



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO
DE ABOGADO**

**“LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN DERIVADOS
DE LAS INFRACCIONES AL DERECHO DE AUTOR EN
INTERNET”**

MARIO OSWALDO AGUINAGA VARGAS

DIRECTOR: DOCTOR ESTEBAN ARGUDO CARPIO

QUITO, 2014



Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Facultad de Jurisprudencia

Quito, 28 de Marzo del 2014

Señor Doctor
Santiago Guarderas Izquierdo
**DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATÓLICA.**

De mis Consideraciones

Por medio de la presente remito a usted el informe cualitativo de la Disertación de Licenciatura intitulada **LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN DERIVADOS DE LAS INFRACCIONES AL DERECHO DE AUTOR**, elaborado por el señor **MARIO AGUINAGA VARGAS**, previo a obtener el título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, el mismo que está contenido en los siguientes puntos:

1. Debo manifestar que la misma se encuentra desarrollada de manera prolija y siguiendo los lineamientos metodológicos determinados por la Facultad.
2. En cuanto al contenido, podemos advertir que el tema tratado es uno de los temas de actualidad, toda vez que el uso de las tecnologías de la información a la comunicación así como del internet, ha cambiado los paradigmas de los derechos de autor y su protección. El Tesista trata estos temas desde el punto de vista jurídico muy bien, teniendo dificultades en los conceptos técnicos que pueden ser superados con la debida orientación.
3. En cuanto a los casos tratados por el Tesista en su trabajo, estos permiten examinar de forma concreta los problemas de jurisdicción derivados de las infracciones a los derechos de autor, principalmente muestran las soluciones que otras jurisdicciones aplican a dichos problemas. Situación que le permite al Tesista ofrecer soluciones no solo previstas por la doctrina sino también por la práctica internacional. Permitiendo una solución más global a estos problemas.

Por lo expuesto considero que la calificación de la presente disertación es de **NUEVE (9)**.

Por la atención que se sirva dar a la presente le anticipo mis agradecimientos.

Atentamente,


Dr. Santiago Acurio del Pino
PROFESOR INFORMANTE

Dr. Manuel Fernández de Córdoba V.
Francisco Salazar 360 y Mallorca
Quito

Quito, 3 de febrero de 2013

Doctora
Ivette Haboud B.
Secretaria de la Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Ciudad

Ref. Tesis Sr. Mario Oswaldo Aguinaga Vargas

De mi consideración:

En respuesta al pedido formulado mediante Oficio Nro. 003-SJG-14 referente a la disertación de licenciatura intitulada **“LOS CONFLICTOS DE JURISDICCION DERIVADOS DE LAS INFRACCIONES AL DERECHO DE AUTOR EN INTERNET”** elaborada por el señor **MARIO OSWALDO AGUINAGA VARGAS**, en mi condición de profesor informante designado por el señor Decano, tengo a bien participarle lo siguiente:

La actualidad del tema elegido es indiscutible, lo que explica su importancia teórica y práctica más allá de la poca importancia que, lamentablemente, se le confiere en el derecho local.

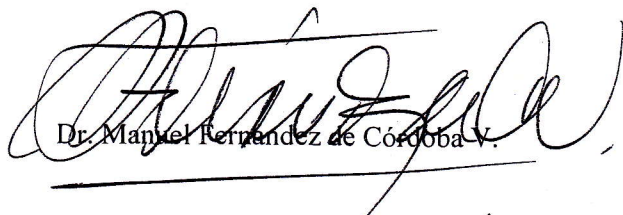
Sus aspectos formales se ajustan a las normas metodológicas de la Universidad, por lo que no admiten observaciones.

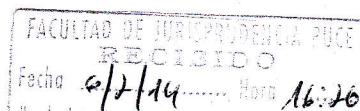
La bibliografía consultada responde a la disponibilidad del medio con referencia al tema tratado. Los anexos obtenidos de fuentes extranjeras muestran el interés del disertante en la elaboración del trabajo. Sin embargo, para un mejor entendimiento y provecho de sus contenidos, habría sido deseable incluir su traducción.

Si bien existen puntos de vista del alumno con los que no coincido totalmente, se los podrá discutir a la hora de su defensa. Quizá la falta de precedentes concretos sobre el tema en la jurisprudencia ecuatoriana explique su no inclusión. Habría sido muy útil, para efectos de la tesis, contrastarla con la de otros países y sistemas.

Salvo un mejor criterio, se la califica con la nota de 10/10.

Atentamente,


Dr. Manuel Fernández de Córdoba V.



DEDICATORIA

*A mis amados padres y hermano, a quienes debo todo lo que soy
A mi Madre Dolorosa “aunque la mar del mundo, con zozobran-
te quilla
surcare mi barquilla, acuérdate de mí”*

“Si cada hombre tiene el derecho de defender, aun por la fuerza, su persona, su libertad y su propiedad, varios hombres tienen el Derecho de concertarse, de entenderse, de organizar una fuerza común para encargarse regularmente de aquella defensa”.

Frederic Bastiat, *La Ley*

La función correcta del gobierno es proteger a los ciudadanos de las actividades que inicien la fuerza física contra ellos o sus propiedades legítimamente adquiridas”

Juan Fernando Carpio, *Instituto para la Libertad USFQ.*

ABSTRACT

El presente trabajo de investigación radica en el estudio de los conflictos de jurisdicción que surgen en infracciones cometidas en la red mundial de la información (Internet) contra los Derechos de Autor.

Se trata de dilucidar las causas originarias del problema, sus efectos en las legislaciones y las posibles soluciones que pueden darse a la hora de resolver el conflicto.

El marco legislativo actual que protege al derecho de autor, básicamente se compone de normas sobre derechos de autor (territoriales) y normas de derecho internacional privado (instrumentos internacionales) que han sido virtualmente obsoletas a la hora de resolver la jurisdicción al juzgar las infracciones

La dificultad de amalgamar las normas de Derecho de Autor con las de Derecho Internacional Privado, es un punto crítico a la hora de juzgar infracciones. Términos como la *lex loci* o *fórum non conveniens*, son puntos de quiebre al decidir la jurisdicción.

El Convenio de Berna establece el criterio de trato nacional, que por desgracia, no resuelve en lo absoluto el conflicto de jurisdicción originado por el cometimiento de infracciones al derecho de autor, que en Internet pueden darse simultáneamente en distintos lugares geográficos (cada uno con su propio sistema jurídico).

Se han utilizado los pocos recursos que han existido sobre el tema de una manera prolija, a la vez que se analizan la legislación europea, norteamericana y se exponen casos emblemáticos.

Las soluciones planteadas en este trabajo responden a la realidad social que impera en nuestros días y que utilizan los nuevos métodos alternativos de solución de conflictos en virtud de la defensa inmediata de los derechos afectados.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I	
LA EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR Y SU VINCULACIÓN AL ENTORNO DIGITAL	5
1.1 ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO DE AUTOR	5
1.2 LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN	8
1.3 EL FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVIDORES DE INFORMACIÓN	15
1.4 LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR	17
1.4.1 La originalidad	19
1.4.2 La fijación de la obra en soporte físico	19
1.4.3 Las solemnidades de registro	19
1.4.4 El objeto de protección	19
1.4.5 Los titulares de derecho	20
1.4.6 Los derechos morales y patrimoniales	20
CAPITULO II	
TRATAMIENTO Y ELECCIÓN DE LA JURISDICCIÓN EN EL CONVENIO DE BERNA, LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y LA UNIÓN EUROPEA. CASOS ESPECÍFICOS	22
2.1 EL CONVENIO DE BERNA EN RELACIÓN A LA LEY APLICABLE	22

2.2 EL TRATAMIENTO DE LA JURISDICCIÓN EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA	24
2.3 COMPETENCIA JUDICIAL EN LA UNIÓN EUROPEA	31
2.4 PROYECTO DE LEY S.O.P.A. (STOP ONLINE PIRACY ACT)	34
2.5 CRITERIOS PARA ESTABLECER UNA JURISDICCIÓN EN INTERNET	35
CAPITULO III	
3.1 CASOS ESPECÍFICOS	39
3.1.1 El caso Megaupload	39
3.1.2 El caso Yahoo	44
3.1.3 El caso Youtube	45
3.2 SOLUCIONES AL CONFLICTO DE JURISDICCIÓN EN LA ERA DIGITAL	47
3.2.1 Acuerdo contractual	47
3.2.2 Nueva Ley Global	47
3.2.3 Arbitraje	48
3.3 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	48
BIBLIOGRAFÍA	51
ANEXOS	

INTRODUCCIÓN

El 29 de octubre de 1969 se envió el primer mensaje a través de ARPANET, un sistema de red informática del cual nació Internet. Dicho sistema era un experimento del Departamento de Defensa de Estados Unidos, cuyo objetivo era establecer un nexo de comunicación entre los distintos Organismos Gubernamentales norteamericanos. Desde ese momento y hasta la actualidad, la red mundial de información digital, ha alcanzado límites inimaginables en la transmisión de cualquier tipo de archivos.

La cantidad de información mundial contenida en Internet, ha superado las predicciones incluso del analista más optimista. Todo el flujo documental en sus diversas formas ha rebasado de tal forma las mediciones, que solo se pueden arrojar datos aproximados de la cantidad de información, que por ahora se contabiliza en millones de terabytes (unidad de medición de información digital) que ha llegado a superar a la información escrita en el planeta.

La premisa coloquial conocida entre los usuarios de Internet dicta que si algo no se encuentra en Internet, es porque dicha información no existe. En ese sentido, la mayoría de obras escritas, ilustraciones, bases de datos, grabaciones, etc., se encuentran de una forma u otra localizadas en algún servidor del planeta. La protección legislativa del derecho de autor, se enfrenta a un gran reto al tratar de proteger las creaciones de su abuso y obtención no autorizada.

Internet no conoce de fronteras, por lo tanto el derecho de autor ha girado drásticamente de su concepción territorial hacia la protección internacional. Aun así, los intentos de protección del derecho de autor no pueden violar los principios de soberanía y territorialidad de la ley de cada Estado, encontrándose con obstáculos al decidir donde se deben juzgar las infracciones cometidas contra el derecho de autor, dejando aún en la indefensión a los creadores de sus obras.

La información albergada en Internet, ha logrado superar a toda la información física escrita que poseemos en la actualidad. El comercio mundial y el acceso a todo tipo de documentación han logrado superar las barreras físicas y fronteras nacionales.

Las personas que intercambian archivos a diario, pueden obtenerlos de distintos países en cuestión de segundos.

La globalización de la información a través de Internet, en su buen y legítimo uso, instruye a las personas sobre cualquier tema, pero también conlleva un gran problema cuando se hace uso ilegítimo tanto en la obtención como en la distribución del material alojado en los servidores informáticos. Al hallarse dicho material en distintos puntos geográficos, se complica el encontrar una norma que dictamine qué ordenamiento jurídico tiene jurisdicción para conocer eventuales delitos contra el derecho de autor.

El señalamiento de la ley competente en cada uno de los conflictos de leyes genera cierta dificultad en su planteamiento. La naturaleza jurídica de las situaciones, es única en su realidad espacial y temporal, por lo que no existe un método único para resolverlas.

El marco legislativo actual que protege al derecho de autor, básicamente se compone de normas sobre derechos de autor (territoriales) y normas de derecho internacional privado (instrumentos internacionales), pero problemas como el alcance territorial de la ley que impide se juzgue una infracción a alguien que se encuentre en otro territorio, o también la incompatibilidad de normas cuando dos o más países reclaman ser los competentes para juzgar la infracción cometida en Internet, conllevan sin lugar a duda a una restricción al cumplimiento cabal de la protección que exige el creador de una obra. Esto es por lo que se han llegado a acuerdos “ligeros” regionales para tratar de mitigar el problema de raíz, que a simple vista, no tiene una solución inmediata.

CAPÍTULO I

LA EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AUTOR Y SU VINCULACIÓN AL ENTORNO DIGITAL.

1.1 ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO DE AUTOR

Dentro del ordenamiento jurídico doctrinario, el derecho de autor encuentra su lugar dentro de la Propiedad Intelectual, cuyo fundamento se halla en la capacidad creativa humana, siendo ésta el pilar fundamental del avance de la sociedad en todos sus aspectos: tecnológicos, culturales, científicos, literarios, etc.

La tecnología se encuentra íntimamente ligada a la vida cotidiana de la sociedad. Para esto el ser humano ha desarrollado herramientas que tratan de facilitar la cotidianidad de sus acciones. La agricultura, el fuego, la rueda, la escritura, son apenas gotas en un océano de invenciones o descubrimientos que han marcado para siempre el desarrollo de la sociedad moderna.

Las antiguas civilizaciones consideraban al conocimiento como un tesoro, por lo que su protección era imperativa y las “*conductas como el plagio se tachaban de deshonrosas*”¹

La imprenta marcó un antes y un después en las comunicaciones, cuando pudo reproducirse a escala industrial todo tipo de libros, obras artísticas, manuales, ilustraciones, etc., que hasta ese momento, solo se hallaban en manos de clases privilegiadas o de la Iglesia, cuyos copistas podían reproducir en cantidades sumamente limitadas por el largo, elaborado y tedioso proceso de crear una copia exacta de la obra en cuestión. Con este invento pudo extenderse el conocimiento de una manera rápida y voluminosa. Inmediatamente pudo ponerse a disposición del pueblo en general las obras de aquellas mentes iluminadas que marcarían el avance y el progreso de la humanidad en un espacio de tiempo muy corto.

¹ Wilson Ríos. *La Propiedad Intelectual en la Era de las Tecnologías de Información y Comunicaciones*. Bogotá. Ed.Temis. 2011. p. 4.

Hasta el momento en que los copistas reproducían las obras, los autores podían vigilar las reproducciones realizadas sin ningún inconveniente (salvo la muerte del autor), pero al empezar la producción en serie, la vigilancia de copias no autorizadas fue poco a poco transformándose en una tarea complicada.

La necesidad de una protección jurídica (más allá de la simple moral) era evidente. Es así que surgió la creación de un sistema de monopolio por un tiempo determinado para que los libreros o impresores y solo ellos puedan reproducir las obras, contando siempre con el permiso del monarca de turno. Este sistema fue denominado “Régimen de Privilegios”, otorgado por primera vez en 1470 en Venecia. Tal como lo explica el Dr. Wilson Ríos, este sistema no era un derecho de propiedad intelectual *per se*, sino un derecho de explotación de obra, publicación y venta donde paradójicamente el derecho era para el editor e impresor y no para su autor²

En 1710 se pone fin al régimen de privilegios con El Estatuto de la Reina Ana, que fue la primera ley que norma el derecho de autor, confiriendo a los autores un derecho sobre sus obras y su reproducción durante 14 años. Este fue el antecedente directo del *Copyright*.

En Francia, en el año 1791, se confiere a los autores el derecho exclusivo para disponer la representación pública de sus obras y reproducción de obras literarias.

El comercio internacional facilitó la superación de las fronteras físicas y puso a disposición del mundo una gran cantidad de obras, por lo que era necesario un marco legal que pueda proteger el derecho del autor y su obra, no solamente en su país, sino en aquellos lugares donde pueda comercializarse su obra. Para esto, en 1886, los representantes de varios países se reunieron en Berna con el fin de elaborar un documento que fuera eficaz en su afán de protección de obras artísticas y literarias de sus autores, en distintos puntos del planeta. Los principios de trato nacional, protección mínima, simplificación y eliminación de formalidades para una protección automática

² Cfr. Ídem

de la obra desde su creación e independencia de las formas de disposición de las obras son los puntales primordiales de este acuerdo.

El magno documento indica varios puntos de vinculación entre los autores, sus obras y la propia convención. La nacionalidad del autor, el domicilio en un Estado Contratante y el lugar de la primera publicación, son los puntos mínimos que deben seguir los países miembros para asegurar la protección del derecho de autor y sus obras. Estos puntos se ven relacionados íntimamente con el principio de trato nacional y protección mínima.

De esta manera, empezaron a surgir numerosos tratados y convenios, cuyo objetivo primordial era proteger al derecho del autor y su obra frente al avance de las nuevas tecnologías de transmisión de la información, cuyos pasos agigantados han puesto en aprieto a la legislación nacional e internacional. Como ejemplo tenemos los siguientes:

- 1 La Convención Universal sobre Derechos de Autor, suscrita en 1952 en Ginebra buscaba la armonización de normas entre el Common Law y el Derecho Continental, además de incluir a aquellos países que no habían suscrito el Convenio de Berna, subordinando sus normas a dicho Convenio³.
- 2 El Convenio de Roma para la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, Productores de Fonogramas y Organismos de Radiodifusión fue suscrito en 1961. Su objetivo fundamental era la protección de derechos conexos.
- 3 El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) de 20 de diciembre de 1996, cuyo objeto de protección eran los programas de ordenador y bases de datos. En este acuerdo se amplían los conceptos de derechos de autor a las nuevas formas de explotación en el entorno digital, obligando a las partes a prever recursos jurídicos contra acciones de elusión de medidas tecnológicas de

³ Ídem.

protección utilizados por los autores y la modificación de la información sobre la gestión de derechos⁴.

En la actualidad, las normas de protección de las obras en su entorno digital, no han sido capaces de llegar a una protección completa, por lo que se discute su efectividad y se busca una manera de conciliar el avance agigantado de Internet y la regulación por parte del Derecho de Autor.

1.2 LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

La capacidad de comunicarnos y transmitir información, son características propias y únicas de los humanos. Los medios por los cuales cada individuo interactúa con el grupo al cual pertenece, han sido el producto de una larga evolución y tecnificación, que en un inicio solamente permitían transmitir dicha información a un grupo selecto de individuos.

El ser humano veía la necesidad de guardar su historia en un registro escrito que perdurara a través del tiempo. Por lo tanto ideó formas de almacenar dicha historia para que pudiera ser conocida por el resto de grupos. Este almacenamiento era rudimentario y su información era solamente entendida por unos pocos, ya que el lenguaje utilizado había sido desarrollado por cada uno de los grupos en cuestión.

Con los viajes de intrépidos exploradores, el lenguaje y su código, así como la información, fue extendida por todos los territorios que iban descubriendo y explorando. Las fronteras poco a poco fueron quedando atrás, aunque los métodos de transporte de la información aún seguían siendo rudimentarios o poco prácticos.

Los imperios medievales iban extendiendo su lenguaje y costumbres a los territorios conquistados y veían la necesidad de imponer sus elementos culturales, por lo que la información almacenada del grupo conquistado, era destruida o en el mejor de los casos, acomodada a conveniencia de cada conquistador.

⁴ Agustín Grijalva. *Temas de Propiedad Intelectual, Internet y Derecho de Autor*. Quito. Corporación Editora Nacional. 2007. págs. 65-66.

La Iglesia a su vez, sentía la necesidad de extender su propia información por lo que acompañaban a los conquistadores con el afán de extender por el mundo toda la historia de la propia Iglesia, pero sus textos eran conocidos solo por aquellos que tuvieran la suficiente educación y recursos para descifrar aquellos textos prohibidos para el ser humano común .

Con la llegada de la Revolución Industrial el mundo dio un giro de 180°, ya que la información pudo ser extendida con una rapidez y un volumen de lo que nunca antes se había logrado. La información al fin estaba al alcance de todos.

Adquirió tal importancia, que la adquisición y conocimiento de la información era símbolo de poder, tal como lo había dicho Santa Teresa de Jesús siglos antes de la Revolución Industrial: “*lee y conducirás; no leas y serás conducido*”

Fue evolucionando rápidamente, al punto que la sociedad giraba en torno a la comunicación y la información. Su apropiación y manejo pronto se convirtieron en un tema de interés mundial. “*La sociedad en su conjunto pueda adjetivarse a partir de ella, del mismo modo como se habló de la sociedad industrial, de la sociedad medieval o de la sociedad esclavista*”⁵.

Muy pronto se convirtió en un fenómeno digno de estudio, debido al interés que despertaba en la sociedad y la manera en que los Estados la manejaban de acuerdo a su conveniencia.

Los medios de comunicación masiva se encargaron de dispersar cada día, a cada momento, todo tipo de información que se originaba de acuerdo a los gustos e ideología de cada persona. Nadie quería quedarse al margen del avance impetuoso de la tecnología de la información. Todos querían tenerla en sus manos para manejar sus negocios, su vida, su cotidianidad, su sociedad.

⁵ Guioma Salvat Martinrey. *La revolución digital y la sociedad de la información*. España. Comunicación Social Ediciones y Publicaciones, 2011. p 14.

El término Sociedad de la Información se generalizó a partir de la obra del sociólogo japonés Yoneji Masuda en 1981, cuando publicó The Information Society as Post-Industrial Society, traducido al castellano en 1984 como La Sociedad Informatizada como Sociedad Post-Industrial. Esa obra remitía inmediatamente a la noción de sociedad postindustrial, lo que situaba ya la nueva denominación en el ámbito del modo de producción y como una sucesora de la sociedad industrial, y por tanto colocaba a la información en un lugar diferente al que hasta entonces habían tenido los medios de comunicación y de información. En esa medida consideraba la información como algo cualitativamente distinto, haciendo de ella un factor decisivo de la actividad económica.⁶

Su evolución influyó directamente en la política, la economía y en la sociedad. La apropiación de la información, por lo tanto, se convirtió en un negocio rentable y su propia naturaleza la hizo objeto de protección y cuidado por parte del Estado. El capitalismo y comunismo, que en esos años estaban en su esplendor (y por supuesto en pleno conflicto) vieron en la información una manera de acrecentar su negocio o de incrementar sus seguidores y también, como un frente más en su conflicto.

Poco a poco la sociedad industrial fue quedando atrás, dejando en su lugar a la sociedad de la información, que encontró en la era digital a su mejor aliada. Ya no era necesario un soporte físico para extender el conocimiento. Ahora podía convertirse en una serie de números y datos que se almacenaban para que puedan ser accesibles a más personas en menos tiempo.

Se considera que las nuevas tecnologías son instrumentos que capacitan a los ciudadanos para alcanzar mayores grados de libertad o incluso la posibilidad de profundizar en la democracia, en nuevos modos de relaciones sociales más igualitarias, mediante la extensión de la cultura o la emergencia de modos de organización ajenos al criterio jerárquico dominante hasta fechas recientes. La emergencia del llamado periodismo digital, la posibilidad de una llamada ciudadanía global, el impacto instantáneo de la denuncia de los

⁶ Id.

*acontecimientos ocurridos en otros lugares, y un considerable número de fenómenos inseparables de las nuevas tecnologías irían en esa dirección.*⁷

El avance irrefrenable y arrollador de las nuevas tecnologías hizo que en poco tiempo la sociedad de la información evolucione una vez más, para condicionarse a la existencia de la red mundial de información como base de un nuevo modelo económico-político que trabaja en un dualismo: el mundo real versus el mundo digital.

Cabe anotar que tecnología e información son dos términos y objetos de estudio completamente diferentes, pero complementarios y convergentes, a tal punto que en estos momentos es imposible pensar la existencia del uno sin el otro.

La tecnología digital rompió de nuevo los conceptos que habían empezado a tejerse alrededor de la sociedad de la información. Los principales factores que caracterizan a la tecnología digital son su rapidez y alcance mundial. La conexión a Internet llevó a un avance insospechado a la tecnología, ya que podía obtenerse de cualquier lugar, cualquier persona y en cualquier momento todo tipo de datos, obras y conocimiento en general.

Pero también hay desventajas que han llevado a replantearse la veracidad de la información que existe. Es el caso de la división de la información. Cada persona que pone disposición de los demás todo tipo de datos, los considera veraces, así no lo sean. Y a su vez la persona que los recibe da por hecho que esos datos son verdaderos, lo que genera una cadena de información falaz, que puede influir negativamente en la toma de decisiones.

En el caso que nos atañe, la persona que recibe información, toma dichos datos y su origen como veraces, lo que conlleva violaciones al derecho de autor debido a una fragmentación de la información recibida. Todos creen que los datos son obtenidos legalmente sin siquiera corroborar esa información.

⁷ Ibid. p. 31

La economía, sin dudar, es el factor que se ve influenciado directamente por la calidad y cantidad de información que llega a las manos de aquellos que toman las decisiones. Los datos que reciben continuamente, en cada hora del día e instantáneamente, han logrado que la economía tome un impulso en una base no tan sólida como es la información provista por la tecnología digital.

Los mercados internacionales basan sus compras y ventas en la información que llega a sus dispositivos sobre los objetos de las transacciones. El petróleo, el oro, el cobre, se ven continuamente inmersos en un mercado que sube o baja sus acciones de acuerdo a las previsiones e informaciones confidenciales emitidas al instante sobre su comportamiento inmediato o futuro.

Tal es el impacto de la información en el siglo XXI que el comportamiento social es objeto de transacción. La entrada a los mercados bursátiles de compañías dedicadas a proveer sitios web para relaciones sociales, marcan el inicio de un nuevo mercado basado en la provisión de información del comportamiento personal del individuo frente al grupo social y la venta de estos datos a compañías de publicidad.

El efecto inmediato que tiene esta nueva organización económica basada en la sociedad de la información es la desnaturalización del modelo económico tradicional, ya que la información de las normas judiciales de cada país es accesible al instante para cada grupo económico o empresa, que llevan sus actividades económicas primarias a países donde la calidad de la información es deficiente o nula, para aprovecharse de este desconocimiento y obtener beneficios económicos que no los hubieran alcanzado en países donde la información es de calidad o al menos no tiene tantas barreras para su expresión.

El resultado de todo ello es el cierre total o parcial de centros de producción y el consiguiente desempleo generado, así como el empeoramiento de las condiciones laborales en otros países donde el esfuerzo de décadas de las clases trabajadoras y los derechos alcanzados se convierten en nada y donde,

*en ocasiones, como ocurre sobre todo en Asia, se trabaja en condiciones de miseria.*⁸

La brecha digital es otra consecuencia nefasta de la nueva sociedad de la información. No todas las personas ni todos los países poseen los recursos o conocimientos necesarios para conectarse a la red mundial de información. El efecto inmediato que tiene sobre las personas o países es la incapacidad para tomar una decisión basada en datos veraces e inmediatos que pudieran poner la balanza a su favor en materias comercial, cultural, salubridad, etc.

