el copyright y la doctrina del Copyright Act Americano, tanto desde el punto de vista de las bibliotecas y sus excepciones, la Doctrina del *fair use* y las obras huérfanas.

En definitiva Google estaba y está legislando de facto la ejecución del copyright en Internet.

3. Los acuerdos entre Google y bibliotecas americanas sin cobertura legal en el Copyright Act y sus excepciones

Cuando las bibliotecas, principalmente americanas, se decidieron a aceptar los acuerdos de digitalización de Google, su decisión no tenía cabida en la legislación de Copyright Americana. La Ley Americana de Copyright permite a las Bibliotecas y archivos realizar copias, lo cual impide que se pueda invocar una infracción del copyright, según los siguientes criterios: (i) una sola copia; (ii) hecha por una biblioteca o archivo o por trabajadores en el marco de su contexto de trabajo; (iii) que no se puede asociar a una finalidad comercial; (iv) su copiado de una colección que está abierta al público o, al menos, a los investigadores; (v) debe incluir una nota de copyright.

Es decir, esta excepción está prevista solamente para usos meramente de archivos de obras no publicadas, o para conservación, sustitución por daños o pérdida de la obra. Si se cumplen las condiciones anteriores, solamente se pueden hacer tres copias. Más aún, si un usuario le pide copia a una Biblioteca o Archivo, éstas podrán hacer copias en circunstancias limitadas, y solamente de una pequeña parte de la obra protegida. En cualquier caso, si existieran motivos comerciales detrás de dichas copias, o si se realizaran muchas copias para comercializarlas de forma sistemática para sustituir las suscripciones y venta de las obras, dichas situaciones eliminan la posibilidad de aplicación de la excepción; e, incluso en el caso del préstamo interbibliotecario de copias realizadas de forma sistemática, tampoco procede su aplicación.

En 1998, el Copyright Act se modificó con la Digital Millennium Copyright Act para incluir la realidad digital, y se estableció que las copias digitales no se incluyeran dentro de la excepción anteriormente expuesta.

Ni las actuaciones de Google ni las de las Bibliotecas encuentran encaje en el marco de la excepción para bibliotecas en el Copyright Act Google Books: y las bibliotecas, de forma sistemática y masiva, se aprovechan de toda una colección de libros/obras disponibles para unos usos muy específicos y distintos a los previstos en la excepción analizada, para copiarlos y usarlos *ultra vires*, es decir más allá de lo que permite la ley, por ambas partes. Sin esta acción *ultra vires*, Google Books tendría que ir a buscar al propietario o titular de derechos para

negociar los derechos, tarea ardua y compleja dado el desafío autoimpuesto por Google Books. La intermediación de las Bibliotecas Americanas, entre otras, ha allanado el camino de Google Books.

Es importante resaltar que la copia digital que tiene Google por una parte, no está sujeta a ningún control por parte del propietario, salvo un acuerdo “impuesto” a las bibliotecas. Pero es que, además, las copias facilitadas a las bibliotecas se rigen por unos acuerdos que tampoco se pueden amparar en la excepción. Es una situación *out of law*.

4. El Opting Out Googleiano: el derecho de no estar y la no responsabilidad por infracción

Frente a los titulares de derechos de autor y propiedad intelectual, Google parte de la tesis siguiente: Vamos a digitalizar masivamente e infringir derechos, pero ofrecemos el derecho de no estar —*opting out*— y, además, como que de momento no está visible el contenido en cuestión o muy poco, no hay daño ni, por consiguiente, responsabilidad.

Lo más curioso es que esta práctica, consolidada por Google, Google no la traslada en sus acuerdos de afiliación, ni con bibliotecas ni con editores. Es más a Google le es indiferente hacer una distinción entre autores y editores, ambos tienen el mismo tratamiento mediante el mismo sistema de *opting out*.

Como, también le es indiferente a Google, el devenir de las bibliotecas, sus grandes aliadas, iniciales, dice Google (2011) en su página web, sobre el acuerdo y su filosofía “Opting Out”:

[...] en Google mimamos los libros, y nuestro sueño máspreciado es que la búsqueda de libros se termine convirtiendo en un servicio que garantice que los libros, junto a sus autores y editores, prosperen durante muchísimos años [...]