También puede existir el caso en que existan recursos suficientes de acceso a Internet, pero las personas (en especial aquellas que por economía o cultura no pueden ilustrarse para acceder a la red) no están a la par del avance tecnológico digital, lo que conlleva a un desperdicio del recurso electrónico puesto para facilitar el día a día de las personas.

*El término se acuñó en el ámbito anglosajón como digital divide y su uso se generalizó a partir de que la administración Clinton lo asumiera en sus programas. Desde entonces la literatura acerca de esa realidad no ha dejado de crecer y los organismos internacionales no han dejado de ocuparse del fenómeno y de sus consecuencias. Las cifras son demoledoras y así en el informe mundial Internet World Stats de 2005 la distancia entre el mundo civilizado y África era tan brutal como que en el mundo civilizado industrial se llegaba casi a los 1000 millones de usuarios de Internet, lo que eran cerca de los dos tercios de la población, mientras que en el continente africano la cifra no llega a los 4 millones de usuarios*⁹.

El nuevo modelo de tecnología digital también ha llevado a relegar al olvido o al desuso (como basura tecnológica) a las antiguas tecnologías para la transmisión de datos, textos, ideas y obras en general. El acceso a las obras, como nunca, es fácil. Solo basta con un click para obtener toda la información que uno desee, ya sea canciones,

⁸ Ibid. p. 76

⁹ Id.

libros, software, etc. Hace tan solo 20 años era inimaginable obtener información en tan solo segundos.

El paso de lo analógico a lo digital ha expandido el campo de libertad de las personas, ya que no están atadas a un soporte físico exagerado, cuya capacidad de almacenamiento era irrisible en comparación con las cantidades que se pueden almacenar actualmente en dispositivos sumamente pequeños.

Las caseteras, VHS, discos de acetato o vinilo, entre otra tecnología que ahora se consideraría *vintage*, no permitían la obtención inmediata de la información. Los métodos de grabación y almacenamiento eran lentos y costosos, lo que permitía que las excepciones y limitaciones al derecho de autor como la copia privada, de uso personal¹⁰ y las infracciones al derecho de autor sean relativamente fáciles de controlar.

Pero todo ha cambiado en muy poco tiempo. Los creadores de las obras saben que si desean llegar a más público, deben digitalizar sus creaciones, creyendo ingenuamente que la distribución y comercialización se realizarán de acuerdo a normas y procedimientos de propiedad intelectual.

Ahora, las descargas de obras protegidas por el derecho de autor en Internet son tan frecuentes, que son casi imposibles de regular. En ese sentido, los Estados han tratado de normar estas situaciones imprevistas mediante mecanismos, que si bien logran contener un poco del tráfico digital ilegal, también afectan a la libertad de expresión.

Las descargas libres posibilitadas por el software libre constituyen uno de los capítulos más importantes de la pugna actual en torno a los derechos en todas las sociedades. El gobierno francés y el británico se han visto obligados a aprobar normas restrictivas respecto de las descargas, posibilitando incluso el bloqueo de los accesos para los infractores. En España el problema se plantea en términos análogos y el debate está sobre la mesa, habiendo dado lugar a un

¹⁰ Cfr. Wilson Ríos Ruiz. *La Propiedad Intelectual en la Era de las Tecnologías.*, Bogotá. Universidad de los Andes. 2011. P. 123

*manifiesto de internautas ante la posibilidad de que la Administración pueda cerrar determinadas páginas web sin necesidad de autorización judicial, lo que se ha convertido incluso en un debate ideológico.*¹¹

En conclusión, la sociedad ha evolucionado, tomando a la información como base, modelo y escuela para su propio beneficio. Pero también se ha convertido en obstáculo al momento de la protección efectiva de los derechos (en especial el de autor), ya que la rama jurídica no ha avanzado a la par de la evolución tecnológica, lo que se traduce en una indefensión del derecho de la persona.

1.3 EL FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVIDORES DE INFORMACIÓN.

El sistema de transmisión de datos a través de Internet es muy simple pero a su vez, conlleva cierta dificultad a la hora de identificar el sitio exacto del cual proviene la información. Cada dispositivo electrónico con acceso a internet, lleva en su sistema un identificador propio y único frente a la red mundial, conocido como dirección IP (código numeral de varios dígitos que identifican longitud y latitud terrestres exactas), lo que singulariza dicho dispositivo para evitar conflictos con otros que pudieran tener el mismo identificador (cabe anotar que existen maneras de cambiar este identificador). A su vez, existen organizaciones o empresas que proveen del servicio de Internet a través de cables, satélites, módems, etc. Estas empresas no se encuentran necesariamente en el lugar donde prestan el servicio, ya que pueden prestarles el servicio a distintos proveedores de Internet, como es el caso de SATNET en Ecuador, que toma el servicio de Internet de TELEFÓNICA DE ESPAÑA.

Tenemos identificada en primera instancia la conexión entre un dispositivo electrónico y el ciberespacio, pero ¿dónde se halla la información a la que estamos expuestos diariamente? Personas naturales y empresas proveen esta información ya que en sus servidores, que son sencillamente discos duros de alta capacidad de almacenamiento, se encuentra alojado todo tipo de datos. Los servidores de menor

¹¹ Guioma Salvat Martinrey. Op. Cit. p.8

capacidad se hallan dispersos por todo el mundo, pero los de mayor almacenamiento de datos, se encuentran aglutinados en Estados Unidos de América y en Europa.

Nuestros dispositivos envían solicitudes de datos a través de Internet, que llegan a estos servidores que también están conectados a la red y a su vez, estos devuelven respuestas a dichas solicitudes en forma de datos, proveyéndonos de lo requerido. Como se indicó anteriormente los dispositivos y los servidores se hallan en distintos puntos geográficos y las solicitudes cruzan servidores intermedios de paso (que soportan el tráfico de la información) también ubicados en otros puntos del planeta. Esto se realiza en apenas segundos.

Para explicar mejor este punto tenemos el siguiente diagrama que explica por cuántos lugares geográficos tuvo que pasar una solicitud para abrir la página principal de Google, cuyos servidores están en Estados Unidos de América.

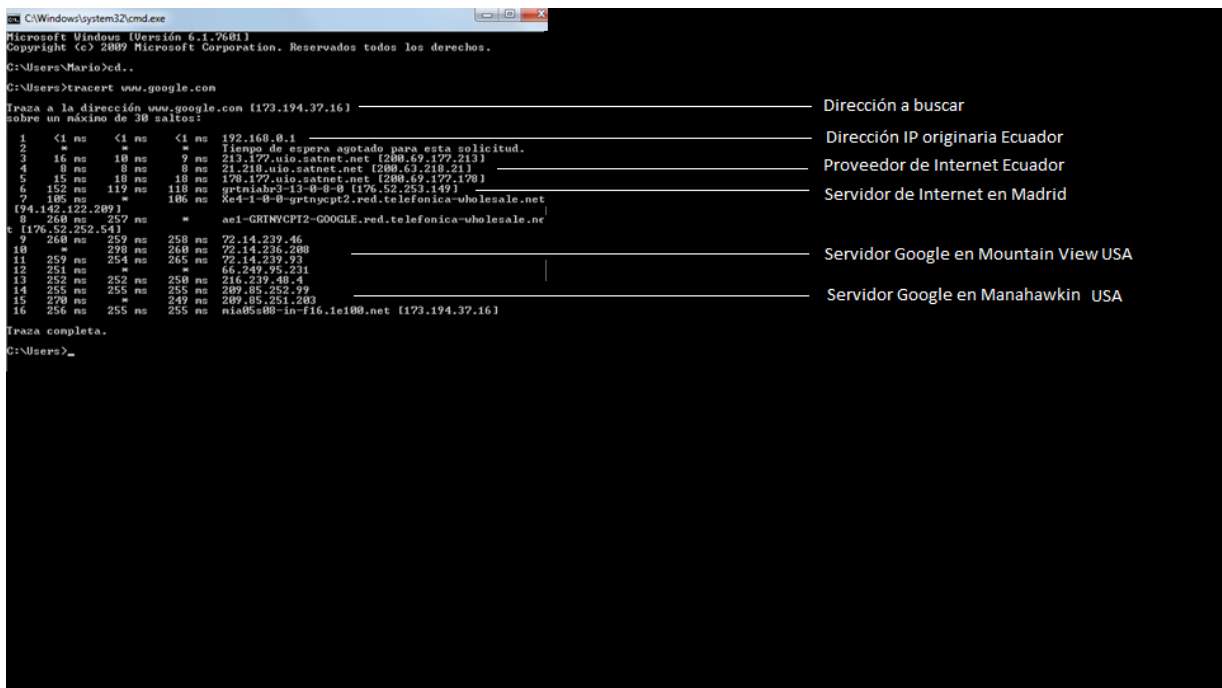


IMAGEN 1

COMANDO DE BÚSQUEDA Y TRAZADO DE INFORMACIÓN

Fuente: Captura propia de pantalla

Elaborado por: Mario Aguinaga Vargas

Tal como indica la anterior imagen, la solicitud para abrir la página www.google.com, que se originó en mi computador localizado en QUITO, ECUADOR, tuvo que viajar a través del servidor de Satnet de Ecuador, luego al de Telefónica en MADRID, ESPAÑA para llegar a su destino en MOUNTAIN VIEW, ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA). Todo esto sucedió en milisegundos. Google tiene una salida directa en pocos pasos para llegar a sus servidores, pero otras páginas tienen que pasar por muchos servidores para llegar a su destino.

La información guardada en los servidores de personas o empresas, se entrelazan con otros servidores ubicados en distintas partes del planeta y de esta manera funcionan los servidores de información.

1.4 LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR.

Una vez planteado el problema de la numerosidad de servidores de información ubicados en distintos lugares, que a su vez tienen sus propias legislaciones, es necesario conocer cuáles son las corrientes jurídicas doctrinarias que rigen estos sistemas jurídicos.

Con el Estatuto de la Reina Ana mencionado anteriormente, se da el primer paso hacia la protección del derecho de autor, pero este Estatuto también da origen al *Copyright*, dentro del *Common Law*, cuyas diferencias con el llamado *Civil Law* o Derecho Continental, son importantes a la hora de tratar el sistema jurídico que tienen jurisdicción sobre un determinado caso de infracción al derecho de autor en Internet.

El *Common Law* o Derecho Común, se extendió en la Edad Media desde Inglaterra hacia sus colonias ubicadas en los distintos continentes, mientras que el *Civil Law* o Derecho Civil se desarrolla en Europa continental, especialmente en las potencias de ese entonces que fueron España y Portugal, que a su vez lo transmitieron a sus colonias en el planeta. El Derecho Civil tiene su antecedente inmediato en el *civile ius* romano, que luego sería adaptado y compilado por el emperador Justiniano y puesto en escena nuevamente siglos después en *Corpus Iuris Civilis* que fue la adaptación del

derecho romano antiguo. Algunos sistemas sin categorizar como el de Rusia o Japón, se unieron a la tradición del Derecho Civil, con el objetivo de afianzar su poderío tal como lo hacía España y Portugal¹².

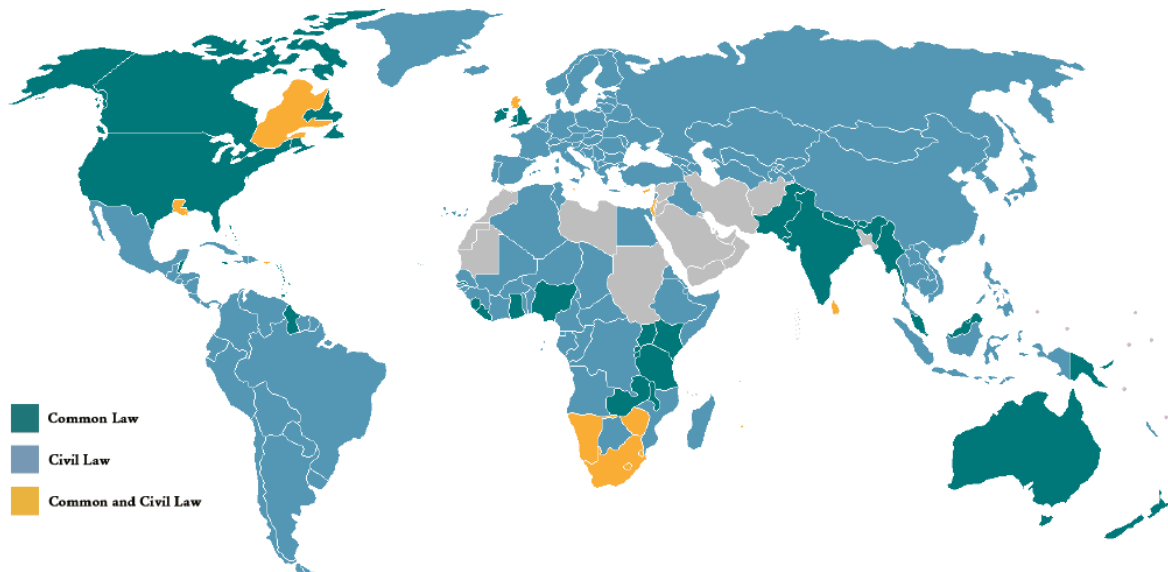


IMAGEN 2
MAPA MUNDIAL QUE MUESTRA LOS PAÍSES QUE POSEEN *COMMON LAW* O *CIVIL LAW*

Fuente:

<http://www.law.berkeley.edu/library/robbins/pdf/CommonLawCivilLawTraditions.pdf>

Elaborado por: Escuela de Leyes de la Universidad de Berkeley

Basados en la categorización de las diferencias, hechas por la Dra. Sofía Rodríguez Moreno, de la Universidad Externado de Colombia, se detallará a continuación los distintos puntos de comparación entre estos sistemas de protección¹³.

¹² Escuela de Leyes de la Universidad de Berkeley, *The Common Law and Civil Law Traditions*, <http://www.law.berkeley.edu/library/robbins/CommonLawCivilLawTraditions.html>, Acceso: 15 de octubre de 2013, 13h35.

1.4.1 La originalidad.

Según el derecho civil de autor, siendo su concepción subjetiva, la obra es propia de la personalidad del autor, reflejando su ingenio inventivo, por lo tanto la originalidad radica en su creación personal. En cambio, el *common law*, específicamente el *copyright* la originalidad es objetiva, por lo que la creación no debe ser copia de otra y la obra no necesariamente refleja la personalidad del autor.

1.4.2 La fijación de la obra en soporte físico.

El *copyright* que la obra se encuentre en un soporte físico o material para que pueda ser protegida. En cambio en el derecho civil de autor la fijación material no es un elemento indispensable para otorgar la protección.

1.4.3 Las solemnidades de registro.

En un principio el *copyright* exigía el registro de la obra para su protección, al contrario de lo que sucede en el derecho civil de autor, que protege la obra desde su creación, sin contar con el registro como una condición *sine qua non*. El Convenio de Berna armonizó este tema y ahora para los dos sistemas no es necesario el registro, excepto en algunos países que todavía conservan esta solemnidad. En nuestro país se acata la disposición de Berna, indicando en el artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual que

Los derechos reconocidos por el presente Título son independientes de la propiedad del objeto material en el cual está incorporada la obra y su goce o ejercicio no están supeditados al requisito del registro o al cumplimiento de cualquier otra formalidad¹⁴

1.4.4 El objeto de protección.

El derecho civil de autor protege toda creación producto del ingenio y la capacidad intelectual del autor, que sea susceptible de divulgación¹⁵, tal como lo recoge

¹³ Cfr. Sofía Rodríguez Moreno. *La Era Digital y las Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2004. Págs. 28-65.

¹⁴ Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual de Ecuador, publicada en Registro Oficial-Suplemento 426 de 28 de diciembre de 2006.

el mismo artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual Ecuatoriana: “*La protección del derecho de autor recae sobre todas las obras del ingenio, en el ámbito literario o artístico, cualquiera que sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad*”¹⁶; los fonogramas y emisiones de radiodifusión son protegidos a través de derechos conexos. El *copyright* los protege dentro de su campo de acción.

1.4.5 Los titulares de derecho.

El *copyright* reconoce como sujetos de derechos no solamente a la persona natural, sino también a las personas jurídicas, cuando la creación de la obra se hace por encargo a una persona natural.

El derecho civil de autor solo reconoce como titulares de derecho a las personas naturales, aunque en la práctica, el *common law* ha tenido una influencia enorme como en el derecho civil de autor francés:

*El artículo 113-5 del Código Francés de Propiedad Intelectual de 1992 establece que “La obra es, salvo prueba en contrario, la propiedad de una persona física o moral en cuyo nombre se divulga. Esta persona está investida de derecho de autor”. De igual forma, en nuestro medio existen concepciones que toleran la posibilidad de reconocer a la persona jurídica como titular originario de una obra siempre que la obra sea resultado del objeto social de la persona jurídica, se produzca con base en procesos y técnicas desarrollados por la misma y no se presente ninguna participación de tipo intelectual por parte de la persona natural que realiza la obra la cual solo sigue un plan trazado, aportando conocimientos meramente técnicos.*¹⁷

1.4.6 Los derechos morales y patrimoniales.

¹⁵ Cfr. Sofía Rodríguez Moreno op. cit. p. 9

¹⁶ Ley de Propiedad Intelectual de Ecuador Op. cit. p. 9

¹⁷ Juan Diego de las Casas Escobar. *La persona jurídica titular originario de derechos de autor*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Tesis de Grado. 1998. En Sofía Rodríguez Moreno. *La Era Digital y las Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2004. p. 32

El derecho civil de autor reconoce a los creadores los derechos patrimoniales y morales, en cambio el *copyright* solo reconoce el derecho patrimonial.

La breve enumeración de las características principales de los dos sistemas de protección del derecho de autor nos permite evidenciar las primeras limitaciones a las cuales se enfrentaría un sujeto que reclame su derecho en las distintas legislaciones.

El punto principal de esta investigación, luego de conocer los temas preliminares que originan la discusión, radica en el cometimiento de una infracción en Internet. Como revisamos anteriormente, la información pasa por distintos lugares geográficos (con sus propias legislaciones) y la infracción no se comete en un solo lugar, sino en varios lugares simultáneamente. Cuando se realiza una descarga ilegal, la solicitud de información viaja desde el punto A, pasando por servidores ubicados en puntos B, C, D, etc., para llegar a su destino en el punto X. De esta manera el creador de la obra que ha sido objeto de la infracción se enfrenta a un dilema sobre dónde se tiene que proteger su derecho.

Así mismo, los sistemas de protección enunciados anteriormente, provocan una discusión sobre cuál es el objeto, sujeto y derecho de protección que varía de sistema a sistema. Si una persona jurídica reclama su derecho de autor en una legislación que no considera como sujeto de protección dicha persona, se ocasionaría un daño al derecho patrimonial y moral de la persona. Puede darse el caso que dos o más legislaciones pretendan conocer y juzgar el caso aduciendo que por encontrarse el servidor en su territorio, tienen jurisdicción o al contrario, dos o más legislaciones pueden indicar que no es su jurisdicción, dejando en la indefensión al creador de la obra.

CAPÍTULO II

TRATAMIENTO Y ELECCIÓN DE LA JURISDICCIÓN EN EL CONVENIO DE BERNA, LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y LA UNIÓN EUROPEA. CASOS ESPECÍFICOS

2.1 EL CONVENIO DE BERNA EN RELACIÓN A LA LEY APLICABLE

El Convenio de Berna suscrito el 9 de septiembre de 1886, marcó la pauta de creación de un sistema jurídico internacional. Las modificaciones que ha sufrido han servido para mejorar la protección de los derechos de autor de aquellos países suscriptores frente a los demás ordenamientos jurídicos.

Este convenio provee de un mínimo de protección, el cual debe ser acatado obligatoriamente por los países que pertenecen al tratado. También trata de sortear el obstáculo de la territorialidad de la ley y su ineficacia frente a los demás sistemas jurídicos. Así mismo, trata de armonizar las diferencias entre el *copyright* y el derecho civil de autor.

En su artículo 3, enuncia los distintos criterios para la protección y vinculación que son:

1. Nacionalidad del autor o lugar de publicación de la obra;
2. Residencia del autor;
3. Obras publicadas;
4. Obras publicadas simultáneamente

Estarán protegidos en virtud del presente Convenio:(a) los autores nacionales de alguno de los países de la Unión, por sus obras, publicadas o no;(b) los autores que no sean nacionales de alguno de los países de la Unión, por las obras que hayan publicado por primera vez en alguno de estos países o, simultáneamente, en un país que no pertenezca a la Unión

y en un país de la Unión.2) Los autores no nacionales de alguno de los países de la Unión, pero que tengan su residencia habitual en alguno de ellos están asimilados a los nacionales de dicho país en lo que se refiere a la aplicación del presente Convenio.3) Se entiende por « obras publicadas », las que han sido editadas con el consentimiento de sus autores, cualquiera sea el modo de fabricación de los ejemplares, siempre que la cantidad de éstos puesta a disposición del público satisfaga razonablemente sus necesidades, estimadas de acuerdo con la índole de la obra. No constituyen publicación la representación de una obra dramática, dramático-musical o cinematográfica, la ejecución de una obra musical, la recitación pública de una obra literaria, la transmisión o radiodifusión de las obras literarias o artísticas, la exposición de una obra de arte ni la construcción de una obra arquitectónica.4) Será considerada como publicada simultáneamente en varios países toda obra aparecida en dos o más de ellos dentro de los treinta días siguientes a su primera publicación.¹⁸

En su artículo 5.1 establece el principio de trato nacional ya que indica que

Los autores gozarán, en lo que concierne a las obras protegidas en virtud del presente convenio, en los países de la unión que no sean el país de origen de la obra, de los derechos que las leyes respectivas conceden en la actualidad o concedan en lo sucesivo a los nacionales, así como de los derechos especialmente establecidos por el presente convenio

Este principio constituye uno de los mayores beneficios que puedan tener los titulares de derecho de autor cuyos países han firmado o ratificado la convención de Berna, que los pone en la misma condición que los ciudadanos de otros países miembros del tratado, en materia de derechos de autor.

¹⁸ Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas, suscrito el 9 de septiembre de 1886 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

Este mismo artículo no resuelve en toda su magnitud al conflicto de jurisdicción, ya que sólo hace alusión a los países miembros del tratado, pero no protege a aquellos titulares cuyos países se encuentren fuera de este convenio.¹⁹

Su artículo 5.2 nos lleva a la aplicación de la ley del país miembro donde se reclama la protección

El goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra. Por lo demás, sin perjuicio de las estipulaciones del presente convenio, la extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección

Esta norma encuentra su inicio en el principio de territorialidad de los derechos de autor y en general del derecho. No se puede utilizar una ley extranjera para probar o entablar una demanda en una sede judicial distinta a la de la ley en cuestión. Los tratados internacionales por lo general, no resuelven el conflicto de utilización de leyes en otro Estado.²⁰

La asignación e identificación de la titularidad de la obra, tiene un tratamiento muy *sui géneris* en el convenio de Berna ya que hay una presunción de autoría hacia la persona a nombre de quien se difunde la obra, lo que puede generar un conflicto adicional al de jurisdicción cuando existan obras por encargo u obras cinematográficas.

2.2 EL TRATAMIENTO DE LA JURISDICCIÓN EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Como se había indicado al inicio de esta investigación, la mayoría de los servidores de información, cuya capacidad de almacenamiento permite guardar los

¹⁹ Raquel Xalabarder, Derechos de autor: ley aplicable y jurisdicción competente en la era digital, Décimo Encuentro Regional de la Sociedad Americana de Derecho Internacional, p. 4

²⁰ Id.

datos de la mayoría de sitios concurridos en Internet, se encuentran en Estados Unidos de América y en la Unión Europea, por lo que es necesario incursionar en el análisis del tratamiento y elección de la jurisdicción que han otorgado estas legislaciones.

Según la ICAAN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) cuya labor consiste en asignar espacio para direcciones informáticas, los países donde se encuentran la mayoría de servidores “raíz” (que otorgan la información al resto de servidores en el mundo) son Estados Unidos, España, Reino Unido, Francia, Alemania e Italia.

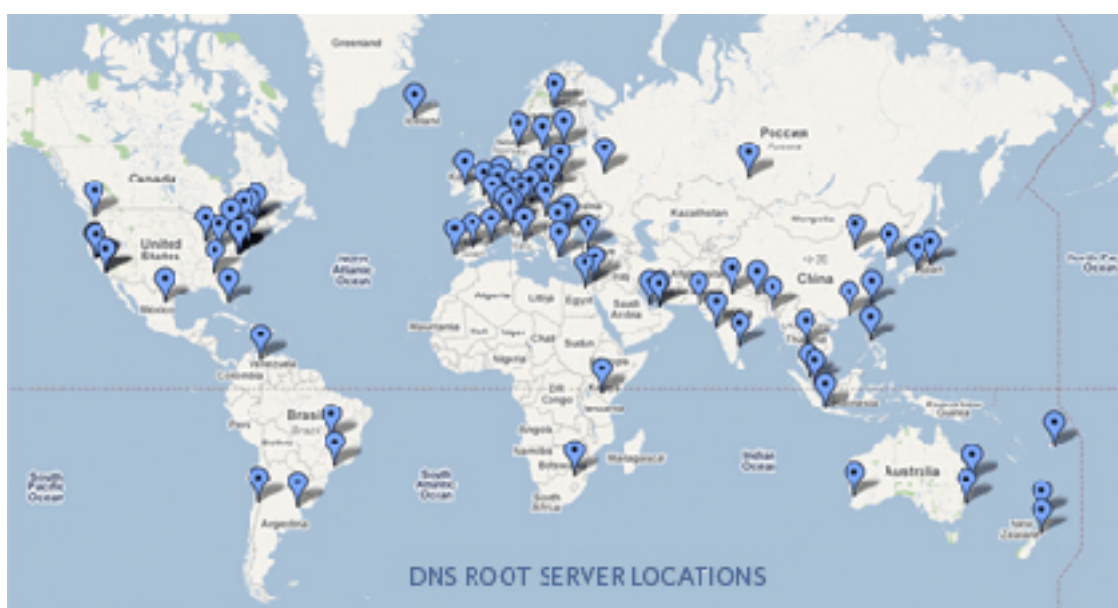


IMAGEN 3

LOCALIZACIÓN DE SERVIDORES RAÍZ EN EL MUNDO

FUENTE: ICAAN

REALIZADO POR: Patrik Fältström, CONSULTOR ICAAN

Cabe anotar que otros lugares donde pueda existir una alta concentración de servidores como la República Popular de China o India, no entran en este análisis, ya que sus legislaciones bloquean el acceso libre a la información en Internet y el Estado es quien decide qué información entra y sale de sus territorios, por lo que el acceso al contenido de otros países es muy limitado y las descargas son poco frecuentes.

En las discusiones realizadas por el Grupo de Consultores sobre los aspectos del derecho internacional privado relativos a la protección de obras y objetos de derechos conexos transmitidos a través de redes digitales mundiales, llevadas a cabo en diciembre de 1998 en Ginebra, en la sede la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, se tomó como ejemplo de estudio a Estados Unidos de América y su forma de resolución en causas litigiosas similares al tema de esta investigación.

Los principios de resolución que rigen sus Cortes en casos interestatales, pueden utilizarse para resolver el conflicto de jurisdicción a nivel internacional. Para que el Estado pueda ejercer su poder de imperio sobre el caso a resolver por encima de la jurisdicción del demandado de otro Estado, debe existir *un nexo entre el demandado y la jurisdicción*²¹ Este nexo es el desempeño de la actividad comercial principal del demandado en el lugar donde se plantearía la demanda²². En el caso internacional se tendría que respetar la soberanía del Estado donde se encuentra el demandado.

Si el nexo con el Estado no es lo suficientemente fuerte, el tribunal del Estado tendrá una “competencia especial”²³ para conocer la causa. Este contacto mínimo que tendría el demandado con el Estado en cuestión, debe ser precedido por un “*acto por el cual el demandado se vale intencionalmente del privilegio de desempeñar actividades en el Estado de la jurisdicción e invoca, con ello, los beneficios y las protecciones de sus normas*”²⁴ por ejemplo acogerse a exención de tributos. La sede judicial federal americana procura que las normas para la decisión sobre la competencia, surjan del Estado de la jurisdicción.²⁵

Por lo tanto, la puesta a disposición de la información en el servidor de un país (upload), genera un nexo mínimo suficiente entre el propietario del servidor y la

²¹ Jane Ginsburg,, *Grupo de Consultores sobre los aspectos del derecho Internacional Privado relativos a la protección de obras y objetos de derechos conexos transmitidos a través de redes digitales mundiales*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. p.9

²² Cfr id.

²³ Id.

²⁴ Hanson contra Denckla, 357 U.S. 235,253 (1958)

²⁵ Id.

jurisdicción de ese país, por lo que sería correcto entablar la demanda en esa locación en el caso de existir una infracción al derecho de autor en el ciberespacio.

De acuerdo a otra opinión y tal como lo explica la tratadista Jane C. Ginsburg, profesora de Derecho de la Propiedad Literaria y Artística de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia,

“la opinión que prevalece en los Estados Unidos y el exterior es que el demandante podrá entablar la acción por la comisión de un ilícito bien donde se originó el perjuicio, bien donde produjo sus efectos”

Consecuentemente tenemos otro elemento primordial para la decisión de la sede judicial en los Estados Unidos de América: la jurisdicción a elegirse es donde el perjuicio produce sus efectos, por lo que este planteamiento solucionaría, en parte, los casos donde no existiera un nexo mínimo entre el demandado y la jurisdicción o donde la información pase por varios servidores.

Aun así, persiste un inconveniente que aparece cuando se discute sobre si el servidor que aloja la información es considerado un nexo mínimo y más aún cuando la violación surge por un vínculo publicitario pasivo (que insta al usuario a descargar contenido protegido por el derecho de autor) ubicado en la página web del servidor. El demandado puede alegar que la infracción no ocurrió en sus servidores, sino que la publicidad alojada en su página web, redirigía la comunicación hacia otro servidor, utilizando solo como un medio de paso el servidor del demandado. Es decir la transacción de la infracción y el perjuicio no se originaron ni produjeron efectos en el servidor del demandado. Para ejemplificar este caso tenemos la siguiente jurisprudencia:

Bensusan Restaurant Corp. c/King, 937 F. Supp, 295 (S.D.N.Y. 1996)

La página web de internet no es suficiente para establecer la jurisdicción del Long Arm de Nueva York. Este caso involucra un juicio de infracción de marca registrada, traído por el dueño del famoso club de jazz de Nueva York, y de la marca registrada, la Nota Azul contra el dueño de un pequeño club de jazz de

Missouri con el mismo nombre, basada la infracción alegada en el sitio web de internet del demandado. La Corte no halló jurisdicción personal sobre el demandado derivada del Estatuto de Nueva York y el debido proceso constitucional, sosteniendo: “el mero hecho de que una persona pueda obtener información sobre el producto alegado como infringido no es equivalente a que una persona anuncie, promocióne y, venda o bien haga un esfuerzo para colocar su producto en Nueva York, y la mera anticipación de una consecuencia dentro del estado y un descuido para prevenir esa consecuencia mediante la restricción del acceso al sitio de internet a los neoyorquinos, no es suficiente para establecer la jurisdicción personal”.

Aun cuando la jurisdicción sea apropiada bajo el Estatuto de Nueva York, ejercerla violaría el debido proceso constitucional: el demandado King no ha hecho nada para intencionalmente aprovechar él mismo los beneficios de Nueva York. King, como numerosos otros, simplemente creó un sitio en Internet y permitió el acceso a cualquiera que pudiera encontrarlo. Crear un sitio, como tener un producto en el circuito de comercio, puede ser sentido como nacional o inclusive mundial, pero, sin más, no es determinadamente un acto dirigido hacia el estado del foro. No hay alegación alguna de que King buscó activamente alentar a los neoyorquinos para acceder a su sitio, o de que él dirigió algún negocio ni siquiera una parte continua y sistemática del suyo en Nueva York. No hay, de hecho, ninguna sugerencia de que King tiene alguna presencia de cualquier otro tipo en Nueva York que el sitio de internet al que puede accederse mundialmente”²⁶

Las Cortes norteamericanas han seguido diferentes líneas de acción (ya que su sistema judicial pertenece al *common law*) en la resolución de estos conflictos de jurisdicción derivados de infracciones al derecho de autor, pero confluyen en que debe existir una transacción para que un acto pueda ser considerado infracción. Por lo tanto se debe verificar dónde se realiza la transacción (origen del perjuicio) para que pueda conocerse qué Tribunal tiene jurisdicción e incluso si no puede verificarse dónde tiene

²⁶ Anibal Pardini, *Derecho de Internet*, Buenos Aires, Ediciones La Roca, 2002. P. 193

lugar la transacción, la descarga digital ilegal se asemejaría a una adquisición material fraudulenta podría entablarse la demanda en este último lugar.

El análisis de la infracción va mucho más lejos ya que el servidor donde se encuentra alojada la información no es el único donde se realizó la infracción. Tenemos el lugar donde se realizó la primera copia, el lugar donde se realizó la distribución, el lugar del almacenamiento, el lugar de paso de esa información, el lugar donde se realizó la descarga ilegal y el lugar donde se obtuvo el rédito económico de esta infracción.

En virtud de lo explicado anteriormente, sería correcto indicar que en cada lugar puede entablarse la demanda, pero cada demandado podría alegar que no existe un nexo mínimo suficiente entre él y la jurisdicción del lugar, ya que no pudo existir una transacción sin el resto de elementos. Por ejemplo, el demandado del lugar donde se encuentra el servidor que almacena la obra obtenida ilegalmente alegará que no se cumple el nexo mínimo ya que no se produjo ninguna transacción en su servidor sino que la transacción y su perjuicio se produjo donde se realizó la descarga. A su vez este último alegará que el nexo mínimo se rompe en su caso, ya que el no obtuvo rédito económico.

La previsión del uso del contenido conlleva otro dilema ya que cada administrador de páginas web puede alegar que el contenido que se encuentra alojado en sus servidores no fue hecho para descargas ilegales. De esta manera la legislación debe marcar que una vez subido un archivo a Internet, este puede ser utilizado de manera ilegal infraccionando al derecho de autor. Así, se elimina por completo cualquier alegación que pueda utilizar un vacío legal para liberarse de responsabilidad por el contenido alojado en los servidores.

Es importante anotar que el poder de imperio y soberanía de Estados Unidos de América va más allá de sus fronteras físicas, pudiendo requerir información y *“emitir órdenes lo suficientemente amplias como para incluir los actos realizados fuera de los Estados*

Unidos que produzcan efectos significativos en el comercio de EE. UU”²⁷. Esta “potestad de imperio” claramente es de ámbito económico-político antes que legal.

Como quedó indicado anteriormente, la copia, el almacenamiento, la publicación y las descargas se realizan simultáneamente en un solo acto que duran apenas minutos. De esta manera el razonamiento nos lleva a deducir que las demandas deberían plantearse en cada uno de los lugares para obtener la protección y las indemnizaciones inherentes al ejercicio del derecho de autor. Esto conlleva un gran problema ya que puede existir una imposibilidad física de viajar por razones económicas, culturales o sociales a los lugares donde deba proponerse cada una de estas demandas. De esta manera el derecho de autor podría quedar en la indefensión.

La solución a este dilema ya ha sido tratada en la legislación estadounidense en materia de calumnias e injurias con el “principio de la publicación única”²⁸ que establece y considera a todo el acto de la disposición de información la red mundial como un conjunto. El demandante puede escoger entre las diferentes jurisdicciones desde donde se origina la infracción hasta donde tiene efectos la infracción, pero solo podrá elegir una en donde se decidirá el fondo de la demanda por infracciones al derecho de autor.

El objetivo primordial de esta solución es” *evitar la multiplicidad de las demandas, así como el hostigamiento de los demandados y las posibles dificultades para el propio demandante*”²⁹. Consecuentemente el demandante tendría un acceso rápido, eficaz y sin dilaciones a la justicia, donde se decidirá en una sola sede judicial, tanto la protección como la reparación de los daños causados por la infracción. Sería recomendable además que existiera una norma para la ejecución de sentencias en el extranjero para evitar trabas a la protección inmediata de los derechos patrimoniales y derechos morales.

La doctrina del *fórum non conveniens* (foro no conveniente) indica que pueden existir otras jurisdicciones donde sea más conveniente entablar una demanda, ya sea por

²⁷ Op. cit p 20.

²⁸ Id.

²⁹ Id.

la eficacia, por la rapidez, por la actuación de las pruebas o porque las normas de esa jurisdicción sencillamente son más favorables para el demandante. Esta doctrina podría considerarse una traba fundamental al momento de decidir la jurisdicción donde no pudo ponerse la demanda ya que el juez o tribunal competente pueda decidir que otra sede judicial actuará de mejor manera de lo que él o ellos podrían actuar.

La solución dada por los tribunales de Estados Unidos de América es muy sencilla. Solamente desechar la demanda y enviarla a otra sede judicial cuando se pueda identificar de una manera clara y precisa a otra jurisdicción, donde se tenga la certeza de una actuación pronta y eficaz en administración de justicia.

2.3 COMPETENCIA JUDICIAL EN LA UNIÓN EUROPEA

La armonización y la unificación de los distintos sistemas jurídicos que existen en Europa en un solo cuerpo normativo de derecho internacional privado, fue uno de los mayores avances en el campo del derecho ya que las fronteras físicas quedaban atrás y se daba un paso hacia un derecho comunitario donde tanto personas naturales como jurídicas, podrían obtener la protección de sus derechos en el lugar donde estuvieren, sin que las legislaciones nacionales se convirtieran en un obstáculo para la aplicación de normas.

El tratado de funcionamiento de la comunidad europea en su artículo 65, indica claramente que debe existir una cooperación judicial en materia civil, donde se deberán elaborar normas relativas a:

1. Mejorar y simplificar el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales, la cooperación obtención de pruebas y el reconocimiento y ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles;
2. Fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción
3. Las que tienden a eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad

de las normas de procedimiento civil aplicables en los estados miembros³⁰.

Esta disposición conlleva en sí mismo un avance grandioso en la protección del derecho de autor, ya que logra amalgamar un sinnúmero de normas propias de cada estado, evitando de esta manera los conflictos de jurisdicción, que a la larga sólo dejarían en la indefensión a los creadores de las obras, sus derechos patrimoniales, morales y conexos.

La existencia de litigios intracomunitarios y litigios extracomunitarios marcan una clara diferencia en la aplicación de las normas de derecho internacional privado de la unión europea. Si el litigio y sus partes son miembros de la comunidad, los tribunales de los países comunitarios serán aquellos que tienen jurisdicción sobre el tema a tratar. Así, se aplicarán las normas específicas de resolución de conflictos indicadas en los documentos suscritos por los países miembros.³¹

La competencia entre los países miembros es distribuida de acuerdo a los reglamentos que existen para cada materia específica, por lo tanto no se podrán aplicar las normas internas de cada país para la resolución de litigios intracomunitarios. Cada reglamento decide la aplicación de normas propias para la resolución de conflictos y que especifica cuál Tribunal debe conocer la causa.³²

Si el litigio y sus partes no tienen un nexo mínimo con la comunidad europea, se trata de un litigio extracomunitario, donde las normas internas de cada país son las que deciden cuál tribunal deberá conocer la demanda, lo que constituye una respuesta insuficiente al tratarse de demandante o demandados ajenos a la comunidad europea.

Por otra parte la ejecución de sentencias extranjeras es mucho más fácil y eficaz, ya que cuentan con un documento o tratado para que las sentencias pueden ser reconocidas en otro país dentro de la comunidad europea, sin afectar o vulnerar

³⁰ Cfr Alfonso Luis Calvo, “El Derecho Internacional Privado de la Comunidad Europea”. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n° 2 (diciembre de 2003), Bogotá, 2003, p. 281

³¹ Cfr id.

³² Id.

principios de soberanía de cada nación.³³ Los tribunales europeos tendrán que acatar las sentencias dictadas en otros países miembros, pudiendo examinarlas sólo en la forma (para hacerlas coincidir con su derecho interno), más no en el fondo. Incluso el concepto de cortesía del derecho anglosajón (principio de reciprocidad del Derecho Internacional Público) permite que las sentencias dictadas en la Unión Europea puedan ser reconocidas en Estados Unidos de América, cuando exista un demandado norteamericano, siempre y cuando no violen garantías constitucionales y procesales de Estados Unidos.

El convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil³⁴ resuelve temas relacionados al ejercicio de jurisdicción de los tribunales de los países miembros para distintos tipo de litigio.

*El título II del Convenio de Bruselas se ocupa de la competencia respecto de la persona y deroga las normas sobre competencia que el tribunal de un Estado aplicaría en los litigios puramente locales, o en los litigios transnacionales en que el demandado no está domiciliado en un Estado contratante.*³⁵

Así establece que la sede judicial del domicilio del demandado es la que tiene jurisdicción sobre la demanda y el titular de derechos de autor, en virtud de la transmisión simultánea de las obras infringidas, puede proponer la demanda en diferentes sitios, exigiendo reparaciones de diferente índole en cada sede donde pueda existir un demandado que haya copiado, distribuido o descargado material protegido, según la teoría *Sheville*.

La crítica que se realiza a esta teoría consiste en la división de la demanda en tantos países como existiere distribución, lo que nos lleva de nuevo al punto de inicio del dilema sobre la falta de protección efectiva del derecho de autor. Para esto, el

³³ Cfr id.

³⁴ Convenio 72/454 de 1972, Diario Oficial (L.299) 32 en Alfonso Luis Calvo, “El Derecho Internacional Privado de la Comunidad Europea”. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n° 2 (diciembre de 2003), Bogotá, 2003, p. 281

³⁵ Op. cit p 20

*Conseil d'Etat francés, en materia digital, concluye que un tribunal nacional, además de aquel del país en que se originó la infracción, debería competente para disponer la reparación del daño realizado en todo el mundo*³⁶

La doctrina mencionada anteriormente impide que se puedan acumular todas las pretensiones en un solo lugar dentro de litigios intracomunitarios, por lo que no se aplicaría cuando una de las partes reside fuera de la comunidad.

2.4 PROYECTO DE LEY S.O.P.A. (STOP ONLINE PIRACY ACT)

El 20 de enero de 2012 fue un día decisivo para evitar un “apagón” de todo el Internet en el mundo. La Cámara Alta del Senado de los Estados Unidos de América bloqueó indefinidamente el tratamiento de un proyecto de ley para combatir la piratería en Internet y las descargas ilegales de obras protegidas por el derecho de autor³⁷.

Este singular proyecto generó resquemor entre la mayoría de usuarios de Internet e incluso entre las grandes empresas digitales como Google, Wikipedia, Mozilla, entre otras, que realizaron una protesta simbólica al desconectar sus servidores e inutilizar sus páginas por un espacio de tiempo determinado.

Su contenido, en inicio, pretendía proteger las obras que se encuentran en Internet de las infracciones que se podían cometer contra ellas y sus autores o titulares de derecho de autor. Pero la propuesta fue mucho más allá al pretenderse coartar la libertad de expresión, inutilizando y clausurando los sitios sin previo aviso, con tan solo la sospecha de una infracción al derecho de autor o eliminando el puerto seguro (procedimiento mediante el cual un afectado por la infracción a su derecho de autor, ponía en conocimiento del dueño del sitio web donde se encontraba la obra infringida, un requerimiento para que en un tiempo determinado elimine el contenido protegido).

³⁶ Francia, *Conseil d'Etat, Internet et les réseaux numériques*, 151-1998

³⁷ Cfr. Redacción El Comercio, *El debate de las leyes antipiratería se paró*, Diario El Comercio, Quito, 21 de enero de 2012, Tecnología, p. 19.

Este proyecto trataba de “*limitar el acceso a sitios web extranjeros que trafican contenido robado y productos falsificados, como películas y música*”³⁸ y cuyo efecto era directamente percibido en los Estados Unidos.

En el tema que nos interesa, según este proyecto, los Estados Unidos de América tenían la competencia y jurisdicción para clausurar los sitios extranjeros y demandar a sus dueños, cuando existan violaciones al derecho de autor y prohibir el registro posterior de cualquier página a nombre del infractor extranjero.

Así mismo, luego de comprobada la infracción, se prohibirá a los buscadores de Internet como Google, Bing, Altavista, etc., indexar el contenido de los sitios web extranjeros infractores, con el fin de que dichas páginas no aparezcan en los sitios anteriormente mencionados. Además había responsabilidad compartida por aquellos que alojaren en sus servidores la información declarada como infringida.

2.5 CRITERIOS PARA ESTABLECER UNA JURISDICCIÓN EN INTERNET

El análisis anteriormente elaborado nos permite concluir que los países donde se encuentran la mayor parte de servidores y donde inicialmente se producirían parte de las infracciones al derecho de autor, están abiertos hacia un reconocimiento y prorrogación de su jurisdicción en favor de una sede judicial más conveniente, donde pueda protegerse de manera efectiva al titular de derechos de autor.

Pero aún no existe una norma común para América del Sur, Centroamérica, África o Asia, por lo que es necesario establecer un parámetro de criterios que establezcan jurisdicción, con el fin de concluir exitosamente sobre un marco legal general que ayude a dirimir los conflictos de jurisdicción en el mundo, originados en la esfera digital.

³⁸ Id.

De acuerdo a la caracterización de la jurisdicción en la nueva era digital realizada por tratadistas como el Dr. Wilson Ríos Ruiz y el Dr. José Luis Barzallo, podemos encontrar varios criterios para establecer una jurisdicción en Internet a nivel mundial, siendo estos criterios un punto de partida para dirimir el conflicto.

1. *Domicilio del demandado (fuero general)*
2. *Residencia Habitual del Demandado*
3. *Domicilio del titular de derechos (daño personal y violación a derechos morales)*
4. *Lugar del daño (emisión-recepción)*
5. *Lugar de origen del daño (emisión)*
6. *Lugar donde se materializa el daño (recepción)*
7. *Lugar donde se elabora la información.*
8. *Lugar donde se realizó el registro.*
9. *Lex Loci Protectionis (aplicar la Ley donde se reclame la protección)*

Y completando estos criterios para el mundo digital

10. *Donde se produjo el acto u omisión*
11. *Hubiera surgido el acto dañoso.*
12. *Donde surgió la comunicación*
13. *Donde se recibió la comunicación*³⁹

Al revisar estos criterios y cotejarlos con aquellos explicados en las jurisdicciones norteamericana y de la Unión Europea, nos damos cuenta que nos enfrentamos a los mismos dilemas de Derecho Internacional Privado, cuyas soluciones pueden ser las mismas que aplica tanto EE.UU como la Unión Europea.

Nuestra legislación hace una mención muy breve sobre la jurisdicción en materia digital, en la Ley de Propiedad Intelectual:

Art. 292. Si la violación de los derechos se realiza a través de redes de comunicación digital, tendrá responsabilidad solidaria el operador o

³⁹ Wilson Ríos Ruiz, *Jurisdicción, competencia y legislación aplicable a los conflictos de derechos de autor*. Legis, Editores S.a. Universidad de los Andes, Bogotá 2002. p. 478-479

cualquier otra persona natural o jurídica que tenga el control de un sistema informático interconectado a dicha red, a través del cual se permita, induzca o facilite la comunicación, reproducción, transmisión o cualquier otro acto violatorio de los derechos previstos en ésta Ley, siempre que tenga conocimiento o haya sido advertido de la posible infracción, o no haya podido ignorarla sin negligencia grave de su parte.

Se entenderá que ha sido advertido de la posibilidad de la infracción cuando se le ha dado noticia debidamente fundamentada sobre ella.

Los operadores u otras personas naturales o jurídicas referidas en esta norma, estarán exentos de responsabilidad por los actos y medidas técnicas que adopten a fin de evitar que la infracción se produzca o continúe.

Art. 296 La competencia en materia de propiedad intelectual se fija de conformidad con las reglas establecidas en los artículos 27, 28, 29 y 30 del Código de Procedimiento Civil y en el presente artículo.

Serán también competentes para conocer éstas causas los jueces del lugar en el que se hubiere cometido la infracción.

Tratándose de transmisiones a través de un satélite, la infracción se entenderá cometida bien en el lugar en que se iniciare dicha transmisión, bien en el lugar en que la señal se hiciera accesible al público de forma predominante.

En caso de infracciones cometidas a través de redes de comunicación digital, se entenderán cometidas las mismas, bien en el lugar en que se encuentren los sistemas informáticos referidos en el artículo 292, bien en el lugar en que la transmisión se hiciera accesible al público de forma predominante.

Por lo tanto nuestra legislación asimila el principio de previsión mencionado anteriormente, donde se da por hecho que cada archivo subido a la red mundial de información, puede ser accesible por todas las personas en todo el mundo. También menciona el principio de transmisión simultánea, tomando como punto de vinculación entre la infracción y el mundo digital tanto el origen de la comunicación ilegal, el servidor donde se almacena la información y el lugar donde se descarga la información.

A pesar de las disposiciones referentes al conflicto derivado de la infracción al derecho de autor en Internet, solamente resuelve el tema de competencia interna y no de jurisdicción internacional.

CAPÍTULO III

3.1 CASOS ESPECÍFICOS

Uno de los casos emblemáticos del conflicto de jurisdicción por infracciones al derecho de autor cometidos en Internet es el caso de Megaupload.com, cuyos actores principales eran Estados Unidos de América y un ciudadano de Nueva Zelanda. Los antecedentes y resolución serán explicados a continuación.

3.1.1 El Caso Megaupload

La acusación fue en contra de KIM DOTCOM, que también ha sido conocido como Kim Schmitz y Kim TIM JIM Vestor. Es un residente de Hong Kong y Nueva Zelanda, y un ciudadano con doble nacionalidad de Finlandia y Alemania. DOTCOM es el fundador de Megaupload Limited ("MUL") y Megamedia Limited ("MMG").

La “Conspiración Mega” (por el nombre de su página web) fue considerada una organización criminal mundial cuyo miembros participaron en la infracción de los derechos de autor a escala masiva, con un daño estimado a los titulares de derechos de autor, muy superiores a \$ 500 000 000, además de reportar una utilidad en más de \$ 175 millones.

Megaupload.com era el sitio web comercial más popular en la Internet, que reproducía y distribuía copias sin autorización de obras protegidas por el derecho de autor. Por lo menos desde septiembre de 2005, Megaupload.com ha sido utilizado por los acusados para intencionalmente reproducir y distribuir millones de copias infractoras de obras con derechos de autor, incluidos los películas, programas de televisión, grabaciones musicales, libros electrónicos, imágenes, videojuegos, y otros programas informáticos. Durante más de cinco años, Mega ha expandido agresivamente sus operaciones a empresas en Internet.

Megaupload.com fue en algún momento de su historia se decimotercer sitio más visitado en todo el Internet. El sitio afirma que ha tenido miles de millones de visitantes en su historia, más de 180 millones de usuarios registrados hasta la fecha, un promedio de 50 millones de visitas diarias, y aproximadamente el cuatro por ciento del tráfico total en Internet.

Los ingresos de Megaupload.com provienen principalmente de dos fuentes: las suscripciones y de la publicidad en línea. A cambio del pago, Mega ofrece el servicio de reproducción y distribución de copias infractoras de obras con derechos de autor de sus servidores ubicados en todo el mundo. Los usuarios Premium del sitio son capaces de descargar y cargar archivos con pocas limitaciones. La publicidad en línea en Megaupload.com y sus sitios web asociados, dependían en gran medida de la popularidad de los contenidos infractores de derechos de autor para atraer visitas el sitio web

Los recursos financieros de Megaupload.com se han dirigido a cuatro destinos. En primer lugar para su ganancia financiera privada. En segundo lugar, Mega ha gastado millones de dólares en el desarrollo y la promoción de Megaupload.com y los sitios y servicios de Internet complementarios, como Megavideo.com, Megaclick.com, Megaporn.com, y un anfitrión de otros (colectivamente los "Sitios Mega"). En tercer lugar, para gran parte de sus actividades, Mega ha ofrecido un programa de "Recompensas Uploader", que prometían transferencias de dinero en efectivo y otros incentivos financieros a los suscriptores para suban obras (incluidas las obras protegidas por derechos de autor), a los servidores de Mega. De esta manera, Mega paga directamente millones de dólares a través de pagos en línea. En cuarto lugar, Mega gasta millones de dólares al mes en la infraestructura de apoyo a sus negocios, incluyendo el arrendamiento de computadoras, gastos de alojamiento y ancho de banda de Internet.