Es decir, las bibliotecas quedan marginadas, en una prueba más de la voluntad de abducción de Google Books con respecto de las bibliotecas y su sustitución por un ente que tiene voluntad comercial.

Esta filosofía supone reconocer que no hay una verdadera infracción de ningún derecho. Es evidente que el reto fijado por Google solamente se puede alcanzar infringiendo derechos, pues, como ella misma ha reconocido, en caso contrario sería impracticable y carísimo. De hecho, en una primera fase del caso Google, ni siquiera existía el derecho al *opting out*, el principio era, si no está bien demándame —*So, sue me*. Fue a partir de la demanda cuando Google ofreció la

posibilidad del *opting out*, que, incluso en el acuerdo de primera modificación, se limitó a los libros inscritos en el Registro de Copyright Americano, o cuyo el lugar de publicación fuera Reino Unido, Canadá o Australia, es decir países anglosajones.

La última decisión del juez Chin, de 22 de marzo de 2011, precisamente elimina la obligación del *opting out*, para solamente incluir los supuestos de *opting in*. Es decir, los titulares de los derechos tienen que haber dicho que sí a Google, es decir, que haya habido una aceptación expresa.

5. Digitalización, indexación y visualización de Google a luz de la doctrina del *fair use* americana

Dentro del artículo 17 USC § 107 de la Copyright Act americana de 1977, copiar en ciertas circunstancias está permitido, si el resultado supone un valor adicional a la obra original protegida, *fair use* (Estados Unidos, Cortes de Distrito, 1997).

El concepto del *fair use* no distingue entre uso comercial o no comercial, no es lo importante, lo importante es cumplir con los cuatro requisitos que establece el copyright americano: (i) la finalidad y naturaleza del uso; (ii) la naturaleza del uso de la obra protegida; (iii) la cantidad y sustancia de la obra usada en relación a la obra protegida; y (iv) el efecto del uso en el mercado potencial de la obra protegida.

Los cuatro elementos no han podido ser objeto de análisis por el tribunal que lleva el asunto Google, pues como ya se ha comentado, se ha establecido un acuerdo, con modificaciones y revisiones por parte del juez del caso. De todas maneras, la doctrina americana ha tenido la oportunidad de considerar el caso Google con casos previos y el caso en cuestión valorando los cuatro requisitos siguientes.

5.1. La naturaleza de la obra

Ha sido reconocido en el caso Google que, dentro de la digitalización realizada por Google, hay obras que merecen una tutela y protección total, al tratarse de verdaderas obras de creación en contra del *fair use*; y hay otras obras que solamente merecen una protección baja, como son recopilaciones, antologías o simples ideas y, por consiguiente, en beneficio del *fair use*. En el caso en liza, se trata de la digitalización masiva por millares, millones de obras, y debe considerarse dicha actuación de forma colectiva, sin que sea significativo si han sido divulgadas o no en Internet.

5.2. La finalidad y objetivo del uso

Especialmente, se aplica en aquellas situaciones en donde la actividad que se realiza posteriormente supone una transformación. Es decir, se aporta algo, añade algo nuevo con un uso distinto. De todas maneras, no hay una verdadera definición de obra transformadora: nueva información, nuevos elementos estéticos, nuevos conocimientos.

Escanear los libros y convertirlos en elementos de un índice de búsqueda digital puede tener un gran valor, distinto de la obra original de la que se parte, aunque la obra sea la misma, pero si la finalidad es distinta. (En el caso *Field vs. Google*, era un índice de búsqueda.) Es decir, cuanto más transformadora sea la nueva obra, menos importa su naturaleza, comercial o no comercial.

En el caso *Google Books*, a pesar de las nuevas páginas, bases de datos, programas de búsqueda —es decir, la simple puesta en línea por parte de *Google Books*—, no se proporcionan una verdadera transformación o nueva información y, además, hay un ánimo comercial.

5.3. La cantidad y la sustancia de fragmento utilizada

De entrada, copiar obras enteras va en contra de la Doctrina del Fair use. Para indexar, hacía falta copiar la totalidad del contenido de las obras? ¿Sin hacer discriminación de nada? ¿O es suficiente con copiar los fragmentos? Es decir, hay que valorar la necesidad de la cantidad y elemento copiado, criterio de proporcionalidad.