En contraste con los distribuidores de obras legítimas y contenidos con derechos de autor, Megaupload.com no hace pagos significativos a los propietarios de los derechos de las miles de obras que se reproducen y son distribuidos en los Mega Sitios cada día.

Cualquier usuario de Internet que va a la página web Megaupload.com puede subir un archivo de computadora. Una vez que el usuario ha seleccionado un archivo en su ordenador y hace clic en el "upload" botón, Megaupload.com reproduce el archivo en al menos un servidor y proporciona al usuario la carga con enlace que permite que cualquier persona que posea el enlace pueda descargar el archivo. Por ejemplo, un enlace del 03 de diciembre 2006 (www.megaupload.com/?d=BY15XE3V) lleva a una grabación musical del artista de EE.UU. "50 Cent". Con un solo clic en el enlace de acceso a un Megaupload.com se puede abrir la página que permite a cualquier usuario de Internet descargar una copia del archivo de un servidor que es controlado por Mega.

La página de descarga contiene los anuncios en línea proporcionadas por Mega, que significa que cada descarga de Megaupload.com proporciona un beneficio financiero a la Mega, que está ligada directamente a la descarga. Los contenidos que se pueden encontrar son copias de obras protegidas por derechos de autor; cuantos más usuarios encuentran su camino a una página de descargas, Mega gana más dinero. Debido a que sólo un pequeño porcentaje de usuarios paga por el uso de los sistemas, la estrategia comercial Mega es atraer más publicidad, que también es incompatible con el concepto de almacenamiento privado, ya que sus archivos no están protegidos.

En contraste, cuando cualquier tipo de usuario en Megaupload.com cargue una copia de un archivo muy popular que se descarga en varias ocasiones, incluyendo copias infractoras de obras con derechos de autor disponible para su descarga, el archivo permanece en los ordenadores de Mega y está disponible para su distribución por cualquier persona que pueda localizar un enlace activo al archivo.

El contenido disponible de Megaupload.com, no se puede buscar en cualquier página web, ya que de esta manera ocultan el alcance de su infracción. En lugar de organizar una función de búsqueda en su propio sitio, el modelo de negocio se basa en terceros que enlazan los sitios que contienen anuncios generados por los usuarios de los enlaces creados por Megaupload.com (así como aquellos creados por otros sitios Mega, incluyendo Megavideo.com y Megaporn.com).

En contraste con el público que está obligado a depender en gran medida de listas de búsqueda de terceros, Mega tiene pleno acceso a la lista de los archivos reales que se almacenan en sus servidores. Mega busca en la base de datos interna para que pueda accederse directamente a contenido que violaba el copyright sobre servidores arrendados.

La popularidad del contenido infractor en Mega ha generado más de \$ 25 millones en los ingresos por publicidad en línea para la conspiración.

Además de los archivos con derechos de autor, se han subido otros tipos de contenido ilícito en los servidores de Megaupload.com, incluida la pornografía infantil y la propaganda terrorista. Los miembros de Mega han indicado que se puede automáticamente identificar y eliminar tales materiales en la totalidad de sus servidores, lo cual es irónico ya que los miembros de Mega no han aplicado un proceso parecido para eliminar cancelar el acceso al contenido infractor.

El 24 de junio de 2010, se informó a los miembros de Mega, en cumplimiento de una orden de registro penal de la Corte de Distrito de EE.UU. para el Distrito Este de Virginia, que treinta y nueve copias infractoras de películas con derechos de autor estaban presentes en su servidores arrendados en Carpathia Hosting, una empresa de hosting con sede en el Distrito Este de Virginia. Carpathia Hosting tiene acceso a los centros de datos en Ashburn, Virginia; Harrisonburg, Virginia, Phoenix, Arizona; Los

Angeles, California, y Toronto, Canadá y más de 1.000 servidores ubicados en América del Norte son propiedad y operados por Carpathia Hosting para el beneficio de Mega.

Un miembro de Mega informó a varios de sus colaboradores en ese momento que encuentren los archivos usando búsquedas internas de sus sistemas. A partir del 18 de noviembre de 2011, más de un año después, treinta y seis de las treinta y nueve películas eran todavía almacenados en los servidores controlados por Mega.

En todo tiempo los miembros de Mega sabían que no tenían licencia, permiso, autorización, u otra autoridad de los propietarios de cientos de miles de obras con derechos de autor para reproducir y distribuir esas obras, incluyendo su puesta a disposición a través de Internet. Los miembros de Mega son conscientes de la forma en que sus sitios eran realmente utilizados por otros; también habían utilizado los sistemas para cargar, así como reproducir y distribuir copias infractoras de derechos de autor y son conscientes de que se han beneficiado financieramente directamente de la violación de los obras protegidas que están en condiciones de controlar.

Cabe anotar que durante todo este proceso, Kim Dotcom se encontraba en Nueva Zelanda.

La declaración original de la reclamación en el procedimiento de revisión judicial indica que las órdenes de allanamiento fueron nulas y el pedido de incautación de todos los equipos informáticos fueron negados ya que se alegó que las órdenes eran excesivamente amplias y que algunos artículos que se encuentran en la búsqueda pertenecerían a personas residentes en otros países,

Durante la audiencia, se hizo evidente que las copias clonadas del material electrónico incautado se habían proporcionado a los investigadores americanos en los Estados Unidos. Como resultado de esa revelación, los demandados presentaron un escrito indicando que Nueva Zelanda violó una orden dada por el Procurador General para retener el material incautado en su custodia y control hasta nueva orden.

La decisión en última instancia fue que el tratado de extradición entre Nueva Zelanda y Estados Unidos de América no era suficiente para entregar a Kim Dotcom a las autoridades norteamericanas. Las pruebas fueron obtenidas ilegalmente ya que Estados Unidos no se encontraba en su jurisdicción cuando obtuvo la información en los servidores mundiales. Por lo que gracias a la inexistencia de pruebas y de una norma que indique cual jurisdicción debía conocer la demanda, Kim Dotcom fue puesto en libertad sin cargos en Nueva Zelanda. El proceso judicial en Estados Unidos aún sigue vigente.

3.1.2 El caso Yahoo

La página web de Yahoo, cuyos servidores se encuentran en Estados Unidos, vendían cierta *memorabilia* con logotipos nazis. De acuerdo a la Constitución de los Estados Unidos, esta práctica era permitida. Cuando llegó la publicidad al sitio Yahoo en Francia, sus leyes impedían la venta de estos artículos, por su pasado en la Segunda Guerra Mundial y todo el infame recuerdo que traían esos objetos.

Francia interpuso una demanda pidiendo que se retire inmediatamente esa publicidad del sitio, so pena de multa. Pero Yahoo indicó que sus servidores estaban del otro lado del Atlántico, por lo que el Tribunal Francés no tenía jurisdicción para conocer la demanda.

Se presentó una demanda pero en California, para obtener un “*declaratory judgement*” invocando la no exigibilidad de la sentencia francesa, pero la Corte de Apelación de Estados Unidos sostuvo que no podían decidir sobre el objeto de la demanda, ya que no poseían jurisdicción respecto de los litigantes franceses.

3.1.3 El caso Youtube vs. Cicarelli (Tomado de Manuel Ernesto Larrondo, en Internet : Dilemas sobre competencia, jurisdicción y derecho aplicable)

En 2006 se dictó una decisión judicial en un conflictivo caso que tuvo lugar ante los Tribunales de San Pablo, Brasil. La Justicia de ese país ordenó con carácter cautelar a tres sitios web -entre ellos al famoso YOU TUBE que suspendan la exhibición de un video y fotos a través de los cuales se mostraba a la famosa modelo brasileña Daniela Cicarelli -ex novia de Ronaldo, conocido jugador de fútbol brasileño- junto con su actual pareja también brasileño.

Las imágenes muestran a ambos en la playa de Tarifa, España en varias secuencias en las cuales se brindan mucho cariño. La difusión culmina con la exhibición de una supuesta relación sexual dentro del mar. Todo esto, claro, a plena luz del día y con público en la playa.

El motivo principal de la demanda judicial iniciada por Cicarelli y su novio consistió en que se sintieron agraviados por la difusión de esas imágenes en los sitios web ya que, según sostuvieron, habrían sido obtenidas sin su consentimiento en momentos en que se encontraban en la playa. De esta manera, argumentaron que se vulneraban sus derechos a la intimidad e imagen - conforme lo protege el derecho civil de Brasil.

El voto mayoritario del Tribunal de Alzada acogió la pretensión y, sin expresar mayor detalle respecto a la operatividad y efectividad de la cautelar ordenada así como tampoco tratar al menos un párrafo sobre la naturaleza de INTERNET y su alcance mundial, el fallo estimó razonable fijar una multa diaria de R\$ 250.000,00 [doscientos cincuenta mil reales, aprox. \$380.000 en el año 2006] para cada una de las firmas de INTERNET demandadas en caso de desobediencia, en tanto al tratarse de personas conocidas, la divulgación de las imágenes podrían ser utilizadas con un fin mercantilista lo cual justificaba estimar las astreintes en la misma proporción que las ventajas económicas que se obtendrían con su divulgación. En consecuencia, se ordenó a los tres sitios web que suspendieran la emisión de esas imágenes.

El voto en disidencia de la Dra. Maía Da Cunha en cierta forma coincide con la decisión de grado aunque difirió en la resolución de la cautelar por entender que la misma no encontraba sustento en la denuncia realizada.

A diferencia de lo sostenido por la decisión mayoritaria, la magistrada se empeña en resaltar que “el análisis de cualquier derecho fundamental que no considera este nuevo vehículo de comunicación, será inadecuado como forma de traducir el nuevo sentimiento jurídico acerca de cualquier tipo de censura relacionado a las Empresas nacionales que poseen páginas en INTERNET”.

De allí sostiene acertadamente que “ignorar esta realidad podrá conducir a una decisión judicial absolutamente inocua, casi surrealista, porque en tanto el mundo entero ya observó las imágenes y leyó las noticias – inclusive guardándolas en su computadora personal quienes las coleccionan -, además de que continúan siendo distribuidas en incontables sitios web en el mundo que igualmente resultan accesibles a cualquier ciudadano brasileño” – agregamos, dentro de Brasil inclusive -, implicaría inviable censurar un proveedor de ese país brasilero de mantener su página web a la que todo el mundo ya tuvo acceso y que igualmente se continua mostrando en otros sitios.”

Meses después, el 9/01/07 el revisor Zuliani³ advierte que la orden judicial cautelar primigenia implicó el bloqueo del sitio web You Tube y que ello generó una serie de comentarios – no especifica en que consistían, quien los habría emitido, donde y cuando tuvieron lugar – que considera lógicos en virtud de tratarse de una cuestión pionera sin apoyo legislativo aun pero que, no obstante ello, el incidente sirvió para confirmar que “la Justicia puede tomar medidas cautelares con éxito contra las empresas nacionales y extranjeras que incumplan decisiones judiciales.”

Así, remarca que el bloqueo al sitio YOU TUBE no implicó censura judicial en tanto consistió en impedir la divulgación de noticias injuriosas y difamatorias. Igualmente se empeña en aclarar que el bloqueo total a este sitio tuvo su causa en las dificultades técnicas de crearse un filtro que impidiera el acceso de parte del público al video de la pareja pero que no fue esa la decisión del Tribunal ya

que lo único que se había ordenado era que se emplearan mecanismos que bloquearan los accesos a las direcciones electrónicas que exhiben el video”⁴⁰.

3.2 SOLUCIONES AL CONFLICTO DE JURISDICCIÓN EN LA ERA DIGITAL

Como hemos podido avistar, el conflicto de jurisdicción encuentra su principal obstáculo en la ley de cada Estado. A continuación detallaré posibles soluciones al conflicto.

3.2.1 Acuerdo contractual

El alojamiento de la información en cada servidor deberá ser acordado por las partes, para que en caso de almacenamiento fraudulento o descarga ilegal desde ese servidor, el demandante pueda elegir la jurisdicción sin que el demandado proponga excepciones a dicha elección.

3.2.2 Nueva ley global

Como hemos podido darnos cuenta, el avance tecnológico ha derribado fronteras físicas. La propuesta de una nueva ley globalizada para el comercio y protección en Internet podría evitar el conflicto de jurisdicción, ya que se deberían crearse tribunales específicos para el efecto, donde la ley propia de cada país no tendría efecto, sino las normas suscritas por países miembros del tratado de ley global.

La Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado está trabajando en un proyecto de "Convenio sobre jurisdicción y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en materia civil y mercantil". "El proyecto tiene dos objetivos: en primer lugar, armonizar las normas jurídicas y limitar los lugares donde puede entablarse acciones judiciales un pequeño número de tribunales adecuados, evitando así una multiplicidad innecesaria de procedimientos así como posibles decisiones judiciales contradictorias; y, en segundo lugar, simplificar y agilizar el reconocimiento y el

⁴⁰ ASOCIACIÓN DE DERECHOS CIVILES, Manuel Ernesto Larrondo, *Internet: Dilemas sobre competencia, Jurisdicción y Derecho Aplicable*, Buenos Aires, 2013, pp. 48-49

cumplimiento de las decisiones judiciales, siempre que satisfagan las disposiciones del anteproyecto de Convenio.”

El proyecto de Convenio de La Haya divide los criterios que fundamentan la competencia jurisdiccional en tres categorías: i) causas obligatorias de competencia jurisdiccional, que pasarían a incorporarse en el derecho interno como resultado de su ratificación; ii) causas que prohíben la competencia jurisdiccional; y iii) causas autorizadas de competencia jurisdiccional en virtud del derecho interno, pero sometidas a la condición de que las decisiones judiciales basadas en esos motivos sean ejecutorias únicamente en virtud del derecho interno y no del Convenio.

Dentro de la primera categoría, el Artículo 3 contiene, como cuestión de jurisdicción general, la disposición de que el acusado puede ser demandado judicialmente en el Estado en que resida habitualmente. La jurisdicción es general en el sentido de que el tribunal está autorizado a ocuparse de todas las demandas que haya contra el demandado, con independencia de su naturaleza. Este concepto se acerca mucho al enfoque adoptado por el Convenio de Bruselas, pero se diferencia en que el vínculo pertinente no es el "domicilio" sino la "residencia habitual" del demandado⁴¹.

3.2.3 Arbitraje

Los métodos de solución alternativa a los conflictos, también serían aplicables en materia de derechos de autor, ya que su efectividad y rapidez pueden dirimir el conflicto, además de contar con una sede judicial específica internacional para evitar caer en jurisdicciones nacionales.

3.3 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El análisis de la problemática del conflicto de jurisdicción derivado de infracciones al derecho de autor cometidas en Internet, nos permite conocer la verdadera magnitud del cambio tecnológico en el cual estamos inmersos.

⁴¹Wilson Rios Ruiz, op. Cit. p.37.

La sociedad actual tiene a su disposición un sinnúmero de herramientas digitales que permiten la elaboración de los más intrincados proyectos en lugares donde anteriormente era imposible pensar en su consecución exitosa. Además el tiempo de realización es mucho menor que el ocupado en décadas anteriores.

La disposición de la información al mundo permite que cada persona pueda conocer los hechos desde diferentes perspectivas por la infinidad de opiniones que se encuentran en la red y también pueden disfrutar de las obras creadas por el ingenio e intelecto humano.

Pero esta disposición y comunicación también se ha vuelto en contra de la protección que exigen los creadores de sus obras, ya que no todas las personas utilizan la red de una manera honesta, en cambio adquieren las creaciones de una manera fraudulenta, irrespetando el tiempo, dinero y conocimiento invertido en la creación de la obra.

No se puede desconocer el hecho por el cual la tecnología digital en la sociedad sigue avanzado a pasos agigantados frente al Derecho, que por el momento ha dejado en la indefensión a los titulares del derecho de autor

El concepto de soberanía y poder estatal absoluto tal como lo conocemos, tendrá que replantearse a un concepto menos agresivo donde en cada Estado prime la defensa del derecho de autor frente a las nuevas tecnologías de comunicación.

El conflicto de jurisdicción en infracciones al derecho de autor en Internet nació del mismo intelecto que permite obtener la información de todo el mundo en apenas segundos. Las normas de Derecho Internacional Privado, que deberían funcionar a la par de las de derecho de autor, no solucionan el conflicto en toda su magnitud, ya que cada Estado no quiere ceder parte de su soberanía hacia otros Estados, donde el derecho de autor sería protegido con mayor efectividad.

Los criterios enunciados a lo largo de esta investigación nos permiten conocer solo la parte doctrinaria para la solución del conflicto, ya que la legislación es deficiente

a la hora de la resolución legal del conflicto, dejando a la política, a la fuerza o a intereses económicos decidir sobre qué país tiene la última palabra de acuerdo a la magnitud de la obra. Considero irreal que la Unión Europea o la jurisdicción norteamericana encaminen sus esfuerzos, tiempo y dinero a proteger la obra de Juan Pérez que fue descargada ilegalmente de Internet pero solo genera 20 dólares anuales de réditos económicos, pero el esfuerzo, tiempo y conocimiento que utilizó para su creación no puede ser valorada en metálico.

Los diferentes criterios para conocer qué jurisdicción debería conocer y resolver el litigio de infracciones al derecho de autor, son correctos, aunque solamente utilizaría y normaría los criterios de lugar de copia fraudulenta de la obra y lugar de descarga ilegal de información, ya que son el inicio y culmen de la infracción, además de poder decidir en una sola demanda sobre la responsabilidad y la indemnización que tendría derecho el demandante.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS.-

ANTEQUERA, Ricardo, *Estudios de Derecho Industrial y Derecho de Autor*. Editorial Temis, Bogotá, 2009.

BARZALLO, José, *La Propiedad Intelectual en Internet*, Ediciones Legales S.A., Quito, 2009.

BASTIAT, Frederic, *La Ley*, Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2009.

BERCOVITZ, Alberto, *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, segunda edición, 2000.

BRUWELHEIDE, Janis, *The Copyright Primer for Librarians and Educators*, American Library Association, Washington D.C., segunda edición, 1995.

GRIJALVA, Agustín, *Temas de Propiedad Intelectual, Internet y Derechos de Autor*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2007.

HOPPE, Hans, *Libertad o Socialismo*, Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2009.

MOLES, Ramón, *Derecho y Control en Internet*, Ariel Derecho, Barcelona, 2004.

MORENO, Juan, *Límites a la Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2008.

PARDINI, Aníbal, *Derecho de Internet*, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 2002.

RÍOS, Wilson, *La Propiedad Intelectual en la Era de las Tecnologías*, Editorial Temis, Bogotá, 2011.

RÍOS, Wilson, *Jurisdicción, competencia y legislación aplicable para conocer de los conflictos derivados de la infracción de los derechos de autor en la red*. Legis, Editores S.a. Universidad de los Andes, Bogotá 2002

RODRÍGUEZ, Sofía, *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

SALVAT Guioma. *La revolución digital y la sociedad de la información*. España. Comunicación Social Ediciones y Publicaciones, 2011

BOLETINES.-

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, Ginsburg Jane, *Grupo de Consultores sobre los aspectos del derecho Internacional Privado relativos a la protección de obras y objetos de derechos conexos transmitidos a través de redes digitales mundiales*, Ginebra, 1998.

ASOCIACIÓN DE DERECHOS CIVILES, Manuel Ernesto Larrondo, *Internet: Dilemas sobre competencia, Jurisdicción y Derecho Aplicable*, Buenos Aires, 2013

Alfonso Luis Calvo, “El Derecho Internacional Privado de la Comunidad Europea”. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n° 2 (diciembre de 2003), Bogotá, 2003

CONFERENCIAS

XALABARDER Raquel, *Derechos de autor: ley aplicable y jurisdicción competente en la era digital*, 30 de marzo de 2001, San Francisco, Sociedad Americana de Derecho Internacional, 2001.

Francia, *Conseil d’Etat, Internet et les réseaux numériques*, 151-1998

Redacción El Comercio, *El debate de las leyes antipiratería se paró*, Diario El Comercio, Quito, 21 de enero de 2012, Tecnología.

INTERNET

Escuela de Leyes de la Universidad de Berkeley, *The Common Law and Civil Law Traditions*, <http://www.law.berkeley.edu/library/robbins/CommonLawCivilLawTraditions.html>, Acceso: 15 de octubre de 2013, 13h35

LEGISLACIÓN

Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas, suscrito el 9 de septiembre de 1886 y enmendado el 28 de septiembre de 1979

Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual de Ecuador, publicada en Registro Oficial-Suplemento 426 de 28 de diciembre de 2006.

SENTENCIAS

Cour D'Appel de Paris, 17 de marzo de 2004, Yahoo INC. société de droit américain VS. Association Amicale Des Déportés D'Auschwitz et de S Camps De Haute Silesie; Mouvement Contre le Racisme Et Pour L'Amitié entre les Peuples

The High Court of New Zealand, Auckland Registry, 16 de agosto de 2012, United States of America VS. KIM DOTCOM, FINN BATATO, MATHIAS ORTMANN AND BRAM VAN DER KOL.

ANEXOS

COUR D'APPEL DE PARIS

11ème chambre, section A

(N° 1 , 10 pages)

Prononcé publiquement le MERCREDI 17 MARS 2004, par la 11ème chambre des appels correctionnels, section A,

Sur appel des jugements du TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE PARIS - 17EME CHAMBRE - des 26 FÉVRIER 2002 et 11 FÉVRIER 2003.

PARTIES EN CAUSE DEVANT LA COUR :

K Timothy

USA00

Prévenu, libre, non comparant, représenté par Me METZNER Olivier, avocat au barreau de PARIS -toque R233-, qui a déposé à l'audience des conclusions,

Appelant et Intimé

YAHOO ! INC. société de droit américain.

3420 Central Express Way Santa Clara - Etat de Californie - 90230 USA

Civilement responsable, représentée par Me METZNER Olivier, avocat au barreau de PARIS -toque R233-, qui a déposé à l'audience des conclusions,

Appelant et Intimé

LE MINISTÈRE PUBLIC

non appelant,

LS
[Signature]

**ASSOCIATION AMICALE DES DÉPORTÉS D'AUSCHWITZ ET
DE S CAMPS DE HAUTE SILESIE**
73 avenue Parmentier - 75011 PARIS

Partie civile, représentée par Me KORMAN Charles, avocat au barreau de PARIS -toque W73- qui a déposé à l'audience des conclusions,

Intimée et Appelante

**M.R.A.P. MOUVEMENT CONTRE LE RACISME ET POUR
L'AMITIÉ ENTRE LES PEUPLES**
43 Boulevard de Magenta - 75010 PARIS

Partie civile, représentée par Me LAGARDE, avocat au barreau de PARIS -toque D127- qui a déposé à l'audience des conclusions,

Intimée et Appelante

COMPOSITION DE LA COUR, lors des débats et du délibéré :

Présidente : Madame TRÉBUCQ,
Conseillers : Monsieur LAYLA VOIX,
Madame PIANA,

GREFFIÈRE : Madame DESJEAN aux débats et mademoiselle MARCO au prononcé de l'arrêt.

MINISTÈRE PUBLIC : représenté aux débats et au prononcé de l'arrêt par Monsieur BARTOLI, avocat général.

RAPPEL DE LA PROCÉDURE :

LA PRÉVENTION :

L'association AMICALE DES DÉPORTÉS D'AUSCHWITZ ET DES CAMPS DE HAUTE SILESIE a fait citer directement **Timothy K**, président de la société de droit américain YAHOO ! INC (société YAHOO), ainsi que cette société, devant la 17ème chambre du tribunal de grande instance de Paris, pour y répondre, respectivement en qualité d'auteur et de civilement responsable :

1°/ du délit d'apologie de crimes de guerre contre l'humanité ou des crimes ou délits de collaboration avec l'ennemi,

DOSSIER N°03/01520 - ARRÊT DU 17 MARS 2004 -

- Page 2 -



infraction prévue par les articles 24 AL.5, 23 AL.1, 42 de la loi du 29/07/1881 et réprimée par les articles 24 AL.5,AL.1, 61 de la loi du 29/07/1881,

2°/ de la contravention connexe d'exhibition en public d'insignes ou d'emblèmes qui ont été portés ou exhibés par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945,

infraction prévue par l'article R.645-1 du code pénal, l'article 1 de la loi 64-1326 du 26/12/1964, l'article 6 ANX. de l'accord international du 08/08/1945 et réprimée par l'article R.645-1 AL.1,AL.2 du code pénal,

"en raison du maintien délibéré sur le site internet YAHOO.COM (propriété de la société YAHOO ! INC), d'un service de vente aux enchères d'objets nazis, réceptionnés à Paris, notamment et encore une fois le 5 janvier 2001, date du procès-verbal de constat dressé, par maître BENHAMOU, huissier de justice à Paris",

A l'audience du 31 octobre 2001, le CONSISTOIRE ISRAÉLITE DE FRANCE s'est constitué partie civile.

Le tribunal a fixé la consignation à 3.000 francs (soit 457,35 euros), somme versée dans les délais.

A l'audience du 22 janvier 2002, le MOUVEMENT CONTRE LE RACISME ET POUR L'AMITIÉ ENTRE LES PEUPLES (MRAP), s'est également constitué partie civile par voie de conclusions.

JUGEMENT DU 26 FÉVRIER 2002 :

Le tribunal, par jugement contradictoire en date du 26 février 2002,

a rejeté les exceptions tirées de l'incompétence territoriale du tribunal correctionnel de Paris et de la nullité de la citation délivrée le 9 février 2001, puis les 3 mai et 1er août 2001 à Timothy K et à la société YAHOO,

a rejeté l'exception de prescription de l'action,

a renvoyé, pour fixer, à l'audience du 7 mai 2002, à 13H30, même chambre.

DOSSIER N°03/01520 - ARRÊT DU 17 MARS 2004 -

LES APPELS :

Appel a été interjeté par :

Timothy K et la société YAHOO, le 5 mars 2002,

REQUÊTE :

Le 5 mars 2002, Timothy K et la société YAHOO ont formé une requête tendant à l'examen immédiat de leur appel suscité.

ORDONNANCE :

Le président de la 11ème chambre de la cour d'appel de Paris, par ordonnance en date du 25 mars 2002,

a rejeté la requête susvisée tendant à faire déclarer immédiatement recevable l'appel interjeté par Timothy K et la société YAHOO,

a dit qu'en conséquence la procédure devait être poursuivie devant le tribunal.

JUGEMENT du 11 FÉVRIER 2003 :

Le tribunal, par jugement contradictoire en date du 11 février 2003,

sur la poursuite en tant qu'elle vise la société YAHOO agissant en qualité de fournisseur d'hébergement du contenu des annonces offrant des objets à la vente figurant sur le service de communication en ligne ,

vu l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986,

a dit que la responsabilité pénale de Timothy K et la responsabilité civile de la société YAHOO ne pouvaient être recherchées,

les a mis hors de cause,

a rejeté, en conséquence, les demandes des parties civiles,



sur la poursuite, en tant qu'elle vise la société YAHOO agissant en qualité d'éditeur du service de communication en ligne *auction.yahoo.com*,

a renvoyé Timothy K des fins de la poursuite du chef du délit d'apologie des crimes de guerre, de crimes contre l'humanité ou des crimes ou délits de collaboration avec l'ennemi,

a constaté l'extinction de l'action publique concernant la contravention de l'article R 645-1 du code pénal, du fait de la loi d'amnistie,

a dit que les éléments constitutifs de cette contravention ne sont pas réunis,

a rejeté, en conséquence, les demandes des parties civiles.

LES APPELS :

Appel a été interjeté par :

L'association AMICALE DES DÉPORTÉS D'AUSCHWITZ ET DES CAMPS DE HAUTE SILESIE, le 21 février 2003, contre Timothy KOOGLÉ et la société YAHOO,

Le M.R.A.P, MOUVEMENT CONTRE LE RACISME ET POUR L'AMITIÉ ENTRE LES PEUPLES, le 21 février 2003, contre Timothy KOOGLÉ et la société YAHOO,

A l'audience du 21 mai 2003, l'affaire a été renvoyée en relais aux 28 mai 2003, 10 septembre 2003 et 10 décembre 2003 et pour être plaidée au 4 février 2004.

DÉROULEMENT DES DÉBATS :

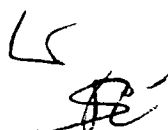
A l'audience publique du 4 février 2004, la présidente a constaté l'absence du prévenu, représenté par son conseil ;

La société YAHOO, civilement responsable, est représentée par son conseil ;

L'association AMICALE DES DÉPORTÉS D'AUSCHWITZ ET DES CAMPS DE HAUTE SILESIE ainsi que le M.R.A.P, MOUVEMENT CONTRE LE RACISME ET POUR L'AMITIÉ ENTRE LES PEUPLES, parties civiles, sont représentés par leurs conseils ;

Madame TRÉBUCQ a fait un rapport oral, après avoir rappelé aux parties que la cour n'examinerait que l'exception d'incompétence ;

DOSSIER N°03/01520 - ARRÊT DU 17 MARS 2004 -



ONT ÉTÉ ENTENDUS SUR L'EXCEPTION D'INCOMPÉTENCE :

Me METZNER, avocat de Timothy K , prévenu, et de la société YAHOO, civilement responsable, en sa plaidoirie,

Monsieur BARTOLI, avocat général, en ses réquisitions,

Me KORMAN, avocat de l'association AMICALE DES DÉPORTÉS D'AUSCHWITZ ET DES CAMPS DE HAUTE SILESIE, partie civile, en sa plaidoirie,

Me LAGARDE, avocat du MRAP, partie civile, en sa plaidoirie,

Me METZNER, à nouveau,

La présidente a ensuite averti les parties que l'arrêt serait prononcé le 17 MARS 2004.

Et ce jour, à l'audience publique du 17 mars 2004, en application des dispositions des articles 485 et 486 du code de procédure pénale, il a été donné lecture de l'arrêt dont la teneur suit par Madame TRÉBUCQ, ayant assisté aux débats et au délibéré.

DÉCISION :

Rendue après en avoir délibéré conformément à la loi,

DEVANT LA COUR,

L'Association Amicale des Déportés d'AUSCHWITZ et des Camps de Haute Silésie, dite l'Association, partie civile intimée pour le jugement du 26 février 2002 et partie civile appelante du jugement du 11 février 2003, conclut, entre autres, à la confirmation du jugement du 26 février 2002 sur la compétence de la loi française et à l'infirmité des dispositions civiles du jugement du 11 février 2003 ;

Le MOUVEMENT contre le RACISME et pour l'AMITIÉ entre les PEUPLES, dit le M.R.A.P., partie civile intimée pour le jugement du 26 février 2002 et partie civile appelante du jugement du 11 février 2003, conclut à la confirmation du jugement du 26 février 2002 sur la compétence de la loi française et à l'infirmité des dispositions civiles du jugement du 11 février 2003 ;

M. l'avocat général, non appelant, requiert la confirmation du jugement du 26 février 2002 ayant déclaré le tribunal correctionnel de PARIS territorialement compétent ;

DOSSIER N°03/01520 - ARRÊT DU 17 MARS 2004 -

Timothy K et la société de droit américain **YAHOO!Inc.**, dite la société **YAHOO**, seuls appelants du jugement du 26 février 2002 et prévenus intimés pour le jugement du 11 février 2003, concluent à l'infirmité du premier jugement et à titre principal, à l'incompétence de la loi française pour connaître du litige ;

EN LA FORME,

Considérant que les appels de Timothy K et de la société YAHOO du jugement du 26 février 2002 sont réguliers et recevables ;

Qu'en effet, en application de l'article 59 de la loi du 29 juillet 1881, l'appel des jugements qui ont statué sur une exception d'incompétence n'a pas à être à nouveau formé et en même temps que le jugement sur le fond ;

AU FOND,

Considérant que le tribunal de grande instance a exactement et complètement rapporté la procédure, la prévention et les faits dans un exposé auquel la cour se réfère expressément ;

Qu'il suffit de rappeler que :


. par citation directe du 9 février 2001, l'Association a assigné Timothy K et la société YAHOO des chefs du délit d'apologie de crimes de guerre, contre l'humanité ou de crimes ou délits de collaboration avec l'ennemi et de la contravention connexe d'exhibition en public d'insignes ou d'emblèmes qui ont été portés ou exhibés par les membres d'une organisation criminelle en application de l'article 9 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 ;

. ces faits incriminés l'ont été en raison du maintien délibéré sur le site Internet YAHOO.COM, [propriété de la société YAHOO], d'un service de vente aux enchères dénommé "AUCTIONS" d'objets nazis, ayant pour adresse "<http://auctions.yahoo.com>" réceptionné à PARIS, notamment et encore une fois le 5 janvier 2001, date du procès-verbal de constat dressé par Maître Didier BENHAMOU, huissier de justice à PARIS, qui s'était connecté à partir d'un ordinateur de son étude ;

- Sur l'exception d'incompétence de la loi française :

Considérant qu'en application du même article 59 de la loi précitée, l'exception d'incompétence n'a pas à être jointe au fond et le pourvoi formé contre un arrêt ayant statué sur cette exception est immédiatement recevable ;

DOSSIER N°03/01520 - ARRÊT DU 17 MARS 2004 -

LS


Considérant, dès lors, que seule l'exception d'incompétence sera ici examinée ;

Considérant que les appelants soutiennent, en substance, que ni les conditions d'application de l'article 113-2 ou des articles 113-7 et 113-8 du code pénal, ni le critère de rattachement applicable en matière d'infraction à la loi du 29 juillet 1881 ne sont réunis en l'espèce ;

. qu'ainsi, ils n'ont eu aucunement l'intention de publier en FRANCE un "site de vente aux enchères d'objets nazis", l'existence de la fonction "search" étant seulement un instrument de recherche automatique propre et intégré à l'outil internet dans son ensemble sans lequel il ne pourrait fonctionner et pour lequel son exploitant ne saurait être tenu responsable des résultats qu'il indexe ;

. qu'en outre, retenir l'élément de publicité comme critère de rattachement aurait pour conséquence de conduire à une imprévisibilité complète de la loi applicable, la spécificité de l'outil internet étant de rendre un site consultable à partir de tout ordinateur doté d'un accès internet, quelle que soit sa localisation à travers le monde ; que seule la localisation du site comme critère de rattachement, en l'espèce les ÉTATS-UNIS, est garante de cette sécurité juridique ;

. que la société YAHOO n'a réalisé aucun acte positif en FRANCE, l'internaute devant, pour accéder aux informations reprochées, se transporter sur le site américain hébergé aux ÉTATS-UNIS, rédigé en langue anglaise, lequel n'est donc pas directement et spontanément accessible ;

. que les articles 113-7 et 113-8 du code pénal ne régissent que les crimes et délits et ne peuvent donc pas s'appliquer à la contravention d'exhibition d'insignes nazis; que l'article 113-8 du code pénal exige la poursuite par le ministère public, ce qui n'est pas le cas en l'espèce puisque Timothy K et la société YAHOO ont été cités à la seule initiative de l'Association ;

Considérant que l'Association soutient, pour sa part,

. s'agissant de l'intention délictueuse des appelants qu'elle résulte clairement de leur persistance -en connaissance de cause- à laisser perdurer en FRANCE des contenus de messages nazis, malgré les ordonnances des 22 mai, 11 août et 20 novembre 2000 du juge des référés, saisi par deux associations de lutte contre le racisme, auxquelles s'est joint par intervention volontaire le M.R.A.P., aux fins de voir ordonner à la société YAHOO, de faire cesser, par tous moyens possibles, la consultation sur YAHOO.com du service de vente aux enchères d'objets nazis et de tout autre site ou service qui constituent une apologie du nazisme ou une contestation des crimes nazis ;

LS
De

. s'agissant du critère de rattachement, que l'élément constitutif de l'infraction poursuivie est l'élément de publicité, commun à toutes les infractions en matière de presse, et qu'il est constant, en l'espèce, que le lieu de cette publicité est bien, notamment, la FRANCE puisque les internautes français y ont accédé ;

Considérant que le M.R.A.P. soutient oralement la même argumentation que l'Association en soulignant qu'il ne peut être discuté que les messages sont reçus en FRANCE ;

Considérant qu'il est constant que l'internet connaît une dimension internationale et qu'il n'existe pas, à l'heure actuelle, de règles de droit international élaborées ni même d'harmonisation entre les règles nationales, régissant la compétence du tribunal et la législation applicable aux délits de presse commis à partir ou grâce au réseau Internet ;

Qu'en l'état, les règles nationales trouvent donc à s'appliquer, quelles que soient les difficultés qui pourraient être invoquées par les exploitants de sites ou par les fournisseurs de contenus ;

Qu'ainsi, contrairement à ce que soutient la défense, la seule loi applicable ne saurait être celle du pays sur lequel le site est physiquement localisé, pas plus d'ailleurs que celle du pays où est implanté le fournisseur d'hébergement ou celle dont la société qui l'exploite a la nationalité ; que lier la compétence judiciaire aux critères ci-dessus énoncés serait de nature à faciliter toutes délocalisations dans des pays à la législation moins contraignante ou restrictive ; qu'en outre, la société émettrice dispose de la capacité technique de limiter la diffusion des messages en tenant compte de la nationalité de l'internaute ; que tel a bien été le cas en l'espèce puisque la société YAHOO -ainsi qu'elle le fait valoir- a, compte tenu des prescriptions du juge des référés, finalement mis au point début janvier 2001 une technologie lui permettant d'identifier, sur la base de mots clés, les objets que les internautes veulent proposer à la vente et d'empêcher leur diffusion sur Internet ;

Considérant que l'élément constitutif essentiel de l'infraction, en droit de la presse, est la publicité qui peut revêtir différentes formes en fonction du vecteur de communication ;

Qu'il est avéré que, si la société exerce son activité dans son pays à destination de ses résidents, elle développe et amplifie son activité auprès des internautes du monde entier, dont ceux de la France ;

Qu'en l'espèce, il est établi que la société YAHOO a continué de diffuser, malgré les décisions du juge des référés mentionnées supra, permettant ainsi aux internautes installés en FRANCE, et en particulier dans le ressort du tribunal de grande instance de PARIS, de visualiser sur l'écran de leur ordinateur les services

et sites incriminés ; que l'élément intentionnel de la société YAHOO est donc caractérisé ;

Qu'il a été démontré, par ailleurs, que lorsqu'une connexion à son site d'enchères litigieux était faite à partir d'un poste situé en France, la société répondait par l'envoi de bandeaux publicitaires rédigés en langue française, ce qui confirme que l'information n'est pas délivrée sur son site mais sur le poste de l'internaute ;

Que les moyens tirés de la nationalité française de la victime ou du fait que le site litigieux est situé aux ÉTATS-UNIS et émis à partir de ce pays sont inopérants comme le tribunal de première instance l'a décidé ;

Considérant en conséquence, que les premiers juges ont, à bon droit, déclaré les tribunaux français compétents et la loi pénale française applicable ; que leur décision, rejetant l'exception d'incompétence, sera donc confirmée ;

Que l'examen des autres exceptions de procédure puis de l'affaire au fond sera successivement renvoyé aux audiences des mercredis 8 septembre et 20 octobre 2004, à 13 h 30 ainsi que précisé au dispositif ci-après ;

PAR CES MOTIFS

Statuant publiquement, contradictoirement et après en avoir délibéré conformément à la loi,

LA COUR,

Statuant sur la seule exception d'incompétence,

Reçoit les appels de Timothy K¹ et de la société YAHOO,

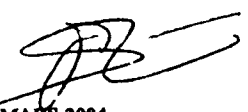
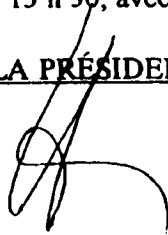
Confirme les dispositions du jugement du 26 février 2002 ayant rejeté l'exception d'incompétence,

Renvoie l'examen de l'affaire sur les autres exceptions à l'audience du mercredi 8 septembre 2004 à 13 h 30,

Renvoie l'examen de l'affaire au fond à l'audience du mercredi 20 octobre 2004 à 13 h 30, avec une audience de relais au mercredi 9 juin 2004 à 13 h 30.

LA PRÉSIDENTE,

LA GREFFIÈRE,



DOSSIER N°03/01520 - ARRÊT DU 17 MARS 2004 -



**IN THE HIGH COURT OF NEW ZEALAND
AUCKLAND REGISTRY**

**CIV-2012-404-3026
[2012] NZHC 2076**

UNDER the Judicature Act 1972

IN THE MATTER OF an application for Judicial Review

BETWEEN THE UNITED STATES OF AMERICA
Applicant

AND KIM DOTCOM, FINN BATATO,
MATHIAS ORTMANN AND BRAM VAN
DER KOLK
First Respondents

AND THE DISTRICT COURT AT NORTH
SHORE
Second Respondent

Hearing: 4 July 2012

Counsel: J Pike, F Sinclair for Applicant
P Davison QC, W Akel and R Woods for First Respondent Mr
Dotcom
G J Foley for First Respondents Mr Batato, Mr Ortmann and Mr Van
Der Kolk

Judgment: 16 August 2012

JUDGMENT OF WINKELMANN J

*This judgment was delivered by me on 16 August 2012 at 1.00 pm pursuant to
Rule 11.5 of the High Court Rules.*

Registrar/ Deputy Registrar

Solicitors: Crown Law, PO Box 2858, Wellington 6140
Simpson Grierson, Private Bag 92518, Auckland 1141

Counsel: Paul Davison QC, PO Box 105513, Auckland 1143
G J Foley, PO Box 105267, Auckland 1143

INDEX

	Paragraph
A. Introduction	[1]
B. The Background to these proceedings	[5]
1. Extradition pursuant to the Extradition Act 1999.....	[5]
2. Decision the subject of the review application.....	[14]
3. Grounds of review.....	[24]
C. Analysis	[32]
1. Approach to construction of the Extradition Act and application of the Bill of Rights Act 1990.....	[33]
<i>Nature of the extradition process</i>	[33]
<i>Application of the Bill of Rights Act</i>	[42]
2. The issue for the extradition court under s 24(2)(d)(i) of the Extradition Act.....	[59]
<i>The same as the issue on committal?</i>	[59]
<i>Does the use of the Record of Case procedure affect the nature of the issue?</i>	[65]
<i>Do the oral evidence provisions of the Summary Proceedings Act affect the nature of the issue?</i>	[84]
3. Disclosure rights.....	[89]
<i>Overseas authorities</i>	[93]
<i>The New Zealand context</i>	[101]
D Conclusion.....	[119]
Result	[120]

A. Introduction

[1] The Government of the United States of America (the applicant) seeks the extradition of the first respondents on charges relating to the activities of the Megaupload business. It alleges that the first respondents were part of a conspiracy to operate websites which were intended to be used by others to illegally distribute copyrighted content, that the members of the conspiracy knew how their websites were being used, had themselves used the systems to upload, reproduce and distribute copyrighted content, and were aware that they had benefited financially from massive infringement of copyrighted material. Finally it is alleged that they conspired to “launder” the proceeds of that offending.

[2] Following the arrest of the first respondents, an extradition hearing was scheduled. In preparation for that hearing, the first respondents applied to the District Court for orders that the applicant disclose certain categories of documents. Disclosure was ordered by Judge Harvey, although the disclosure ordered was less extensive than that sought.¹

[3] The applicant seeks to judicially review the decision to order disclosure. It says that the orders made amount to general disclosure, which is unprecedented in New Zealand or elsewhere in the context of extradition, and wrong in law.

[4] The applicant’s primary submission is that disclosure in relation to extradition cases is extremely limited, consistent with the principles of international comity which inform the extradition process, and that disclosure should only be granted where the person sought for extradition establishes some evidentiary foundation for an argument relevant to this phase of the extradition process, and in respect of which disclosure is necessary.

¹ *Dotcom & Ors v United States of America* DC North Shore CRI-2012-092-1647, 29 May 2012.

B. The Background to these proceedings

1. Extradition pursuant to the Extradition Act 1999

[5] The Extradition Act 1999 governs all extradition from New Zealand. An “extraditable person” is a person accused of committing an extradition offence against the law of an extradition country.² It is common ground that the offences with which the first respondents are charged are extradition offences for the purposes of the Act.

[6] Extradition requests made of New Zealand are dealt with under Parts 3, 4 and 5 of the Extradition Act. Part 5 of the Act applies to extradition requests from countries with which New Zealand has no bilateral extradition treaty, or where New Zealand does have a bilateral extradition treaty but the offence is not stipulated in the treaty. In those cases the Minister of Justice must determine whether the request should be dealt with by New Zealand under Part 3 of the Act. If the Minister so determines, the Part 3 process operates in the usual way, depending on the designation of the country making the request.

[7] Part 4 of the Extradition Act relates to Australia expressly, and to the United Kingdom, Pitcairn and the Cook Islands by Order in Council. It does not apply to the United States, a fact that has some relevance to the issues on this application as I will come to. Part 4 provides the most streamlined procedure for extradition, reflecting the high relationship of comity between New Zealand and countries subject to that part. It is intended to provide a fast track, simplified extradition procedure. It establishes an endorsed warrants process. A person is eligible for surrender if a warrant for the arrest of the person complying with the requirements of s 41(1) has been produced to the court. In broad terms, if the court is satisfied that the person is an extraditable person in relation to the extradition country and the

² Extradition Act 1999, s 3.

offence is an extradition offence in relation to that extradition country, the person is eligible for surrender.³

[8] Part 3 of the Act applies in this case. This part regulates extradition proceedings between New Zealand and commonwealth countries and countries with which New Zealand has a bilateral extradition treaty such as the United States. Extradition requests made to New Zealand under Part 3 can have three phases: request for surrender and arrest following issue of warrant; the eligibility (judicial) phase and the surrender (Ministerial/Executive) phase.

[9] Section 24 in Part 3 provides that it is the court that must decide whether the person brought before it pursuant to an arrest warrant is eligible for surrender in relation to the offence or offences for which surrender is sought. In the case of a person accused of an extradition offence, s 24(2)(d)(i) provides that the court must be satisfied that the evidence produced or given at the extradition hearing would “according to the law of New Zealand, but subject to this Act,” justify the person’s trial if the conduct had occurred within New Zealand.

[10] The person is not eligible for surrender if the s 24 threshold is not met or if the person satisfies the court that a mandatory restriction on surrender applies. The court may also determine the person is not eligible for surrender if a discretionary restriction applies.⁴

[11] Section 25 applies to exempted countries, a subcategory of those countries to which Part 3 applies. Exempted countries are entitled to produce for the purposes of any determination under s 24(2)(d)(i), evidence in summary form, called a “record of

³ The qualification to this statement is that the person is not eligible for surrender if the person satisfies the Court that there is a mandatory restriction on the surrender of the person, or that surrender would not be in accordance with the conditions of any treaty between New Zealand and the extradition country. Section 7 of the Extradition Act enumerates a number of mandatory restrictions on the surrender of persons, including mandatory restrictions such as the offence for which the surrender is sought is an offence of a political character. In this case, those provisions are subject to the terms of the extradition treaty.

⁴ Section 8 of the Act describes discretionary restrictions on surrender and the list includes matters such as the trivial nature of the case, and the amount of time that has passed since the offence is alleged to have been committed.

the case” (ROC). Section 25(2), (3) and (3A) set out the requirements for the ROC as follows:

- (2) A record of the case must be prepared by an investigating authority or a prosecutor in an exempted country and must contain—
 - (a) A summary of the evidence acquired to support the request for the surrender of the person; and
 - (b) Other relevant documents, including photographs and copies of documents.
- (3) The record of the case is admissible as evidence if it is accompanied by—
 - (a) An affidavit of an officer of the investigating authority, or of the prosecutor, as the case may be, stating that the record of the case was prepared by, or under the direction of, that officer or that prosecutor and that the evidence has been preserved for use in the person's trial; and
 - (b) a certificate by a person described in subsection (3A) stating that, in his or her opinion, the record of the case discloses the existence of evidence that is sufficient under the law of the exempted country to justify a prosecution in that country.
- (3A) A person referred to in subsection (3)(b) is—
 - (a) the Attorney-General or principal law officer of the exempted country, or his or her deputy or delegate; or
 - (b) any other person who has, under the law of the exempted country, control over the decision to prosecute.

[12] Section 22 provides that for the purposes of the extradition hearing, the court has the same jurisdiction and powers and must conduct the proceedings in the same manner as if the proceedings were a committal hearing for an indictable offence alleged to have been committed within the jurisdiction of New Zealand.⁵

[13] If the court determines under s 24 that the person is eligible for surrender the extradition process moves to the executive phase. The court issues a warrant for the detention of a person, records in writing the extradition offence or offences in relation to which the court has determined the person is eligible for surrender and sends the Minister a copy of the warrant of detention and the record made. The Minister must then determine whether the person is to be surrendered. The Minister

⁵ In that respect, s 22(1)(b) deems certain provisions of the Summary Proceedings Act 1957 to apply.

must not determine that the person is to be surrendered in a number of circumstances including if the Minister is satisfied that a mandatory restriction on the surrender of the person applies.⁶

2. Decision the subject of the review application

[14] Judge Harvey began by addressing the nature of the extradition procedure observing that the ROC procedure is merely part of a process. The ROC procedure involves the provision of information upon which the court determining the proceedings might come to a conclusion, but does not govern the entire process leading up to or associated with an extradition hearing. He said it was significant that nothing in s 25 limited the evidence that may be admitted at any hearing to determine whether a defendant is eligible for surrender, and that s 25(4)(b) expressly permitted it. He summarised the position as follows:⁷

There can be no doubt that the ROC process is an expeditious process that recognises levels of trust and comity between New Zealand and the exempted State. Behind the ROC procedure are certain presumptions about the fairness and rigour of the legal and investigative process within the requested State that justify the privilege of allowing it to adopt the ROC procedure.

...

The function of the Court at an extradition hearing is to determine whether or not a *prima facie* case exists. It is not the function of the Court to determine whether or not the defendant is liable. Other evidence that may be adduced orally, of course, would be subject to cross examination and testing but the ROC is not, and to that extent it is evidence of a nature peculiar to extradition proceedings.

[15] As to the procedure to be followed at the extradition hearing he reviewed a number of authorities and concluded that the proceedings are of a criminal nature. He noted that s 22 of the Extradition Act incorporates the committal hearing procedure contained in the Summary Proceedings Act. He addressed the applicant's argument that the person sought could not produce oral evidence at the extradition hearing unless an oral evidence order had been obtained, and rejected it. However,

⁶ Extradition Act 1999, s 30(2).

⁷ At [139]-[140].

he accepted that the procedure that applied to the hearing should be shaped in the light of the purpose of the hearing.

[16] The Judge extensively reviewed a line of Canadian authorities in relation to the nature of the decision to be made by the Court in extradition cases. He said that the conclusion that can be drawn from this line of authority is that extradition proceedings are not just an administrative process based solely upon the ROC. Although the scope of such proceedings may be modest or limited, their outcome must nonetheless be considered substantively, judicially and fairly. The evidence contained in the ROC and supporting documents may be accepted uncritically but only insofar as reliability and evidence gathering processes are concerned. Evaluation of the evidence remained a judicial function, and that evaluation could be informed, not only by an evaluation of the ROC, but also by any additional evidence addressed by the requesting state or by the person sought.

[17] In determining whether there was a right of disclosure, he went on to consider whether the New Zealand Bill of Rights Act 1990 (the Bill of Rights Act), and particularly ss 24 and 27, applied. He reviewed a number of conflicting High Court authorities on that point and concluded that the Bill of Rights Act is applicable to extradition proceedings, including the right contained in s 24(d) of that Act to adequate time and facilities to prepare a defence, the right upon which the first respondents relied to obtain disclosure.

[18] In terms of the issues of disclosure and discovery, he said that the context of the particular proceedings and their nature must govern the approach the Court takes to ancillary or procedural applications. The right to adequate time and facilities to prepare a defence was entirely consistent with the nature of extradition proceedings. Some of the rights under s 25 of the Bill of Rights Act would not be applicable such as the right to examine witnesses for the prosecution in the context of a ROC procedure.

[19] He concluded in relation to disclosure as follows:⁸

A denial of the provision of information that could enable a proper adversarial hearing in my view would amount to a denial of the opportunity to contest and that would effectively mean that the process is one sided and in reality becomes more of an administrative one based on the limited information provided to the Court by virtue of the ROC. Effectively by its own actions the United States is saying that there can be no other evidence than the ROC that the Court can take into account, and it can say this with some confidence, given that all or any of the evidence upon which Mr Dotcom might wish to rely is in the hands of the United States or investigative authorities acting at their behest in New Zealand.