Para *Google*, copiar obras enteras es razonable para su proyecto, y también para los investigadores, los cuales dirán que al final lo que solamente se visualiza son *snippets* de la obra en concreto. En cambio, los que están en contra entienden que nunca antes se había dado la circunstancia que se pudieran dar o facilitar acceso de copias a terceros. En este caso, *Google* otorga licencias sobre la obra digitalizada a las bibliotecas. Por ejemplo, en un caso previo de *Kelley & Arriba*, el Tribunal Supremo (Estados Unidos, Tribunal Supremo, 2003) dijo que era razonable copiar la totalidad de la imagen, la cual quedaba difuminada, si solamente era para identificarla, y si deseaban más información, tenían que ir al sitio web en cuestión. No es verdaderamente el caso de *Google*, como se verá más adelante, en particular, con respecto de las obras huérfanas.

5.4. El efecto del uso frente al mercado y el valor de la obra

La digitalización e indexación de *Google* podrían suponer una manera de limitar la comercialización o valor de la obra en el mercado.

Google y sus partidarios entienden que, al tratarse de simples fragmentos, se promueve el mercado de la obra original. En contra, la digitalización no consentida y su indexación usurpa un mercado propio a los titulares de los derechos, ya que con la simple visualización de la obra mediante “snippets”, los posibles lectores, compradores, se pueden dar por satisfechos, sin necesidad de comprar la obra en cuestión. De hecho, la Jurisprudencia Americana establece la presunción de que el efecto negativo existe en el caso que tenga un componente comercial y haya una mera duplicación.

En el caso *Sony*, a pesar de no cumplir con todos los requisitos del Fair use los tres primeros, el Tribunal Supremo (Estados Unidos, Supremo Supremo, 1984) valoró de forma calificada el cuarto requisito, el uso no acreditado que tenga un efecto negativo en el mercado si son solamente fragmentos —como es en el caso *Google*— que, a la vez, proporcionan links a bibliotecas o librerías, donde el libro se puede comprar.

Sin embargo, en el caso *UMC Recordings vs. MP3.com*, el Tribunal (Estados Unidos, Cortes de Distrito, 2000) estableció que el número de copias era excesivo y el modelo de negocio tenía un impacto negativo en las compañías discográficas.

Es decir no procede la aplicación, tampoco, del cuarto requisito.

Podría existir un quinto factor o argumento de defensa superior que ha sido utilizado en casos previos:

5.5. El interés público

Es evidente que las Bibliotecas cumplen un interés público muy importante: (i) preservar libros; (ii) facilitar el acceso; y (iii) difundir el conocimiento. Ahora bien, ¿se puede aplicar este argumento dentro de la interpretación amplia de *fair use*, como se hizo en el caso *Online Policy Group vs. Diebold, Inc* (Estados Unidos, Corte de Distrito, 2004). Entendemos que no, ya que el interés directo e indirecto que promueve la firma de Silicon Valley es de carácter económico pues, como dijo el Juez Newman en el caso *Texaco* (Estados Unidos, 1992-95): “Whatever social utility copying of this sort achieves, it is not concerned with creative authorship...”. Es

más, el interés público se diluye cuando en un blog digital no importa la propiedad en sí, sino el acceso a dicha propiedad y su control, *mutatis mutandis* Google.

Por consiguiente, es difícil sostener el caso Google Books dentro de la doctrina del *fair use*. Hay una contradicción aún mayor en el caso Google Books, con respecto de las bibliotecas: ¿cómo se puede invocar el *fair use* cuantitativo en las Bibliotecas Universitarias si éstas, a la vez, tienen sus propias editoriales? Lo importante en el caso Google Books no son los *snippets*, la clave es la digitalización. Esta digitalización, como el caso Texaco, es simplemente cuantitativa, ¿pero realmente aporta algo de cualitativo, creativo, transformador? ¿un superíndice? ¿una compilación? ¿"abstractos" de obras derivadas? En cualquier caso, la actividad de Google Books es superlimitada en términos de aportación creativa para que permita sostener los principios que rigen la doctrina del *fair use* (Thatcher, 2005; Manuel, 2009).

6. El impacto y expansión de la Doctrina Google en Europa, Reino Unido Francia y España

El impacto del caso Google, de entrada, es frente a la jurisdicción americana, pero también es cierto que el Juez Chin en su última decisión de 22 de marzo de 2011, ha dicho

indeed France and Germany, as well as many authors and publishers from countries such as Austria, Belgium, India, Israel, Italy, Japan, New Zealand, Spain, Sweden, Switzerland, and the United Kingdom continue to object to the Agreement, even with the revisions.

Pero también es cierto que dentro de la Unión Europea se han oído voces a favor de la filosofía Google, en particular, en su momento, por parte de la Comisaria de turno de la Sociedad de la Información y las Telecomunicaciones, Vivianne Reding (Unión Europea, 2009-09-07).

En los Estados Miembros no existe este reconocimiento y, menos aún, una jurisprudencia como la americana que, con el tiempo, ha desarrollado una interpretación amplia del *fair use*. No es una casualidad que todos los buscadores de líderes se encuentren ubicados en Estados Unidos de América, pues existe una normativa y despliegue jurisprudencial favorable, hasta fecha reciente. Pero su desembarco y expansión a nivel europeo no tiene el mismo encaje, ni jurídico ni jurisprudencial (Dela, 2010-11).

6.1. La Unión Europea y la posibilidad de copia limitada de obras protegidas

En la Unión Europea se permite la copia, pero de forma temporal e incidental, y siempre sin carácter económico en el artículo 5, Directiva 2001/29, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y los derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Es decir, es un reconocimiento limitado. Pues en la mayoría de países de la Unión Europea no existe verdaderamente ni un concepto, ni una doctrina, ni una jurisprudencia que sea similar a la doctrina del *fair use*.

6.2. Reino Unido, la migración del *fair use* al *fair dealing*

En el Reino Unido existe la expresión *fair dealing*, que no *fair use*, pero esta doctrina es mucho más limitada que la doctrina del *fair use*, limitada al carácter no comercial, solamente para investigación y estudio.

Por consiguiente, un país anglosajón como el Reino Unido con un sistema de copyright, no comparte la doctrina del *fair use*. De hecho, como hemos visto, ha hecho llegar alegaciones en contra del acuerdo de Google Books. De forma que la expansión masiva de Google vía Reino Unido no es posible (Bainbridge, 1996).

6.3. El impacto negativo en Francia de Google Books y su *fair use sui generis*

El Tribunal de Grande Instance de París, el 18 de diciembre de 2009, dicta una sentencia en donde establece que la digitalización de libros es un acto de reproducción de la obra que necesita la autorización previa de los titulares de derechos. Es más, la fijación en un soporte el resultado de dicha digitalización y su almacenamiento en una base de datos digital que son aptos para la comunicación, puesta a disposición al público, aunque sea de forma indirecta, debe contar con dicha autorización. Es más, según el tribunal, facilitar el acceso a la cubierta, título y extractos a los libros supone una infracción al derecho de autor al no tener la correspondiente autorización. De nada le sirve a Google Books ampararse en el derecho de cita recogido en la Ley de Propiedad Intelectual francesa.

El Tribunal francés entiende que las cubiertas de los libros son publicados en toda su integridad, aunque sea en formato reducido. Es más, el carácter aleatorio en la elección de los *snippets* accesibles por los internautas se aleja del

fin informativo del derecho de cita, artículo 122-5-3° del Code de la Propriété Intellectuelle.

La frase que emplea el Tribunal es más que significativa:

[...] que les sociétés GOOGLE ne peuvent sérieusement soutenir, sauf à remettre en cause la fonctionnalité du système Google Recherche de Livres, que constitution d'un fichier numérique ne serait pas un acte de reproduction pour ne pas reproduire en lui-même la forme intelligible de l'oeuvre [...] toujours apte à communiquer l'oeuvre au public d'une manière indirecte.

El Tribunal francés sostiene una posición estricta de la Ley francesa relativa al derecho de cita y, por consiguiente no tiene cabida la interpretación *sui generis* que hace Google del derecho de cita y menos del *fair use*.

6.4. El impacto positivo en España de Google Books y su *fair use sui generis*

A pesar de que existe un derecho de cita en el artículo 32 de la Ley de Propiedad Intelectual, absolutamente restrictivo, la jurisprudencia española está incorporando elementos propios de la legislación y jurisprudencia americana, no solamente con respecto del derecho de cita, sino también con respecto del derecho de autor en Internet.