[20] The Judge noted that the applicant's ROC currently does not comply with the provisions of s 25(2)(b) because it does not contain the relevant documents. He saw the absence of that information as lending colour to the context upon which Mr Davison relied for disclosure.

[21] The Judge said that a review of the Canadian authorities made it clear that disclosure is not prohibited. In view of the significant advantage provided to the requesting state by the ROC procedures, that should be balanced by allowing the first respondents the opportunity to have information that may assist him to contest the allegations. He said:⁹

It is not as if the underlying reliability of the ROC is challenged by a requirement that the requesting party call evidence at the hearing. The ROC remains intact and its particular status does not change.

[22] He concluded that disclosure is available:¹⁰

... but only in so far as material relevant to the issues properly raised at the committal stage of the process is concerned. As was held in the case of *Republic of Poland v Bujak*¹¹ disclosure may be ordered for it is relevant to a justiciable issue and the justiciable issue in this case is the existence of a prima facie case to answer.

[23] The Judge ordered disclosure structured around elements of the various charges brought against the first respondents. The disclosure ordered by the Judge is set out in the appendix to this judgment.

⁸ At [231].

⁹ At [236].

¹⁰ At [243].

¹¹ *Republic of Poland v Bujak* 2006 DCR 863.

3. Grounds of review

[24] The applicant alleges that the District Court exceeded its jurisdiction in ordering disclosure beyond the evidence contained in the ROC. This result flowed from a series of errors of law concerning:

- (1) The application of trial rights protected by ss 24 and 25 of the Bill of Rights Act to the extradition process; and
- (2) A mischaracterisation of the role of the extradition courts, and the purpose of the extradition hearing, which would have:
 - (a) the District Court decide eligibility according to whether the extradition offences would be proved rather than could be proved on the basis of the ROC; and
 - (b) the District Court hold a hearing that is in effect as adversarial as a criminal trial of the alleged offending, in that the weight of the applicant's case is to be determined having regard to material that is neither part of the ROC nor mandated by s 25 of the Extradition Act.

[25] The applicant seeks the quashing of the disclosure order and declarations concerning the extent to which the Court may order disclosure beyond the ROC and the circumstances in which it may do so.

[26] In relation to the proper construction of the Extradition Act, the applicant says that the Judge construed s 25(2)(b) as imposing a mandatory obligation on the requesting state to include in the ROC, copies of all relevant documents held by it. It is the essence of the ROC procedure that it is deemed supported by evidence that is relevant and s 25(2)(b) cannot be read so as to imply a right to disclosure of relevant material on which the requesting state does not rely.

[27] As to the application of provisions of the Bill of Rights Act, the applicant says that ss 24 and 25 do not apply because extradition does not engage fair trial

rights as defined in those provisions. The thesis that those provisions apply in part to extradition is problematic in light of the line of cases decided by the New Zealand Court of Appeal, which hold that ss 23-25 of the Bill of Rights Act carefully define rights in a way which does not permit the application of individual subsections to contexts where other parts of the section cannot apply.

[28] The applicant submits that the disclosure obligation the Judge constructed in reliance upon ss 24 and 25 of the Bill of Rights Act is incompatible with the ROC procedure. It says that the Extradition Act does not contemplate a hearing in which the ROC evidence is weighed against exculpatory evidence adduced by the extraditable person and that s 25(4) is not properly construed as permitting defence evidence. The applicant says that the style of hearing contemplated for the purposes of s 24 of the Extradition Act is one at which the ROC will be received as evidence in support of the extradition, and the defence will only be entitled to produce evidence if it is relevant to the issue of whether any of the evidence in the ROC is “manifestly unreliable”. Moreover, the defence will only be permitted to produce oral evidence when the evidence meets this admissibility threshold, and the defence has obtained an oral evidence order. This approach flows both from the provisions of the Summary Proceedings Act and from the fact that the extradition court is not to be concerned with possible defences or exculpatory material. For a court to involve itself in this would be to trespass on the trial phase in the requesting country and infringe the principle of comity on which the extradition relationship is founded (the applicant says this analysis is supported by a body of Canadian case law). The applicant contends that the only question for the New Zealand Court is:

Does the request disclose “extradition offences” (as defined by the Treaty) and would the evidence summarised in the request be sufficient to justify committal for trial here?

[29] The applicant says that when the function of the extradition court is thus correctly stated, it is apparent that the District Court’s order is premised on an error as to the use to which the disclosed material could be put. The applicant argues that although the Judge considered relevant Canadian authorities, he reached conclusions that are not supported by the Canadian principles. There was error of law and principle in treating the existence of a prima facie case as a “justiciable issue”, warranting additional “limited” disclosure. By this expansion of terms, practically

the entire subject matter of the United States investigation became subject to disclosure. “Limited disclosure” has meant, in effect, the kind of general disclosure that the authorities determine to be unsupportable.

[30] It is said that such reasoning is entirely absent from the Canadian decisions. There is no authority for the imposition of disclosure obligations on the scale ordered, or on the grounds identified, by the Judge.

[31] Finally, it is argued that the Judge erred in failing to take into account evidence that the disclosure ordered would significantly trespass on the trial requirements of the requesting state. He made an order purporting to bind the United States, which was beyond the District Court’s jurisdiction. In both these respects the Court failed to observe the principle of comity that controls extradition proceedings.

C. Analysis

[32] The critical issues raised by this proceeding are whether and in what circumstances disclosure may be ordered in extradition proceedings, and the proper extent of any disclosure ordered. Before addressing these questions it is necessary to consider, as the Judge did, a number of prior issues. It is convenient to address those issues in the following order:

- (i) The approach to construction of the Extradition Act and application of the Bill of Rights Act. The applicant argues for a particular construction of provisions of the Act, and it is therefore necessary to address the proper approach to construction of those sections.
- (ii) The issue for extradition court under s 24(2)(d)(i) of the Extradition Act. The nature and scope of this issue is critical to determining whether disclosure is necessary for a fair hearing
- (iii) The right to disclosure and extent of any disclosure.

1. Approach to construction of the Extradition Act and application of the Bill of Rights Act 1990

Nature of the extradition process

[33] The extradition hearing is provided for in the Extradition Act, and the construction to be placed upon some provisions of the Act is at issue in this proceeding. In ascertaining the meaning of that Act, I am required to consider its text, in the light of its purpose.¹² As Tipping J observed for the Court in *Commerce Commission v Fonterra Co-operative Group Ltd*, those two considerations are the “key drivers of statutory interpretation”.¹³ He continued:

Even if the meaning of the text may appear plain in isolation of the purpose, that meaning should always be cross checked against purpose in order to observe the dual requirements of s 5. In determining purpose the court must obviously have regard to both the immediate and the general legislative context. Of relevance too may be the social, commercial or other objective of the enactment.

[34] Section 12 of the Act relevantly describes the Act’s object as providing for the surrender of an accused person to an extradition country to enable New Zealand to carry out its obligations under extradition treaties. It is also clear from the provisions of the Act, however, that the Act has as its purpose the creation of procedures that allow for the just and expeditious disposition of requests for extradition.

[35] The nature of the extradition process is an issue that has been traversed on many occasions by the Supreme Court of Canada within the context of similar governing legislation. In *United States of America v Anekwu*¹⁴ Charron J discussed the nature of the extradition process as follows:

[27] ... as a starting point, it is wrong to equate extradition proceedings with the criminal trial process. As stated by McLachlin J., as she then was, in *Kindler v Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 799, at pp 844-45:

¹² Interpretation Act 1999, s 5(1).

¹³ *Commerce Commission v Fonterra Co-operative Group Ltd* [2007] NZSC 36, [2007] 3 NZLR 767 at [22].

¹⁴ *United States of America v Anekwu* 2009 SCC 41, [2009] 3 SCR 3.

While the extradition process is an important part of our system of criminal justice, it would be wrong to equate it to the criminal trial process. It differs from the criminal process in purpose and procedure and, most importantly, in the factors which render it fair. Extradition procedure, unlike the criminal procedure, is founded on the concepts of reciprocity, comity and respect for differences in other jurisdictions.

This unique foundation means that the law of extradition must accommodate many factors foreign to our internal criminal law. While our conceptions of what constitutes a fair criminal law are important to the process of extradition, they are necessarily tempered by other considerations.

...

Thus this Court, per La Forest J., recognized in *Canada v Schmidt* [1987] 1 S.C.R. 500, at pp. 522-23, that our extradition process does not require conformity with Canadian norms and standards. The foreign judicial system will not necessarily be considered fundamentally unjust because it operates without, for example, the presumption of innocence and other legal safeguards we demand in our own system of criminal justice.

[36] Also useful on this point is the judgment of the Canadian Supreme Court in *United States of America v Ferras* in which McLachlin CJ said of the purposes of the extradition hearing:¹⁵

The first purpose is to foster efficient extradition where such a case is made out, in accordance with [the requested state's] international obligations. This requires a flexible, non-technical approach. The second purpose is to protect an individual in Canada from deportation in the absence of at least a *prima facie* case that he or she committed the offence alleged which must also be an offence in [the requested state] ...

[37] As the Crown submitted in this case, the extradition process is founded on the acceptance that the requesting country will afford a fair trial process.¹⁶ That cannot be questioned, and the extradition court must not usurp the trial process procedures of the requesting country, or allow the extradition proceedings to take on the character of a trial. The role of the extradition court has been described as modest.¹⁷ It is intended to be an expeditious, summary process.¹⁸

¹⁵ *United States of America v Ferras* 2006 SCC 33, [2006] 2 SCR 77.

¹⁶ *Argentina v Mellino* [1987] 1 SCR 536 at [32].

¹⁷ *United States of America v Dynar* [1997] 2 SCR 462 at [120].

¹⁸ *Republic of France v Diab* 2011 ONSC 337 at [14].

[38] Extradition proceedings are proceedings of a criminal nature. The consequences that can flow from them include forced removal from New Zealand and detention pending the extradition hearing and perhaps, pending removal.¹⁹ Nevertheless, the proceedings, although criminal in nature, are proceedings of a special kind having regard to the limited nature of the role for the court as defined by the Extradition Act.²⁰

[39] In interpreting the provisions of the Extradition Act it may also be necessary to take into account the provisions of any extradition treaties between the requesting state and New Zealand. Section 11 addresses the significance of extradition treaties to the interpretation of the Act:

- (1) If there is an extradition treaty in force between New Zealand and an extradition country, the provisions of this Act must be construed to give effect to the treaty.
- (2) Despite subsection (1), no treaty may be construed to override—
 - (a) Section 7; or
 - (b) Section 24(2)(d) or section 45(5); or
 - (c) Subsection (2)(b) or subsection (3)(a) of section 30 (including where those provisions are applied under section 49); or
 - (d) Any provision conferring a particular function or power on the Minister or a court.
- (3) This section is subject to section 105.

[40] In *Yuen Kwok-Fung v Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China*, Keith J described the meaning and effect of s 11 as follows:²¹

Section 11(1) is a very strong direction. The “construction” it directs is more than the mere interpretation of the Act. It uses much stronger wording than the interpretation directions in the Interpretation Act 1999 s 4 and the New Zealand Bill of Rights Act 1990 s 6 which is also to be read with ss 4

¹⁹ *Schlaks v Gordon* HC Auckland M636/98, 15 May 1998; *United States of America v Cullinane* [2003] 2 NZLR 1 (CA).

²⁰ *R v The Senior District Court Judge, Bow Street Magistrate's Court & Ors* [2006] EWHC 2256 (Admin) at [76].

²¹ *Yuen Kwok-Fung v Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China* [2001] 3 NZLR 463 at [15]-[18].

and 5. To use the wording of subs (2), the Act is “overridden” by inconsistent treaty provisions or, as the equivalent provision in s 3(4) of the Extradition Act 1965 put it, the Act must be read “subject to” the terms of the treaty and construed to give effect to it.

...

The process which s 11 of the New Zealand Act requires can perhaps be better thought of as reconstruction of the Act, to the extent it is inconsistent with the treaty, to make it consistent. The strength of the direction recognises the basic principles of international law that treaties must be complied with and that a state cannot invoke its internal law to justify its failure to perform a treaty (articles 26 and 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties). In the specific context of extradition, the Act also recognises those principles in its objective stated in s 12: the Act, among other things, is an Act:

- (a) To enable New Zealand to carry out its obligations under extradition treaties.

...

The direction in s 11(1) is not unqualified. Subsection (2) (like s 3(3) of the 1965 Act) qualifies the basic proposition in subs (1) by excepting basic protections in the Act from the override. It accordingly contemplates the prospect that the Act may override a particular treaty. That apparent exception to the principle that treaties must be complied with may be explained in three ways. First, the basic protections in paras (a) – (c) are routinely included in bilateral extradition treaties or in one case (the torture exception) in a very widely accepted multilateral treaty (para [28] below); and, so far as para (d) is concerned, it is not in general the practice for extradition treaties to dictate whether the executive or the judiciary is to exercise a particular function. Secondly, subs (2) is in effect a direction to the executive that in negotiating extradition treaties it is to ensure that the listed protections are incorporated; such directions are expressly given by ss 100 and 101 of the Extradition Act 1999 and were given in a different way in the original Imperial Extradition Act 1870, s 4 which provided that an Order in Council applying the Act to a foreign state was not to be made unless it contained certain provisions. Thirdly, the protections stated in subs (2) essentially look to treaties concluded in the future. That arises from subs (3) which makes s 11 subject to s 105, a provision concerned with treaties in force when the 1999 Act came into force.

[41] The extradition treaty between the United States and New Zealand contains nothing that bears upon the issue of disclosure. The treaty was concluded in 1970, and therefore pre-dates the 1999 Extradition Act. Accordingly some provisions of the 1965 Extradition Act continue to apply, but it is not suggested that this is significant in this case.

Application of the Bill of Rights Act

[42] The next issue is the application of the Bill of Rights Act to the extradition hearing. It cannot be disputed that the Bill of Rights Act applies to extradition proceedings as s 3 provides that it applies to acts done by the judicial branch of the government of New Zealand. The significance of this to the interpretation of the Extradition Act appears in s 6 of the Bill of Rights Act which provides:

Wherever an enactment can be given a meaning that is consistent with the rights and freedoms contained in this Bill of Rights, that meaning shall be preferred to any other meaning.

[43] Balancing this direction is s 5 of the Bill of Rights Act:

Subject to section 4 of this Bill of Rights, the rights and freedoms contained in this Bill of Rights may be subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

[44] Section 4 of the Bill of Rights Act provides:

4 Other enactments not affected

No court shall, in relation to any enactment (whether passed or made before or after the commencement of this Bill of Rights),—

- (a) Hold any provision of the enactment to be impliedly repealed or revoked, or to be in any way invalid or ineffective; or
- (b) Decline to apply any provision of the enactment—

by reason only that the provision is inconsistent with any provision of this Bill of Rights.

[45] The interpretation of those sections was considered by the Supreme Court in *Hansen v R*.²² There McGrath J observed that:

[252] Section 6 accordingly adds to, but does not displace, the primacy of s 5 of the Interpretation Act, which directs the courts to ascertain meaning from the text of an enactment in light of the purpose, and it does not justify the court taking up a meaning that is in conflict with s 5. That would be contrary to s 4. Rather s 6 makes New Zealand's commitment to human rights part of the concept of purposive interpretation. To qualify as a meaning that can be given under s 6 what emerges must always be viable, in the sense of being a reasonably available meaning on that orthodox approach

²² *Hansen v R* [2007] NZSC 7, [2007] 3 NZLR 1.

to interpretation. When a reasonably available meaning consistent with protected rights and freedoms emerges the courts must prefer it to any inconsistent meaning.

(Footnotes omitted)

[46] The applicant puts at issue whether s 24 (rights of persons charged) and s 25 (minimum standards of criminal procedure) apply to the extradition proceeding and to the first respondents. However, in the course of oral argument the applicant accepted that s 27 of the Bill of Rights Act applies to the first respondents in relation to the conduct of the extradition hearing. In relevant part s 27 provides:

- (1) Every person has the right to the observance of the principles of natural justice by any tribunal or other public authority which has the power to make a determination in respect of that person's rights, obligations, or interests protected or recognised by law.

[47] As the District Court Judge observed, there are a number of conflicting High Court authorities on the point. *Callahan v The Superintendent of Mount Eden Prison & Another*,²³ was a case decided shortly after the coming into force of the Bill of Rights Act. The request for extradition in that case was supported by an affidavit from the requesting country. It was argued that extradition on the basis of an affidavit would be in breach of s 25(f) of the Bill of Rights Act because the person sought would not have the right to examine the witnesses for the prosecution. Temm J referred to the Canadian case *Schmidt v R*²⁴ in which the issue was whether a person could resist extradition by relying upon the protection against double jeopardy contained in the Canadian Charter of Rights and Freedoms (the Charter). Section 11(h) of the Charter provides that any person charged with an offence has the right, if finally acquitted, not to be tried for that offence again. The Supreme Court of Canada said that s 11(h) of the Charter had no application to charges in a foreign jurisdiction because it was intended to govern trials conducted by the governments of Canada. The fugitive could not rely upon the Charter because the fugitive was not a “person charged with an offence”.

[48] Adopting this analysis, Temm J concluded that Mr Callahan was not charged with an offence in New Zealand; he was detained under a warrant issued pursuant to

²³ *Callahan v The Superintendent of Mount Eden Prison & Anor* HC Auckland M648/91, 22 July 1991.

²⁴ *Schmidt v R* [1987] 1 SCR 500.

the Extradition Act and the question for examination was whether he should or should not be extradited. The Bill of Rights Act and in particular s 25, did not apply to extradition proceedings because he was not charged with an offence in New Zealand. The decision in *Callahan* was subsequently followed by Potter J in *Schlaks v Superintendent of Mount Eden Prison*.²⁵

[49] On the other side of the divide are three decisions, the first an earlier decision in respect of Mr Schlaks but involving a different issue and a different Judge.²⁶ Mr Schlaks brought an urgent application for determination of pre-trial matters before the extradition hearing. One of these was whether ss 24 and 27 of the Bill of Rights Act obliged the requesting country to provide further particulars of charge to detail which acts or omissions referred to in the counts contained in the extradition requests would be offences against the laws of New Zealand. In discussing this Giles J said:²⁷

The extradition procedure is, of course, being conducted in a New Zealand Court and the provisions of the New Zealand Bill of Rights Act 1990 apply. Section 27 preserves the right to the principles of natural justice. Natural justice requires that a person accused of an offence be given adequate information to understand precisely what is alleged so that a defence can be prepared. Section 24 of the New Zealand Bill of Rights Act 1990 requires that that information be provided promptly.

I accept that the New Zealand Bill of Rights Act 1990 is addressing criminal prosecution in New Zealand. An extradition request is not a prosecution but those principles, in my view, apply by way of analogy.

[50] The second of these decisions is *Poon v Commissioner of Police*.²⁸ In *Poon* the issue was the availability of bail in the context of extradition proceedings, and in particular whether s 24(b) of the NZBORA applies in extradition cases.²⁹ Baragwanath J said that whilst some provisions in s 24 plainly cannot apply to extradition hearings, to the extent the language of the Act can reasonably be applied to public sector conduct, it should be applied. He found that the right under s 25(c) to be presumed innocent until proven guilty according to law, and under s 25(b) to be tried without undue delay, applied to extradition cases.

²⁵ *Schlaks v Superintendent of Mount Eden Prison* HC Auckland, M1839/98, 18 December 1998.

²⁶ *Schlaks v Gordon and Ors*, HC Auckland M636/98, 15 May 1998.

²⁷ At p 24.

²⁸ *Poon v Commissioner of Police* [2000] NZAR 70.

²⁹ Section 24(b) provides that everyone who is charged with an offence (b) shall be released on reasonable terms and conditions unless there is just cause for continued detention.

[51] He also noted the provisions of s 22 of the Extradition Act which require the District Court to conduct extradition proceedings as if they were a preliminary hearing. He concluded that there was nothing in the language of s 24 of the Bill of Rights Act, to render it inapplicable to persons arrested for the purposes of extradition. He said:³⁰

... the Bill of Rights Act states fundamental values, most of them already recognised by the common law, and is not to be construed narrowly.

[52] In 2006, the issue of the application of Bill of Rights Act provisions to those subject to extradition proceedings again came before Baragwanath J. In *X v Refugee Status Appeal Authority*³¹ the issue was whether X was entitled to a declaration that the particulars of his refugee claim be made absolutely confidential so that they could not be disclosed to the government of Rwanda or to New Zealand officials involved in extradition or prosecution proceedings. In obiter comments, Baragwanath J responded to criticism in academic publications of his earlier decision in *Poon*:

[58] Both standard texts on the New Zealand Bill of Rights, *Rishworth*³² at 608 and 742 and *Butler and Butler*³³ at 719, have challenged my decision in *Poon v Commissioner of Police* ... that s 24(b) is apt to refer to a foreign charge as well as a New Zealand charge. They prefer the views expressed in majority judgments of the Supreme Court of Canada in *Schmidt v The Queen* and *Republic of Argentina v Mellino* and in two unreported judgments of this Court, *Callahan v Superintendent of Mt Eden Prison* which I had declined to follow and *Schlaks v Superintendent of Mt Eden Prison* which had not been cited in *Poon*. Their reasoning is that, as stated in *Schlaks* at pp 31-33, a person imprisoned on an extradition warrant is not “charged with an offence” for the purposes of s 24. Similar arguments can be advanced in relation to s 25.

[59] But such argument begs the essential question of what *is* the purpose of ss 24 and 25. Mr Poon had been “charged with an offence”, albeit in Hong Kong rather than New Zealand. As a human being in detention in New Zealand I could see no reason for him to be disentitled to the right to bail unless cause were shown to the contrary. In the absence of clear language to the contrary there is no obvious policy reason why the New Zealand Parliament should apply a differential approach in such a vital matter of human rights as unnecessary detention. Where there is just cause for continued detention the Court will decline bail.

³⁰ At [36].

³¹ *X v Refugee Status Appeal Authority* [2006] NZAR 533.

³² Paul Rishworth et al *The New Zealand Bill of Rights* (Oxford University Press, Melbourne, 2003).

³³ Andrew Butler and Petra Butler *The New Zealand Bill of Rights Act: A commentary* (LexisNexis, Wellington, 2005).

[60] No doubt the proper treatment on suspects [sic] facing charges upon New Zealand offences and criminal proceedings in New Zealand are obvious targets of ss 24–25; not all of their provisions will apply to an extradition where the case is not to be tried in New Zealand. But it by no means follows that the effects upon suspects of charges upon foreign offences and criminal proceedings overseas do not fall within the sections in so far as their language *can* fairly apply.

(Footnotes and citations omitted. All original emphasis).

He then continued:

[63] The Bill of Rights is focused on the protection of persons subjected to public sector conduct. The rights are not confined to New Zealand citizens and residents. They are enforceable against the judiciary as well as the executive. I have recognised that certain of the provisions of ss 24 and 25 can have no application to extradition cases. But the s 25(a) right to a “fair hearing” in relation to “the determination of the charge”, whether that hearing is in New Zealand or in Rwanda, could be adversely affected by how the New Zealand Courts (including both the Authority and this Court) deal with relevant issues.

[64] It must follow that this Court is bound to ensure that such right at ultimate trial is not imperilled by events in New Zealand. To ensure such fair hearing, if there were real risk of leakage of information and corrupt advantage being taken to damage the defence case, it could well be necessary to hear the extradition application before the refugee claim.

[65] As New Zealand’s role in world affairs has constantly shown, we see ourselves as members of a global community. There can be no room for a crabbed construction of a statute expressed in such generous terms as the Bill of Rights. There is no reason to read down its language to exclude consequences at trial beyond our borders ...

[53] For the applicant, Mr Pike argues that in adopting the reasoning of Baragwanath J, Judge Harvey gave a strained meaning to ss 24 and 25. He relies on judgments of Richardson J in *R v Goodwin*³⁴ and *R v Barlow*³⁵ in which a distinction was made between open textured rights in the Bill of Rights Act (for example ss 18–22) and provisions that are more specifically focused. In *Barlow* Richardson J said that provisions such as s 23 (rights of persons arrested or detained) must be read as a whole. If that approach is adopted “arrest” in s 23 cannot mean “detention” whether by intentional acts or inducing a (reasonable) belief that the person was not free to leave. That was because provisions such as s 23(1)(a) – the right to be informed of the reason for the arrest – could not have any application to a case where the Police

³⁴ *R v Goodwin* [1993] 2 NZLR 153 at 186.

³⁵ *R v Barlow* (1995) 14 CRNZ 9, 27–30.

were unaware that a situation of “arrest” had arisen. Provisions such as s 23, and also ss 24 and 25, are dealing with different phases in the criminal process, and it would be wrong to transpose rights applying in one phase to another.

[54] Mr Pike submits that proceeding from this point, and applying the necessary textual and contextual analysis (an extradition hearing is not “the determination of a charge” and there is no charge before the Court in the sense used in Bill of Rights Act), the ss 24 and 25 guarantees have no application to extradition proceedings.

[55] Both analyses reflected in the conflicting authorities have their attractions, but I accept Mr Pike’s argument that when regard is had to the language of ss 24 and 25 it seems that the expression “charged with an offence” is there used in the sense of charged with an offence under New Zealand laws. Similarly, Butler and Butler say:³⁶

We reject the view expressed by Rishworth et al that a “policy” orientated approach to ss 24 and 25 of BORA should be adopted such that some proceedings might involve the determination of an offence for some subsections but not for others. A “pick and mix” approach to the single word “offence” defies the normal approach to interpretation of a term in a statute.

[56] Although I think this a persuasive point, it is equally plain that some of the rights preserved to an accused person in ss 24 and 25 should be applied in extradition cases. For example, I doubt the applicant would challenge that the first respondents have the right to a fair and public hearing by an independent and impartial Court, that they have the right to have their extradition proceeding dealt with without undue delay, and that they have a right to be present at that hearing and present some form of case relevant to the scope of the extradition hearing.

[57] These propositions are reconcilable. The starting point is that the rights recorded in ss 24 and 25 did not spring up with the Bill of Rights Act, but rather found formal expression there. Moreover, the Bill of Rights Act does not purport to codify all of the human rights and fundamental freedoms in New Zealand, and the rights of those involved in extradition proceedings were not therefore reduced by its enactment. Section 28 provides:

³⁶ At 21.5.34.