De entrada, hay un reconocimiento efectivo de la realidad de Internet y las licencias "Creative Commons" por parte de la jurisprudencia española (Audiencia Provincial de León, de 22 de julio de 2009):

Además, al referirse el compromiso a la comunicación pública de música obtenida bajo licencia CC, incurren en el error de considerar que se puede disponer de ella gratuitamente, cuando —como hemos indicado— ello no es necesariamente así.

6.4.1. La doctrina del *fair use* y la memoria *caché*

Lo que en el ámbito anglosajón es la Doctrina del *Fair use*, debería guiar nuestra interpretación del alcance de la protección de los derechos de propiedad intelectual, que en ningún caso pueden configurarse como absolutos [...] necesariamente, hacen uso del contenido de la página Web y en la medida que lo hacen con la única finalidad de facilitar la labor de búsqueda y discriminación por el internauta de los resultados obtenidos con su solicitud, llevan a cabo un uso social tolerado de aquellas obras, que además responde a la finalidad perseguida por el autor. Esta reflexión viene guiada por el sentido común que debe impedir sancionar y prohibir una actividad que no sólo no perjudica al titular de los derechos de propiedad intelectual sobre un sitio web, sino que le beneficia, pues contribuye a conseguir una de las finalidades im-

plícitamente perseguidas por el autor que es su difusión y acceso a los internautas, siendo además efímera e incidental la reproducción y comunicación realizada

El anterior fragmento (Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15-B, de 17 de Septiembre de 2008) evoca la Doctrina del *fair use*, expuesta al inicio del presente documento, y es totalmente afín con la jurisprudencia americana previa al caso Google Books, incluso sostenida por el propio Google en casos previos a Google Books.

6.4.2. La Doctrina del *Fair Use* en el sector musical

Resulta de ello que la utilización parcial de la composición fónica de escasos versos de la obra de la demandante y su recitación con ritmo semejante en la obra "Aserejé", donde su creador ha dispuesto de modo expreso una cita o evocación mínima [...] suponen un *Fair use* de obra precedente dentro de obra original nueva.

En esta sentencia (Sentencia de 13 de enero de 2010, Juzgado de lo Mercantil núm. 6), aún más evidente, parece que en España exista la doctrina del principio interpretativo *De minimis* y la doctrina del *fair use*, cuando no es así.

6.4.3. La no doctrina del *fair use* en los contenidos audiovisuales

En el sector audiovisual no ha habido la posibilidad de evocar ni la regla de *De minimis* ni la doctrina del *fair use* (Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15, de 3 mayo de 2010):

De ahí que las recopilaciones de secuencias audiovisuales deben quedar fuera del ámbito de aplicación de esta norma, porque no pueden ser calificadas como reseñas o revistas de prensa, ni equiparadas a las mismas, debiendo descartarse una interpretación extensiva por tratarse de un supuesto excepcional dentro ya de una excepción al ejercicio de derechos de exclusiva.

Es difícil la expansión del Proyecto Google Books en la Unión Europea, pues no existe un reconocimiento legal al *fair use*, sin embargo hay países de la Unión Europea, cuya Jurisprudencia es más receptiva con las tesis de Google Books, léase España, y otra que es totalmente cerrada, léase Francia. Si bien es cierto que en España no se ha dado un caso similar al francés, cierto es que la ola Googleliana podría entrar a través de España.

7. La maldición de Google con las obras huérfanas

La tesis sostenida por Google Books con respecto de las obras huérfanas dentro de la doctrina del *fair use*, ha sido uno de los temas más controvertidos y que ha generado más debate, tanto a un lado como al otro lado del Atlántico, esto es, Estados Unidos y la Unión Europea, así como entre sus Estados Miembros, en particular.

La posición de la Unión Europea ha sido intentar buscar un equilibrio, y reconocer la importancia de estar en el tren digital, especialmente teniendo presente el impacto, según palabras de la entonces Comisaria Redding (Bainbridge, 1996):

[...] If we act swiftly, pro-competitive European Solutions on books digitalisation may will be sooner operational than the solutions presently envisaged under the Google Books Settlement in the United States [...].

Según Google Books, las obras huérfanas son más de un millón y medio en Estados Unidos, y solamente quinientas mil en la Unión Europea.

En principio, la doctrina del *fair use* se aplica con respecto de obras protegidas por el copyright. No se puede aplicar a las obras huérfanas por varios motivos: (i) el concepto de obras huérfanas, por el momento es tan ambiguo, que puede incluir tanto obras que verdaderamente están en dominio público, de forma que no procedería aplicar la Doctrina, pues estas obras ya no están protegidas por el Copyright; (ii) pero también se incluyen dentro del concepto obras protegidas, pero descatalogadas, es decir, cuyo titular aún existe, y obras de titulares que no se encuentran. De forma que en este caso sí les podría aplicar la doctrina del *fair use*.

Sin embargo, las obras huérfanas —que podrían dar, de facto, a Google Books una legitimidad a su actuación por su “dominio público”— no han sido consideradas así por parte del Juez Chin. La privatización de lo público o huérfano por parte de Google, podría dar a Google una posición de monopolio y abuso, no siendo ni legítimo, ni adecuado, ni razonable, según el Juez (Fraser, 2010).

El propio Juez Chin, en su decisión de 22 de marzo de 2011, recoge las palabras del Gobierno francés: “[...] Each Nation, pursuant to its own governing laws and structure, is the only actor with sufficient legitimacy to make decisions that affect Copyright [...]”. Quizás, esta gran Biblioteca Digital solamente es posible como ente público y co dinero público, y no como ente privado con dinero privado y con una legislación

específica sobre las obras huérfanas, tendiéndose así puentes de diálogo geopolíticos entre los Estados Unidos y Europa.

Referencias

- Bainbridge, David (1996). *Intellectual Property*. Third Edition. Pitman Publishing. 149 y ss.
- Band, Jonathan (2008). Google and Fair Use. // *Journal of Business & Technology Law*. 3:1.
- Band, Jonathan (2011). A Guide For the Perplexed. Part IV, The Rejection of the Google Books Settlement. 31 de marzo de 2011. www.arl.org/bm~doc/guideiv-final-1.pdf.
- Dela Durantaye, Katharina (2010-11). H is for Harmonization: The Google Book Search Settlement in the European Unión. // *New York Law Review*. 55 (2010/11).
- Derechos de Autor y los Derechos Conexos y el Dominio Público. Geneva: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 7 de Mayo de 2010.
- Dusollier, Séverine (2010). Estudio Exploratorio sobre los derechos de autor y los derechos conexos y el dominio público. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 7 de Mayo de 2010.
- Ericsson, Brooke (2010). Settling For Less? An Analysis of the Possibility of Positive Legal Precedent on the Internet if the Google Book Search Litigation Had Not Reached a Settlement. // *American University Intellectual Property Brief*. (Spring 2010) 33-43.
- España (1996). Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.
- España (2006). Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.
- España (2007). Ley 10/2007, de 22 de junio, de la Lectura, el Libro y Las Bibliotecas.
- Estados Unidos (1976). Copyright Act 1976, Sec. 107, Pub. L. N° 94-1476, 94th Cong., 2d Sess, 66, 19 Octubre de 1976.
- Estados Unidos (1998). Digital Millennium Copyright Act of 1998, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860, 28 Octubre 1998.
- Estados Unidos (2008). Orphan Works Act, 2008, propuesta, 27 septiembre de 2008
- Estados Unidos (2009). Statement of Interest of the United States of America Regarding Proposed Clas Settlement, William F. Cavanaugh, Preet Bharara, John D. Clopper, United States District Court, Southern District of New York, 18 Septiembre de 2009.
- Estados Unidos (2011). Opinion, Judge Chin, United States District Court, Southern District of New York, 22 de marzo de 2011.
- Estados Unidos, Corte de Distrito (1992-95). *American Geophysical Union v. Texaco, Inc.*, 802F., Supr.1 (S.D.N.Y. 1992) alf.d,37,F.3d 889 (2nd. Cir. 1994) as amended on derival of reh'g (Dec. 23, 1994) amended opinion inspired, 60F.3d 913 (2nd. Cir. 1995) petititon for Cert. Filed, 63 U.S.2.W 3788 (U.S., Apr. 24, 1995).
- Estados Unidos, Corte de Distrito (2004). *Online Policy Group v. Diebold, Inc.*, September 30, 2004, 337F., S: Supp.2d.1195. 1202 (N.D.Call. 2004).
- Estados Unidos, Cortes de Distrito (1997). Leaffer, Marshall (1997). *Understanding Copyright Law*. New York: Matthew Bender 1997. 318 y ss.