An existing right or freedom shall not be held to be abrogated or restricted by reason only that the right or freedom is not included in this Bill of Rights or is included only in part.

[58] Further, s 27 (which the applicant accepts applies in this case) preserves to the first respondents the right to the observance of principles of natural justice in respect of the extradition hearing. In *Furnell v Whangarei High Schools Board* the Privy Council said of natural justice that it is “but fairness writ large and judicially.”³⁷ Extradition proceedings are, as the District Court Judge correctly observed, essentially criminal in character. At issue are fundamental rights such as the freedom of movement.³⁸ In the context of such proceedings the minimal standards of criminal procedure appropriate to the extradition context should be applied through the vehicle of s 27 to ensure a fair hearing. Sections 24 and 25 can be seen to provide content to what natural justice requires. I caveat that observation as follows: what procedures are required in a particular case to achieve fairness will depend upon the nature of the issue before the Court. The content of what natural justice requires will vary depending upon the context;³⁹ the more significant the rights affected, the more stringent the procedural rules designed to maintain the fairness of the process are likely to be.

2. The issue for the extradition court under s 24(2)(d)(i) of the Extradition Act

The same as the issue on committal?

[59] The applicant argues that the District Court Judge mischaracterised the threshold as being whether the ROC *would* establish the first respondent’s guilt, rather than whether the ROC *could* prove guilt, because he contemplated the possibility of defence evidence, and it follows, contemplated the possibility of the weighing of evidence.

³⁷ *Furnell v Whangarei High Schools Board* [1973] 2 NZLR 705 (PC) at 718. The two principles of natural justice are that parties must be given adequate notice and opportunity to be heard and that the Tribunal must be disinterested and unbiased. See: Philip A Joseph *Constitutional and Administrative Law in New Zealand* (3rd ed, Brookers, Wellington, 2007) at 954.

³⁸ New Zealand Bill of Rights Act 1990, s 18.

³⁹ *Fraser v State Services Commission* [1984] 1 NZLR 116 at 122.

[60] In considering the nature of the s 24(2)(d)(i) threshold it is best to start with the statute. The issue framed for the court by s 24(2)(d)(i) is whether the Court is satisfied that the evidence produced or given at the extradition hearing would, according to the law of New Zealand, but subject to the Act:

In the case of a person accused of an extradition offence, justify the person's trial of the conduct constituting the offence had occurred within the jurisdiction of New Zealand.

[61] Section 22(1)(a) of the Act reinforces that the question is framed so as to mirror the issue for the Court in committal proceedings. That section relevantly provides:

- (1) In proceedings under this Part, except as expressly provided in this Act or in regulations made under section 102,—
 - (a) The court has the same jurisdiction and powers, and must conduct the proceedings in the same manner, as if the proceedings were a committal hearing of an information for an indictable offence alleged to have been committed within the jurisdiction of New Zealand; and

...

[62] In New Zealand, the test for committal following a committal hearing is whether the Court is of the opinion that the evidence adduced by the prosecutor is sufficient to put the defendant on trial for an indictable offence.⁴⁰ The evidence will be sufficient where it is evidence upon which a reasonable jury, properly instructed, could convict.⁴¹ For this reason, defence evidence is seldom offered at the committal stage, and where it is offered a Court will seldom embark very far upon a weighing of conflicting evidence, as issues as to credibility and weight to be attached to evidence are properly for the jury. There are some occasions, however, where a committal court will weigh both prosecution and defence evidence in determining the sufficiency of evidence for committal. Such occasions will include where the Court must test the safety of inferences to be drawn from circumstantial evidence, where the defence produces evidence which, by providing context to prosecution evidence, negates it,⁴² or where the defence presents evidence that so far undermines

⁴⁰ Summary Proceedings Act 1957, s 184G.

⁴¹ *Auckland City Council v Jenkins* [1981] 2 NZLR 363.

⁴² See *W v Attorney-General* [1993] 1 NZLR (CA).

the reliability of the prosecution evidence that the Court considers it no longer passes the threshold for admissibility, or means that no jury could reasonably convict if properly directed.

[63] In *Downey v The District Court*,⁴³ the Serious Fraud Office sought to review a decision of Justices of the Peace ordering disclosure of documents in the prosecution's possession for the purposes of whether the defendant should be committed for trial. Critical to the Judge's decision to decline the application for review was the nature of the Court's function in committal proceedings. The Judge said:⁴⁴

Whether the evidence is sufficient to put the defendant on trial would seem to have much in common with the question whether an accused should be discharged under s 347 of the Crimes Act (*R v ETE* (1990) 6 CRNZ 176, 180) and, in at least the first two out of the following three categories, whether there is a case to answer in a summary prosecution (*Auckland City Council v Jenkins* [1981] 2 NZLR 363, 365). In evaluating the evidence the Justices can refuse to commit for trial if (i) the prosecution has failed to adduce any evidence to support some element essential to the Crown case (this being self-evident from s 168(1) itself), (ii) if the "creditableness" of critical witnesses is such that no jury could reasonably believe their evidence (for recent discussion of the distinction between creditability and credibility see *G v Attorney-General* CA 203/94, 31 October 1994) or (iii) if on an overall view of the evidence the likelihood of a guilty verdict is so slight that a trial would be unjustified, this being said to arise only in an "extreme case" (*W v Attorney-General* [1993] 1 NZLR 1, 8 (CA)).

[64] There are issues that might be traversed in a domestic committal proceeding that would not be traversed in an extradition hearing. For example, on occasion committal hearings are used as opportunities to explore whether there are grounds to challenge the admissibility of evidence at trial on the grounds it was improperly obtained. In the extradition context, issues such as those are properly for the trial court and not for the extradition court. However, even in the domestic context this typically occurs because it is efficient to allow this, not because the nature of the issue for the court is essentially different.

⁴³ *Downey v The District Court & Ors* HC Auckland M271/95, 29 June 1995.

⁴⁴ At 3.

Does the use of the Record of Case procedure affect the nature of the issue?

[65] The applicant makes an additional argument to support its contention that the extradition hearing is more narrow in its focus than the hearing contemplated by the District Court Judge. The applicant contends that the Judge was wrong in finding that the Act contemplates an adversarial hearing at which oral evidence can be called for the person sought. The applicant says that because the ROC is admitted without the need to prove its contents through first hand witnesses, it is presumptively reliable, and it is necessarily assumed to be supported by the evidence it summarises, and consistent with the certificate contained in the ROC, which continues to be held by the requesting state.

[66] Mr Pike takes this submission further. He says that when the s 24(2)(d)(i) test is combined with the provisions of s 25 in relation to the ROC procedure, it becomes plain that the extradition hearing is concerned only with the question, could (not would) the ROC evidence be accepted as satisfying the component element of those offences? If the fact finder could accept that evidence as proving the elements of the offence, the test of justification in s 24(2)(d)(i) will be met. Any other evidence will only be admitted if it could go to show that any aspect of the ROC is manifestly unreliable and before defence evidence will be admitted for this purpose, there must be an “air of reality” about the challenge to the ROC. Before oral defence evidence is admitted there must also be an oral evidence order. Mr Pike thereby strives to parlay the procedural privilege granted to exempted countries through the ROC procedure into a hearing with a far narrower focus than that of a traditional committal hearing at which the court can consider all of the evidence before it, prosecution and defence, when evaluating whether the committal threshold is met.

[67] It is appropriate, as the applicant contends, to consider the particular provision (s 24) in context. Indeed, s 24 qualifies the test articulated by the words “but subject to the Act”. In assessing whether there is anything in the applicant’s argument that the nature of the ROC procedure requires a reading down of the Court’s role beyond the plain words of s 24(2)(d)(i), it is instructive to understand the reasons for the adoption of the ROC process.

[68] The origins of the ROC were summarised by the Ontario Court of Appeal in *United States of America v Yang*.⁴⁵ The Court referred to the difficulties that non common law countries had, prior to the adoption of the ROC process, in presenting the evidence in support of an application for extradition in a way which complied with the particular evidentiary rules applying in Canada. Those rules required that affidavits based upon first hand information from all of the various witnesses and victims be gathered in support of the application. The Court said:⁴⁶

In the result, there was evidence, admittedly mostly anecdotal, that civilian states had stopped making requests of Canada for extradition. Even the United States, with whom Canada transacts most of its extradition business, found the Canadian rules cumbersome, especially in very complex drug and fraud investigations.

[69] At the same time the Court said the growth in trans-national crime had sparked worldwide initiatives to modernise extradition. States were complaining about the need for proof of a *prima facie* case, through the use of affidavits containing first hand accounts (not inadmissible hearsay), and in some cases, the requirements that the documentary evidence be produced under oath or affirmation. The Court summarised the background as follows:⁴⁷

The scheme in the new *Extradition Act* originates in negotiations between law ministers of the Commonwealth. In 1986, the Government of Australia proposed the abolition of the *prima facie* test within the Commonwealth scheme for rendition. Canada, in particular, was opposed to this suggestion, which would have abolished any judicial assessment of the sufficiency of the request. Accordingly, in 1989 at a meeting in New Zealand, Canada proposed that the *prima facie* test be retained but that the requesting state could rely upon a record of the case. The record of the case would contain a recital of the evidence. Thus, there would be no requirement for affidavits containing first-hand accounts. Further, the recital of evidence could be based upon evidence admissible in the requesting state and not necessarily admissible in the requested state. This proposal would bring the Commonwealth more in line with there scheme for extradition as set out in the *European Convention on Extradition* and the *United Nations Model Treaty on Extradition*. The law officers of the Commonwealth adopted Canada's proposal.

[70] It is clear that the ROC procedure was intended to smooth the evidentiary path for the requesting state. There is no indication, however, that it was intended to create an entirely new procedural scheme for extradition hearings which would

⁴⁵ *United States of America v Yang* [2001] 203 DLR 4th 337.

⁴⁶ At [24].

⁴⁷ At [28].

exclude the possibility of a defendant calling evidence where it was relevant to the extradition issue, unless relevant to show the “manifest unreliability” of the ROC. The applicant’s argument proceeds on the basis that s 25 confers on the ROC a presumption of reliability in the sense that the ROC is to be treated as equivalent to proof of the matters covered, or in other words, that it will ultimately (at trial) be accepted as reliable. However, all that s 25 confers is “threshold” reliability. In *Ferras* the Supreme Court of Canada described the notion of threshold reliability for the ROC as conferring on evidence “sufficient indicia of reliability to make it worthy of consideration” by the extradition Judge.⁴⁸

[71] The applicant calls in aid of its argument, discussion in various Canadian cases as to the nature of the extradition where the ROC procedure is used. Section 29(1)(a) of the Canadian Extradition Act bears a significant similarity to s 24(2)(d)(i). It provides:⁴⁹

A Judge shall order the committal of the person into custody to await surrender if

- (a) in the case of a person sought for prosecution, there is evidence admissible under this Act of conduct that, had it occurred in Canada, would justify committal for trial in Canada on the offence set out in the authority to proceed and the judge is satisfied the person is the person sought by the extradition partner;

...

[72] Section 33 of the Canadian Act contains the ROC provisions which are as follows:

- (1) The record of the case must include:
 - (a) in the case of a person sought for the purpose of prosecution, a document summarizing the evidence available to the extradition partner for use in the prosecution; and
 - (b) in the case of a person sought for the imposition or enforcement of a sentence,
 - (i) a copy of the document that records the conviction of the person, and

⁴⁸ *United States v Ferras* [2006] 2 SCR 77 at 102.

⁴⁹ Extradition Act 1999 (Can), s 29(1)(a).

- (ii) a document describing the conduct for which the person was convicted.
- (2) A record of the case may include other relevant documents, including documents respecting the identification of the person sought for extradition.
- (3) A record of the case may not be admitted unless
 - (a) in the case of a person sought for the purpose of prosecution, a judicial or prosecuting authority of the extradition partner certifies that the evidence summarized or contained in the record of the case is available for trial and
 - (i) is sufficient under the law of the extradition partner to justify prosecution, or
 - (ii) was gathered according to the law of the extradition partner; or
 - (b) in the case of a person sought for imposition or enforcement of a sentence, a judicial, prosecuting or correctional authority of the extradition partner certifies that the documents in the record of the case are accurate.
- (4) No authentication of documents is required unless a relevant extradition agreement provides otherwise.
- (5) For the purposes of this section, a record of the case includes any supplement added to it.

Section 32 provides:

- (1) Subject to subsection (2), evidence that would otherwise be admissible under Canadian law shall be admitted as evidence at an extradition hearing. The following shall also be admitted as evidence, even if it would not otherwise be admissible under Canadian law:
 - (a) the contents of the documents contained in the record of the case certified under subsection 33(3);
 - (b) the contents of the documents that are submitted in conformity with the terms of an extradition agreement; and
 - (c) evidence adduced by the person sought for extradition that is relevant to the tests set out in subsection 29(1) if the judge considers it reliable
- (2) Evidence gathered in Canada must satisfy the rules of evidence under Canadian law in order to be admitted.

[73] These provisions were considered by the Canadian Supreme Court in *Ferras*. Prior to that case, extradition Judges had interpreted their role very narrowly. The

extradition Judge had no discretion to refuse to extradite if there was any evidence supporting each of the elements of the offence alleged, even if that evidence was so dubious as to be dangerous. The only exception to this rule was to allow some limited weighing of circumstantial evidence to ensure that inferences from the evidence were reasonably supportable.

[74] In *Ferras* the Supreme Court revisited this approach in light of the Charter, particularly s 7, and the amendments to the Extradition Act 1999 that brought in the ROC procedure. The Court decided that in order to bring the Extradition Act as amended into conformity with s 7 of the Charter, a different role for the extradition Judge had to be defined. Section 7 of the Charter guarantees the “life liberty and security of the person, of every individual”, and the right not to be deprived of those rights “except in accordance with the principles of fundamental justice”.

[75] The Court recognised that extradition constitutes a serious denial of liberty and security of the person. The person sought is forcibly removed from Canada to another country to stand trial according to that country’s rules. It followed that the principles of fundamental justice must be respected. The Court said that s 7 of the Charter does not guarantee a particular type of process, but does nevertheless guarantee a fair process having regard to the nature of proceedings at issue. In my view the same can be said of s 27 of the Bill of Rights Act. It guarantees, to those subject to Court proceedings, a fair process.

[76] The Court referred to its own earlier decision *United States of America v Shephard*,⁵⁰ which had formulated the narrow test for extradition, saying that such an approach amounted to a rubber stamp, and not a judicial process. It said:⁵¹

Here we find the basic requirements of justice in the extradition context. A person cannot be sent from the country on mere demand or surmise. The case for extradition need not be presented in a particular technical form. But it must be shown that there are reasonable grounds to send the person to trial. A *prima facie* case for conviction must be established through a meaningful judicial process. It is an ancient and venerable principle that no person shall lose his or her liberty without due process according to law, which must involve a meaningful judicial process. The idea is as old as the *Magna Carta* (1215), Clause 39 of which provided: “No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or

⁵⁰ *United States of America v Shephard* [1977] 2 SCR 1067.

⁵¹ *Ferras* at [19].

deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals, or by the law of the land.”

[77] The Court said of the critical issue:⁵²

Challenging the justification for committal may involve adducing evidence or making arguments on which the evidence could be believed by a reasonable jury. Where such evidence is adduced or such arguments are raised, an extradition Judge may engage in a limited weighing of evidence to determine whether there is a plausible case. The ultimate assessment of reliability is still left for the trial where guilt or innocence are at issue. However, the extradition judge looks at the whole of the evidence presented at the extradition hearing and determines whether it discloses a case on which a jury could convict. If the evidence is so defective or appears so unreliable that the judge concludes it would be dangerous or unsafe to convict, then the case should not go to a jury and is therefore not sufficient to meet the test for committal.

[78] In considering the background to the *Shephard* case the Court observed that:⁵³

Canadian Courts in recent decades have adopted the practice of leaving a case or defence to the jury where there is any evidence to support it, and have discouraged trial judges from weighing the evidence and refusing to put a matter to the jury on the basis that the evidence is not sufficiently reliable or persuasive This may explain the conclusion in *Shephard* that the extradition judge has no discretion to refuse to extradite if there is any evidence, however scant or suspect, supporting each of the elements of the offence alleged. This narrow approach to judicial discretion should not be applied in extradition matters, in my opinion. The decision to remove a trial judge’s discretion reflects confidence that, given the strict rules of admissibility of evidence on criminal trials, a properly instructed jury is capable of performing the task of assessing the reliability of the evidence and weighing its sufficiency without the assistance of the judge. The accused is not denied the protection of the trier of fact reviewing and weighing the evidence. The effect of applying this test in extradition proceedings, by contrast, is to deprive the subject of any review of the reliability or sufficiency of the evidence. Put another way, the limited judicial discretion to keep evidence from a Canadian jury does not have the same negative constitutional implications as the removal of an extradition judge’s discretion to decline to commit for extradition. In the latter case, removal of the discretion may deprive the subject of his or her constitutional right to a meaningful judicial determination *before* the subject is sent out of the country and loses his or her liberty.

(Original emphasis)

⁵² At [54].

⁵³ At [47].

[79] In considering the Canadian line of authorities it is therefore important to bear in mind that the pre *Ferras* jurisprudence, and even the controversy in *Ferras* was informed by the very narrow (“rubber stamp”) approach previously taken to the threshold for committal by that country’s lower courts. *Ferras* was a reassertion of the need to apply in the extradition context a test more akin to the test for committal that applies in New Zealand to committal hearings.

[80] The applicant contends that *Ferras* is authority for the proposition that in an ROC case the Court can only refuse extradition where the person sought establishes that the ROC contains no evidence on a necessary element of the charged offence or where the ROC contains manifestly unreliable evidence. The applicant contends that the weighing of defence evidence against the ROC is not contemplated. However, as appears from those portions of the judgment set out above the role the Supreme Court defines for the extradition Court in *Ferras* is broader than that.

[81] A further obstacle in the way of the applicant’s argument is s 25(4) which states:

Nothing in this section –

- (a) Prevents an exempted country from satisfying the test in s 24(2)(d)(i) in accordance with the provisions of this Act that are applicable to countries that are not exempted; or
- (b) Limits the evidence that may be admitted at any hearing to determine whether a defendant is eligible for surrender.

[82] Mr Pike argues that s 25(4)(b) is not properly construed as enabling a defendant to file evidence. He says s 25(4) contains two rules, both of which apply to the exempted country, which are to be read as reserving to the exempted country the maximum amount of flexibility as to how it goes about proving its case. On this analysis para (a) provides that an exempted country is not to be restricted to a ROC procedure, and can elect not to use it, and (b) is to be read as applying where a ROC procedure has been used and the exempted country wishes to supplement it with additional evidence.

[83] That is not an obvious reading of the provision. The plain reading of it is that the ROC procedure does not limit the evidence which is relevant to the extradition issue which can be filed by either party. I also do not consider that such a reading is

required to enable the ROC procedure to have its intended effect - enabling a simplified and efficient method of placing evidence supporting extradition before the Court. Moreover, a procedure which allows one party freedom to file evidence in a variety of forms but severely restricts the ability of the other to file relevant evidence would not easily be characterised as 'fair'. If the intention had been to so severely limit the extent of defence evidence as suggested by Mr Pike, clear legislative language was required. That was the approach adopted in relation to Part 4 proceedings, which applies to countries with whom New Zealand has the greatest level of comity in extradition matters.⁵⁴ Section 45(5)(a) relevantly provides:

The person to whom the proceedings relate is not entitled to adduce, and the court is not entitled to receive, evidence to contradict an allegation that the person has engaged in conduct that constitutes the offence for which the surrender is sought.

Do the oral evidence provisions of the Summary Proceedings Act affect the nature of the issue?

[84] The applicant also refers to Part 5 of the Summary Proceedings Act and the use of oral evidence orders at committal hearings,⁵⁵ arguing that defence evidence can only be admitted where such an order is obtained.⁵⁶

[85] A committal hearing only takes place when an oral evidence order has been made. Once such an order has been made (allowing one or more witnesses to be orally examined) a committal hearing must take place.⁵⁷ The making of such an order fundamentally changes the nature of the committal process. Section 184G provides that:

When all the evidence has been given at a committal hearing, if the Court is of the opinion that the evidence adduced by the prosecutor is sufficient to put the defendant on trial for an indictable offence, the Court must proceed [to commit the defendant for trial].

⁵⁴ Australia and any designated country.

⁵⁵ Part 5 of the Summary Proceedings Act incorporated into the extradition process by s 22 of the Extradition Act, regulates committal proceedings for indictable offences and s 178 provides for oral evidence orders. (Part 5A has no application in this instance as it deals with the committal process in cases of a sexual nature. Sections 203, 204 and 206 are also not relevant for the purposes of this application).

⁵⁶ Part 5 provides that a standard committal will occur on the papers and without a hearing. At a standard committal the Court must, without considering any evidence that has been filed by the prosecution, commit the defendant for trial: Summary Proceedings Act 1957, s 177.

⁵⁷ Summary Proceedings Act 1957, s 183.

[86] The Extradition Act requires that an extradition hearing proceed as if it were a committal hearing, while the Summary Proceedings Act provides that a committal hearing will only take place when an oral evidence order has been made. In those circumstances, the District Court Judge determined that the necessity to make an oral evidence order did not exist since the only purpose of an oral evidence order is to engage the committal process, and that had already been engaged by the Extradition Act.

[87] I differ from the Judge's analysis in this respect. Oral evidence orders not only engage the committal hearing process, they also define the scope of the oral evidence to be received at the committal hearing. Section 184B provides that the Court must not hear oral evidence at a committal hearing, unless an oral evidence order has been made in relation to the person giving that evidence. This last provision seems to support the applicant's proposition that an oral evidence order is required in respect of each witness to give evidence at an extradition hearing.⁵⁸

[88] I do not think much turns on this point as this procedural requirement cannot alter the nature of the issue for the extradition court. Moreover, s 180 of the Summary Proceedings Act sets out the circumstances in which an application for oral evidence order will be granted. In terms of that provision, the essential test in the extradition context will be whether it is in the interests of justice to hear the witness. If the Court is satisfied that the evidence is relevant to the issue that it has to determine, I can see no reason why it would not allow the evidence to be called. If the evidence is not relevant to that issue the Court will not, consistent with its obligation in the extradition context to conduct focused and expeditious proceedings, make an oral evidence order.

[89] To conclude on this part, there is nothing in the Extradition Act which suggests that where the ROC procedure is adopted the person sought is limited to filing evidence relevant only to the issue of "manifest unreliability" of the ROC. The Act has preserved to persons sought the right to a hearing on the s 24(2)(d)(i) issue, and they may file evidence relevant to it, narrow issue that it is. The applicant's suggested interpretation of the provisions requires a strained reading unsupported by

⁵⁸ Although I have not heard argument on the issue it seems that this requirement would also apply to the applicant.

the purpose of the legislation. I also consider such a reading to be inconsistent with s 27 of the Bill of Rights Act as the extraditable person would not receive a fair hearing on the central issue. To read the Act as the applicant suggests would be to create a lopsided hearing. The applicant would retain flexibility and freedom as to how it presents its case on the s 24(2)(d)(i) issue, including the advantage of the ROC procedure and the ability to call supplementary evidence, whereas the person sought would be limited to attacking the reliability of the ROC or identifying inadequacies in the ROC in response. There seems no principled basis on which the person sought should be so constrained.

[90] I do not therefore consider that the Judge erred in his characterisation of the process surrounding the extradition hearing. Both the issue for determination and the procedure to be followed at the extradition hearing resemble those at a committal hearing. The hearing is adversarial, although the focus of the permitted contest between the parties is the narrow issue framed by s 24(2)(d)(i). In keeping with the principles of comity reflected in the statutory extradition process there is a need to ensure that the issues traversed, and as a consequence, the evidence admitted at the hearing is relevant to the extradition issue. However, if defence evidence is relevant to that issue it may be admitted.

3. Disclosure rights

[91] This brings me to the final, but critical issue for determination, whether the person sought is entitled to disclosure as part of the procedural rights attaching to the extradition hearing.

[92] The applicant challenges Judge Harvey's approach to ordering disclosure. It says that when the nature of both the extradition hearing and the issues for the extradition Judge are properly understood, then the scope for disclosure narrows considerably. Disclosure cannot be ordered of that which is not relevant. If the only way the person sought can resist extradition is to point to an absence of evidence on the critical issue, or to some part of the ROC which should be disregarded as manifestly unreliable, then the only disclosure that can be relevant relates to the reliability of the ROC. The applicant refers to English authority which supports its contention that disclosure in the extradition context is the exception and the

threshold for it is high. The applicant relies upon Canadian authorities which say that, before such disclosure will be ordered, a contention that an aspect of the ROC is “manifestly unreliable” must have an “air of reality”, which means the applicant argues, an evidential foundation, and that the threshold applied by the Canadian Courts in this regard is high. Finally, the applicant submits that it is significant that in no New Zealand decision has disclosure yet been ordered.

Overseas authorities

[93] The applicant refers to *Wellington v The Governor of Her Majesty's Prison Belmarsh & Another*⁵⁹ to support the contention that disclosure is rarely required in extradition proceedings. There, six propositions were stated as applicable to an application for disclosure in the extradition context of which the first five are relevant to the present issue under consideration. Justice Mitting said:⁶⁰

1. It is for the requesting state alone to determine the evidence upon which it relies to seek a committal.
2. The requesting state is not under any general duty of disclosure similar to that imposed on the prosecution at any stage in domestic criminal proceedings.
3. The magistrates' court has the right to protect its process from abuse and the requesting state has a duty not to abuse that process. That is no different from saying that the requesting state must fulfil the duty which it has always had of candour in making applications for extradition.
4. In fulfilment of that duty, the requesting state must disclose any evidence which would render worthless the evidence on which it relies to seek committal.
5. It is for the person subject to the extradition process to establish that the requesting state is abusing the process of court.

...

[94] In approving of those comments, the Privy Council said in *Knowles v Government of the United States of America*:⁶¹

⁵⁹ *Wellington v The Governor of Her Majesty's Prison Belmarsh & Another* [2004] EWHC 418 (Admin).