- Estados Unidos, Cortes de Distrito (2000). UMG Recordings, Inc. V. MP3.com, Inc., United States District Court, May 4th 2000.
- Estados Unidos, Cortes de Distrito (2006). Field v. Google, Inc. V 412 F, Supp 2d 1106(D. Nevada 2006).
- Estados Unidos, Tribunal Federal (2001). A & M Records, Inc. V. Napster, Inc., 239F3d1004 (9th Circuit, 2001).
- Estados Unidos, Tribunal Supremo (1984). Sony Corp. Of Ameriva v. Universal City Studies, Inc. , 464 U.S. 417 (1984). <http://supreme.justia.com/us/464/417/case.html>.
- Estados Unidos, Tribunal Supremo (2003). Kelly v. Arriba Soft Corp. 336F.3d811 (CA 9, 2003).
- Francia (2011). Code Propriété Intellectuelle, versión consolidada de 26 de abril de 2011, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414>
- Fraser, Eric M. (2010). Antitrust and the Google Books Settlement: The Problem of Simultaneity. // Standford Technology Law Review. 4.
- Fundación Germán Sánchez Ruipérez (s. d.). Un juez norteamericano rechaza el acuerdo de digitalizar libros. // Lectura Lab. Noticias. http://www.lecturalab.org/story/Un-juez-norteamericano-rechaza-el-acuerdo-de-Google-para-digitalizar-libros_2088.
- Google (2001-06). Google investor relations. <http://investor.google.com>.
- Google (2011). Acuerdo de la búsqueda de libros de Google, mirando hacia el futuro. <http://books.google.com/intl/es/googlebooks/agreement/>.
- Guardian, The (2011). Government puts legal protection for libraries up for review . // The Guardian. (2011-03-11). <http://www.guardian.co.uk/books/2011/mar/17/libraries-legal-protection-government>.
- Hanratty, Elisabeth (2005). Google Library: Beyond Fair Use?. // Duke L. & Tech. Rev. 0010.
- Hitslink (s. d.). <http://Maketshore.hitslink.com>.
- Jennings, Christopher (2002). Fair Use on the Internet, Report for Congress, 21 mayo de 2002, Library of Congress.
- Manuel, Kate M. (2009). The Google Library Project: Is Digitization for Purposes of Online Indexing Fair Use Under Copyright Law?. // Congressional Research Service, 27 noviembre de 2009
- Reino Unido (1988). Copyright and Related Rights Regulations, 2003, nº2498, 27 septiembre de 1998, transposición de la Directiva, 2001/29/CE
- Reino Unido (1988). Copyright, Designs and Patent Act. 15 noviembre de 1988
- Reino Unido (2010). Digital Economy Act. 8 de junio de 2010.
- Thatcher, Stanford G. (2005). Fair Use in Theory and Practice: Reflections on its History and the Google Case. // The Wired University: Legal Issues at the Copyright, Computer Law, and Internet Intersection, Arlington, VA, November 10, 2005. http://www.psupress.org/news/NACUA_thatcher.pdf
- Unión Europea (2001). Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y Del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los Derechos de Autor y Derechos Afines a los Derechos de Autor en la Sociedad de la Información.
- Unión Europea (2007). Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works.Selected Implementation Issues, 6 abril 2007, http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/document.cfm?action=display&doc_id=295.
- Unión Europea (2009-09-07). It is time for Europe to turn over a new e-leaf on digital books and copyright: Joint Statement of EU Commissioners Reding and McCreevy on the occasion of this week's Google Books meetings in Brussels. 07-09/2009). http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/itemshortdetail.cfm?item_id=5210
- Unión Europea (2009). Communication on Copyright in the Knowledge Economy (19.10.2009), http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-info/20091019_532_en.pdf.
- Unión Europea (2009). Europe's Digital Library doubles in size but also shows lack of common web copyright solution. Bruselas: UE, 28 August 2009. http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/itemlongdetail.cfm?item_id=5181.