⁶⁰ At [26]. The sixth proposition related to the ability in the UK context of the requested state to request further evidence pursuant to Orders in Council. It is not relevant for these purposes.

⁶¹ *Knowles v United States of America & Anor* (2006) UKPC 38 at [35].

There are many respects in which extradition proceedings must, to be lawful, be fairly conducted. But a requesting state is not under any general duty of disclosure similar to that imposed on a prosecutor in English criminal proceedings. It does, however, owe the court of the requested state a duty of candour and good faith. While it is for the requesting state to decide what evidence it will rely on to seek a committal, it must in pursuance of that duty disclose evidence which destroys or very severely undermines the evidence on which it relies. It is for the party seeking to resist an order to establish a breach of duty by the requesting state.

[95] The applicant also places particular reliance upon the following statements in *United States v Dynar*:⁶²

Even though the extradition hearing must be conducted in accordance with the principles of fundamental justice, this does not automatically entitle the fugitive to the highest possible level of disclosure. The principles of fundamental justice guaranteed under s. 7 of the *Charter* vary according to the context of the proceedings in which they are raised. It is clear that there is no entitlement to the most favourable procedures imaginable ...

The context and purpose of the extradition hearing will shape the level of procedural protection that is available to a fugitive. In *Kindler v. Canada* ... the position was put by the majority in this way:

While the extradition process is an important part of our system of criminal justice, it would be wrong to equate it to the criminal trial process. It differs from the criminal process in purpose and procedure and, most importantly, in the factors which render it fair. Extradition procedure, unlike the criminal procedure, is founded on the concepts of reciprocity, comity and respect for differences in other jurisdictions.

...

It follows that it is neither necessary nor appropriate to simply transplant into the extradition process all the disclosure requirements referred to in *Stinchcombe* [et al] ... Those concepts apply to domestic criminal proceedings, where onerous duties are properly imposed on the Crown to disclose to the defence all relevant material in its possession or control. This is a function of an accused's right to full answer and defence in a Canadian trial. However, the extradition proceeding is governed by treaty and by statute. The role of the extradition judge is limited and the level of procedural safeguards required, including disclosure, must be considered within this framework.

Procedures at the extradition hearing are of necessity less complex and extensive than those in domestic preliminary inquiries or trials. Earlier decisions have wisely avoided imposing procedural requirements on the committal hearing that would render it very difficult for Canada to honour its international obligations.

⁶² *United States of America v Dynar* (1997) 2 SCR 462 at [128]-[135].

..... The obligation on the Requesting State is simply to establish a *prima facie* case for the surrender of the fugitive and it is not required to go further than this. The committal hearing is neither intended nor designed to provide the discovery function of a domestic preliminary inquiry ...

...

The Requesting State concedes that the fugitive is entitled to know the case against him ... In light of the purpose of the hearing, however, this would simply entitle him to disclosure of materials on which the Requesting State is relying to establish its *prima facie* case.

Mr. Dynar does not argue that he did not receive adequate disclosure of the materials that were being relied upon to establish the *prima facie* case against him. It follows that, in light of the limited nature of extradition hearing, no additional disclosure was required ...

[96] Reference is also made by the applicant to the following statements by the Canadian Supreme Court in *United States v Kwok*:⁶³

The extradition judge may only order the production of materials relevant to the issues properly raised at the committal stage of the process, subject to his or her discretion to expand the scope of that hearing to allow the parties to establish the factual basis for a subsequent *Charter* challenge, when it is expedient to do so, including, obviously, when there is at least an air of reality to the *Charter* claims (*Dynar, supra, per Cory and Iacobucci JJ.*, at para. 141). Requests for disclosure of materials related to issues which properly belong to the executive phase of extradition, and to the judicial review thereof, have no independent relevance before the extradition judge and are subsumed in his or her discretion to hear evidence related to such issues.

In this case the appellant was entitled to know the case against him, including materials upon which the United States relied upon to establish a *prima facie* case. Since the Requesting State was not relying on materials in the possession of Canadian authorities, and in the absence of any indication of bad faith or improper motives on the part of prosecuting authorities, there was no obligation to provide further disclosure of materials requested.

[97] It is significant that both *Dynar* and *Kwok* were decided before *Ferras*, a decision in which the scope of the extradition hearing was reshaped. It is also significant that what was at issue in both cases was the obligation to make disclosure of material the Canadian authorities had gathered at the request of the United States authorities. In *Dynar* it was argued that the lack of disclosure by those authorities was in breach of the Charter. Alternatively it was submitted that Mr Dynar would argue at a new hearing that there had been a violation of his right to be free from

⁶³ *United States of America v Kwok* 2001 SCC 18, [2001] 1 SCR 532 at [100]-[101].

unreasonable search and seizure under s 8 of the Charter because of how the Canadian authorities had gone about collecting evidence. Complete disclosure of the product of the Canadian investigation undertaken at the request of the United States authorities was sought. In *Kwok* disclosure was sought to ground an argument that the Canadian authorities were breaching Mr Kwok's s 6 Charter rights to remain in Canada by declining to prosecute him for the extradition offending in Canada. His challenge was that it was irrational to decline to prosecute him in Canada, rather than surrender him to the United States.

[98] The issues for which disclosure was sought in both *Dynar* and *Kwok* were therefore clearly collateral to the extradition issue. I also note that in *Kwok* it was recognised that the extradition Judge had jurisdiction to order production of materials relevant to issues properly raised at the committal stage of the proceeding. Nevertheless it is the case that since *Dynar* and *Kwok*, the approach to disclosure outlined there has been applied in Canada in cases where the disclosure sought was not collateral to the extradition issue. Some of those decisions also post date *Ferras*,⁶⁴ a case which might be thought likely to have caused a re-think of the issue of disclosure.

[99] I do not find this line of authority particularly persuasive in so far as it relates to disclosure in extradition proceedings on core extradition issues. The comments in *Dynar* and *Kwok*, which arose in relation to truly collateral issues, have been applied in these later decisions as statements of principle with broader application without weight being given to this important distinguishing feature. And reference in *Kwok* to an "air of reality" seems to have been given a significance I doubt was originally intended. In *Kwok* the expression was used in connection with circumstances in which an extradition hearing could be used (for expediency) to explore collateral issues. But it has been applied in at least a few of the cases in the post-*Ferras* line of authorities both as a threshold for the admissibility of defence evidence, and for disclosure in relation to core extradition issues.

[100] Moreover, underpinning the decisions of Courts of the United Kingdom and Canada in relation to disclosure is a concern that to allow disclosure within the

⁶⁴ *Scarpitti v United States of America* 2007 BCCA 498, 228 CCC (3d) 262; *United States of America v Walker* [2008] BCSC 1404; *United States of America v Hulley* [2007] BCSC 240.

context of the committal proceedings will be to convert what is meant to be an expeditious process for the recognition of extradition treaty rights into a prolonged hearing, possibly akin to the occasionally lengthy committal hearings that occurred in New Zealand prior to the recent reforms to the committal process. In my view that risk can be averted by controlling the evidence that is allowed to be called at the hearing. To attempt to control it by severely constraining the information available to the person sought is to use a very blunt instrument and risks an unfair hearing. In some of the cases concern is also expressed that any order for disclosure by a requesting state would purport to give extra-territorial effect to those orders. But since the applicant is a party to the extradition proceedings it is subject to the jurisdiction of the Court, and considerations of extra-territoriality do not arise.

The New Zealand context

[101] The proper starting point for any analysis of the first respondents' rights to disclosure in New Zealand is again the Extradition Act. As I have noted, s 22 of the Act incorporates the committal procedures for indictable offences⁶⁵ and applies provisions of the Summary Proceedings Act to extradition proceedings.⁶⁶ Neither these provisions, nor the Act more generally, indicate an intention to exclude a right to disclosure. To the contrary, there are indications in the Act that disclosure is contemplated, at least in some extradition proceedings. Section 102 is the provision that empowers the making of regulations for the purposes of the Act. Section 102(1)(e) creates a regulation power in respect of the following:

- (e) Prescribing the practice and procedure of District Courts in relation to proceedings under this Act, including (without limitation),—
 - (i) The pre-hearing disclosure of information:
 - (ii) The powers of the court when information required to be disclosed by the regulations is not disclosed or not disclosed in accordance with the requirements specified in the regulations or by the court:
 - (iii) Requiring the person whose surrender is sought to give notice of his or her intention to put a restriction on surrender in issue in the proceedings:

⁶⁵ Extradition Act 1999, s 22(1)(a).

⁶⁶ Extradition Act 1999, s 22(1)(b).

- (iv) The circumstances in which the court may appoint an expert witness, the procedure to be followed after the expert witness is appointed, the rights of the parties in relation to the evidence given by the expert witness, and the manner in which the expert witness is to be remunerated:

[102] Of some significance also is the provision in s 102(2) that:

Regulations made under subsection (1)(e) may provide for different practice and procedure in relation to proceedings under Part 3 than in relation to proceedings under Part 4.

[103] Those provisions give the Executive the ability to adapt, to the particular circumstances of the extradition context, the committal hearing procedures applied by s 22 of the Extradition Act. In the absence of such regulation, however, the implication is that the matters in s 102(1)(e) continue to be treated as they would at a committal hearing. Consequently, it is also relevant that in committal hearings conducted in New Zealand in respect of indictable offences, defendants have the right to disclosure. That right is provided for by the Criminal Disclosure Act 2008. One interpretation of s 22(1)(a) would import into the extradition process provisions of the Criminal Disclosure Act since that Act confers on the District Court power to order disclosure of information in criminal proceedings.⁶⁷ However, I am rather cautious in reaching the conclusion that the Criminal Disclosure Act applies. This was not an argument advanced before Judge Harvey, was not the subject of argument before me, and the issue is not entirely clear cut. It could be argued that the listing of statutory provisions under s 22(1)(b) suggests an intention that only those statutory provisions which are listed form part of the jurisdiction and powers of the Court, and that statutory provisions which are not listed do not. Against that it can be noted that the provisions listed create, to some extent at least, substantive as well as procedural rights. It could also be argued that the regulation making power in relation to disclosure tells against the incorporation of the jurisdiction and powers conferred by the Criminal Disclosure Act. On the other hand, the Criminal Disclosure Act provides that it does not affect or limit other enactments which authorise information

⁶⁷ In the case of proceedings laid indictably, full disclosure is required to be provided, by a prosecutor as soon as reasonably practicable after the defendant has made his or her first appearance in court: Criminal Disclosure Act 2008, s 13. “Prosecutor” is defined to mean the person who is “in charge of the file or files relating to a criminal proceeding”: Criminal Disclosure Act 2008, s 6. If a prosecutor fails to provide the disclosure the court may order that disclosure: Criminal Disclosure Act 2008, s 30.

to be made available.⁶⁸ Regulations, once made, would thus displace the provisions of the Criminal Disclosure Act.⁶⁹

[104] In any case, it is not necessary to decide this issue as the District Court has an inherent power to order disclosure as part of the powers it has to enable it to regulate its own proceedings, and prior to the coming into force of the Criminal Disclosure Act, disclosure was ordered in respect of committal hearings. This much was recognised by Fisher J in *Downey v The District Court*⁷⁰ who said, of the District Court's power to order disclosure for the purposes of committal hearings:⁷¹

[it] is well established that an inferior tribunal has all such powers as may be necessarily incidental to the discharge of those primary functions expressly conferred on it by legislation.

[105] The applicant also relies upon the one New Zealand extradition authority in which the right to disclosure has been addressed. In *Flickinger v Crown Colony of Hong Kong*⁷² Williamson J was asked to review a decision by a District Court Judge refusing disclosure in extradition proceedings. Williamson J noted that none of the authorities on disclosure related to extradition proceedings, and concluded there was no jurisdiction to order disclosure. It seems that counsel in that case did not argue that the District Court's inherent powers created such jurisdiction.

[106] The applicant says that the provision of disclosure would completely undermine the ROC procedure, so that the direction in s 22 to conduct the proceedings in the same manner as a committal hearing must give way to the purposes of the Extradition Act. However, it follows from the view I have taken to the nature of the issue to be determined at the extradition hearing, and the role of the ROC in that hearing, that there is nothing inconsistent between that procedure and the provision of disclosure.

[107] Mr Davison argued that the applicant's concern in relation to disclosure is overblown as there are, in any event, extensive disclosure obligations placed upon

⁶⁸ Criminal Disclosure Act 2008, s 42.

⁶⁹ It is relevant for these purposes that "enactment" as used in s 42 of the Criminal Disclosure Act is defined in s 29 of the Interpretation Act 1999 to mean "the whole or a portion of an Act or regulations".

⁷⁰ See above at n 42.

⁷¹ At 2.

⁷² *Flickinger v Crown Colony of Hong Kong* [1990] 3 NZLR 372 (HC)

the applicant by virtue of s 25(2)(b) which requires that the ROC must contain “other relevant documents, including photographs and copies of documents”. This means that the ROC must contain not only those documents which the requesting country relies upon, but also any other relevant documents.

[108] There are issues of definition that arise in relation to s 25(2). The first is what constitutes evidence “acquired to support the request for the surrender of the person?” Is it only evidence which tends to support the prosecution case, so that the requesting country may include in the ROC only the information it relies upon to support extradition. Or rather, does s 25(2)(a) require a fair summation of all evidence gathered during the course of the investigation? Although the language used is somewhat ambiguous I consider that it means the former. This follows from the rationale for the ROC procedure and from the language of the provision. It was intended to provide a simplified method for the requesting country to meet the evidentiary threshold set by s 24(2)(d)(i). It was not developed as a mechanism for disclosure.

[109] The next issue of definition that arises is what is meant by “other relevant documents” in s 25(2)(b). In construing the meaning of this provision it is significant that the paragraph commences with the word “other”, which assumes that there is some other document referred to in the section. The logical reading is that the summary of evidence described in s 25(2)(a) is the “other document”. When s 25(2)(a) is read in this way, it tends to link (a) and (b), supporting a reading that “other relevant documents” is to be read as “other relevant documents” acquired to support “the request for the surrender of the person.”

[110] Section 25(2) therefore was not intended to create a disclosure regime. But I would qualify that statement as follows: the country seeking extradition must have an obligation of candour which requires it to disclose to the extradition Court in the ROC any evidence gathered which could materially affect the extradition Court’s assessment of whether the threshold has been met. This obligation flows from the

fact that to conceal such evidence could amount to an abuse of the processes of the Court.⁷³

[111] A copy of the ROC was provided to the Judge and was handed to me during the course of the hearing. It is apparent that the ROC as presently comprised does not comply with the requirements of s 25(2), as it does not addend the documents referred to directly or indirectly in the ROC in support of the request for surrender. Mr Pike for the applicant argued that the ROC did comply with s 25. He said that s 25(2)(b) was to be read as to only require the inclusion in the ROC of critical documents such as photographs supporting identification. It is hard to see on what basis s 25(2)(b) can be so read. By its language s 25(2) imposes upon the requesting state an obligation to include within the ROC both a document summarising the evidence acquired to support the request for surrender of the person and also other relevant documents that support that request. This suggests a ROC will typically be comprised of an overview of the case for extradition, a summary of the evidence of witnesses of fact. It will also addend documents which provide the basis for the summary or are referred to in it, those documents thereby becoming admissible without the requirement that their authenticity be proved in accordance with the usual rules of evidence.

[112] This can be contrasted with the Canadian provisions, which provide a discretion in the requesting state to incorporate relevant documents. A decision to make it mandatory for the requesting state to include relevant documents, rather than adopting the Canadian model, reflects a conscious decision on the part of Parliament to impose upon the requesting state an obligation to disclose documents relied upon.

[113] Finally on this point, the applicant argues that to order disclosure impinges upon the criminal trial processes of the requesting country, and says that the Judge erred in failing to refer to the affidavit of Mr Prabhu filed in the proceeding.⁷⁴ Mr Prabhu deposes as to the circumstances in which disclosure will be ordered in the United States. The principal point he makes is that disclosure is not provided until

⁷³ See the observations of Justice Mitting in *Wellington v The Governor of Her Majesty's Prison Belmarsh & Anor* [2004] EWHC 418 (Admin) at [91] above.

⁷⁴ Mr Prabhu is an Assistant United States Attorney with the United States Attorney's office for the Eastern District of Virginia. He is Chief of the Cybercrime Unit.

the defendant has appeared before the Court, or before the defendant's attorney has entered an appearance. He says:

Once a defendant is brought before the Court, the Court can exercise its power and enforce the rules that are designed to ensure a fair trial. Courts in the United States, as they do in New Zealand and elsewhere, rely on comity of Courts overseas not to begin pre-trial proceedings which may have an impact on a case before it comes before the jurisdiction of the Court that is going to try the case.

[114] Moreover he says:

Government attorneys also do not provide disclosure before an attorney enters their appearance in the US because of the ethical obligations of the attorney to protect the confidentiality of its client, the United States.

Finally:

In addition, we would be precluded from disclosing portions of the investigative file without the permission of our Court, pursuant to rules governing the procedure of grand jury materials.

[115] I suspect the Judge did not refer to this affidavit as he did not consider it relevant. I am inclined to the same view. Although disclosure may not have "kicked in" for the criminal proceedings of the requesting state, what is at issue here is the process around the extradition hearing. This is not a pre-trial proceeding on a matter properly for the trial Court but is a hearing required by statute. There is nothing incompatible between disclosure for the purposes of extradition and the requesting state's trial processes. Counsel in New Zealand are also constrained by ethical obligations. To the extent there are particular legal constraints on the release of documents or information, that can be worked through in the disclosure process.

[116] Mr Prabhu also points to the fact that disclosure obligations in the United States are reciprocal. The issue of whether the first respondents would also have disclosure obligations was not addressed in argument before me. Section 176 of the Summary Proceedings Act is in Part 5 of that Act, and therefore applies to extradition proceedings. It obliges the first respondents to disclose any evidence they intend to provide to the court at the extradition hearing. It therefore seems that the first respondents do have disclosure obligations, at least to that extent.

[117] In my view disclosure should be provided by the requesting state. The Act provides the person sought with a right to challenge whether the threshold for extradition has been met before he will be extradited. Consistent with the requirements of s 27 of the Bill of Rights Act to a fair hearing, the person sought should be given access to sufficient information to enable him or her to fully participate in that hearing on an equally informed basis. Without access to materials relevant to the extradition hearing phase, the person sought will be significantly constrained in his or her ability to participate in the hearing and the requesting state will have a significant advantage in terms of access to information. There is an issue as to whether an evidentiary threshold must be met before disclosure will be ordered. Should the requested person be required to show some sort of basis for a challenge to extradition that engages the need for disclosure, before being entitled to it? To require that would be to set a threshold that would rarely be met, a fact which emerges from the Canadian authorities. The person sought will be caught in the catch 22 position that without disclosure any threshold is unlikely to be met. The applicant would argue that that is the intended effect of the statutory scheme for extradition, but I see no reason to construe the Act in that way.

[118] That takes me to the final point, the proper extent of disclosure. This received little attention in the course of the hearing,⁷⁵ but it follows from the reasoning I have set out above that the proper extent of disclosure is that which is relevant to the extradition hearing. It seems to me that by structuring the orders around the elements of the offence, the Judge appropriately limited the scope of the disclosure to that which is relevant to the s 24(2)(d)(i) question. The applicant points to the size of the burden thereby imposed. But on the evidence much of the material is already in electronic format. The size of the task also reflects, as the Judge observed, the complexity of the case. The size of the task in a particular case cannot be permitted to shape the general principle to be applied.

⁷⁵ The applicant's primary submission in this regard was inevitably linked to its primary arguments about the availability of disclosure more generally. It argued that the disclosure ordered, which the District Court Judge described as limited, was in fact general in nature and therefore inappropriate.

D Conclusion

[119] To conclude:

1. The Extradition Act is to be construed in the light of its purpose, the extradition treaty between the United States and New Zealand, and also in the light of the provisions of Bill of Rights Act.
2. The person sought is entitled to the procedural rights protected by s 27 of the Bill of Rights Act to ensure that he or she has a fair hearing. The purpose of the extradition hearing is to decide whether the threshold established for extradition in s 24(2)(d)(i) is met. Therefore, those procedural rights are not of a scale that would be afforded in a full hearing (trial) to determine whether a charge is proved. There is nothing in the ROC provisions procedure which alters the s 24(2)(d)(i) threshold, or which further constrains the procedural rights of the person sought in relation to that hearing beyond any constraints which are explicit in the Extradition Act.
3. The person sought is entitled to adduce evidence which is relevant to that narrow issue. Consistent with the need to ensure that the extradition process is expeditious, the extradition Judge will ensure that only evidence relevant to that issue is produced. The oral evidence application in the Summary Proceedings Act provides a useful procedure for this purpose.
4. Without disclosure the person sought will be significantly constrained in his or her ability to participate in the hearing, and the requesting state will have a significant advantage in terms of access to information.
5. The extradition court does have jurisdiction to order disclosure to ensure a fair hearing because it has all the powers and jurisdiction of a court conducting a committal hearing. Because the applicant is a

party to the proceeding, orders for disclosure does not involve the District Court making orders with extraterritorial affect.

6. The provision of disclosure does not undermine the ROC procedure. Nor is it inconsistent with the conduct of an expeditious and focused extradition hearing. The hearing can be kept within its proper bounds by controlling the evidence that is allowed to be called. To attempt to control it by severely constraining the information available to the person sought is to use a very blunt instrument and risks an unfair hearing.
7. The person sought does not have to establish that any potential challenge to the application for extradition has an “air of reality” before he or she will be entitled to disclosure.
8. Disclosure should be of documents relevant to the extradition phase. The Judge structured the disclosure ordered around the elements of the offences alleged against the first respondents. He did not therefore exceed the proper scope of disclosure for the extradition hearing.

Result

[120] The application for review is dismissed.

Winkelmann J

Appendix – Disclosure ordered by the District Court

1. Criminal breach of copyright

- (a) A copyright ownership element
 - (i) All documents either connected to, related to or evidencing legal ownership of the copyright interest allegedly infringed.
- (b) Infringement element
 - (i) All documents either connected to, related to or evidencing alleged infringement of the copyright interests, including but not limited to:
 - all records obtained or created in connection with the covert operations undertaken by agents involved in the investigations related to these proceedings in transacting and uploading/downloading data and files on the Megaupload site;
 - all records or information and/or material provided to or obtained by the investigating and/or prosecuting agencies in this case from holders and/or owners of copyright interests evidencing alleged infringement of their copyright and/or complaining of such alleged infringement;
 - all records and materials related to communications between relevant copyright holders and Megaupload and/or its employees regarding their copyright interest, the direct delete access provided by Megaupload to any such copyright owners, and any communications between the copyright owners and Megaupload and/or its staff regarding take-down notices;
- (c) Commercial element
 - (i) All/any records or materials or information relating to the operation of the Megaupload rewards scheme for premium users, including but not limited to:
 - all documents containing communications between Megaupload Ltd and/or its employees and the said premium users, including communications regarding the payment of, entitlement to or qualification for rewards; and

- all documents relating to the payment of all/any rewards to “premium” users.

(d) Knowledge/wilfulness element

- (i) All and any documents materials and/or records containing evidence relied upon by the respondent as evidencing or supporting the allegation that the applicant acted wilfully in relation to the infringement of copyright material;
- (ii) All documents evidencing communications between the applicant and all/any of the alleged co-conspirators demonstrating either knowledge or wilfulness on the part of the applicant, or the absence thereof in relation to the deliberate and unlawful infringement of copyright including but not limited to:
 - all emails passing between, exchanged, forwarded, copied (either directly or indirectly) between the applicant and all or any of the alleged co-conspirators; and
 - all telephone and other forms of electronic communication (including Skype) intercepted in the course of the investigation, including both transcripts and electronic recordings of such communications.

2. Money laundering

- (a) All documents allegedly evidencing the transfer and/or handling of funds for the purpose of money laundering.
- (b) All documents containing descriptions of transactions or recording financial transactions undertaken by the applicant (either directly or indirectly) for the purpose of money laundering.

3. Racketeering

- (a) All documents said to evidence the formation and/or existence of an enterprise involved in “racketeering activity”.
- (b) All documents said to evidence participation by the applicant in such an enterprise.
- (c) All documents said to evidence the engagement in “racketeering activity” by the applicant and/or the said enterprise.

4. Wire fraud

- (a) All documents said to evidence that the applicant, by means of any of the specified mechanisms of transmission (see 18 U.S.C. § 1343) by which it is alleged that the applicant received a benefit or caused a loss as a result of false or fraudulent pretences.
- (b) All documents said to evidence the fraudulence and/or falsity of the basis upon which the applicant is alleged to have received a benefit or caused a loss.

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE LICENCIADOS (TERCER NIVEL)

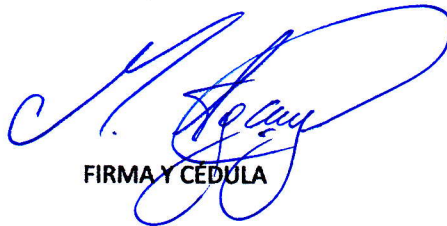
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, **MARIO OSWALDO AGUINAGA VARGAS**, C.I. 1718413170 autor del trabajo de graduación intitulado: **LOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN DERIVADOS DE LAS INFRACCIONES AL DERECHO DE AUTOR EN INTERNET**, previa a la obtención del grado académico de **ABOGADO** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA**:

1. - Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.
2. - Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 05 de mayo de 2014



FIRMA Y CÉDULA

REPUBLICA DEL ECUADOR
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL
IDENTIFICACION Y REGISTRATION

CÉDULA DE CIUDADANIA
171841317-0



APELLIDOS Y NOMBRES
AGUINAGA VARGAS
MARIO OSWALDO

LUGAR DE NACIMIENTO
PICHINCHA
QUITO
SANTA PRISCA

FECHA DE NACIMIENTO 1988-09-12
NACIONALIDAD ECUATORIANA
SEXO M
ESTADO CIVIL Soltero



INSTRUCCIÓN SUPERIOR
PROFESIÓN / OCUPACIÓN ESTUDIANTE

V4433V4444

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
AGUINAGA MARIO ANIBAL

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
VARGAS REINA GENOVEVA

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
QUITO
2010-10-14

FECHA DE EXPIRACIÓN
2020-10-14



000428005



MARIO OSWALDO AGUINAGA

