

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE****LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish version) FORO
LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA - Sesión I: Obtención de
pruebas en formato digital en cárteles****- Contribución de Costa Rica -**

28 y 29 de septiembre de 2020, reunión virtual por Zoom

Se hace circular el documento adjunto elaborado por Costa Rica PARA SU DEBATE en la Sesión I del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 28-29 de septiembre 2020, reunión virtual por Zoom.

Ms. Sra. Lynn Robertson, Gerente Africa/MENA, LACCF ; Experto en Competencia - Lynn.Robertson@oecd.org.

JT03465113

Sesión I: Obtención de pruebas en formato digital en cárteles

- Contribución de Costa Rica -*

1. Introducción

1. Actualmente, nuestra sociedad por medio de las nuevas tecnologías de información realiza sin mayor complejidad transacciones comerciales (e-commerce), se comunica mediante aplicaciones en teléfonos inteligentes, y gestiona sus relaciones personales y hasta empresariales mediante las llamadas redes sociales, generando una necesidad de contar con esta herramienta para actualizarse y adaptarse rápidamente al cambio.
2. Ante esta realidad de información, los medios de prueba tradicionales empiezan a ser desplazados por nuevas fuentes de naturaleza electrónica, pasamos de documentos físicos a documentos digitales almacenados en soportes digitales o en la nube, correos electrónicos, mensajería instantánea por medio de aplicaciones en teléfonos inteligentes, donde hay intercambio de archivos, mensajes de voz y fotografías, entre otros. Asimismo, poco a poco las llamadas a móviles o el uso de la telefonía fija ha ido desapareciendo gracias a estas nuevas aplicaciones de mensajería de texto, las cuales funcionan con solo una buena conexión al servicio de internet.
3. En este sentido, las conversaciones vía Whatsapp, Facebook o Instagram, o cursadas a través de correos electrónicos entre otros, podrían resultar determinantes para que una autoridad de competencia logre comprobar la existencia de prácticas monopolísticas absolutas (carteles de núcleo duro) realizadas entre agentes económicos con el fin de realizar actos colusorios.

2. Facultades para la obtención de pruebas en formato digital.

4. Es función de las Autoridades de Competencia de cada país perseguir este tipo de prácticas que se pueden dar en diferentes materias. En nuestro país existen dos autoridades, la primera es la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM) que es la autoridad nacional encargada de la defensa y promoción de la competencia y libre concurrencia en las demás materias y la segunda es la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) como la autoridad sectorial encargada de la defensa y promoción de la competencia y libre concurrencia en el sector de telecomunicaciones.
5. La COPROCOM y la SUTEL han tenido desde su creación el mandato de legal de sancionar la existencia, según se encuentra consagrado en los artículos 11 de la Ley para la Promoción y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley 7472, y 53 de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642; sin embargo, antes del año 2019 no contaban con todas las herramientas necesarias para la adecuada detección de carteles.
6. Con la promulgación de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736, se faculta a ambas autoridades la posibilidad de realizar inspecciones, previa autorización del Juzgado Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda para inspeccionar establecimientos industriales, comerciales u otras

* Esta contribución fue elaborada por la La Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM) y la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL).

propiedades muebles e inmuebles, cuando sea necesario para recabar o evitar que se pierda o destruya evidencia para la investigación de prácticas monopolísticas absolutas o relativas.

7. Una vez presentada la solicitud y valorada por parte del Juzgado Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda, este autorizará la realización de la inspección, y determinará el alcance, finalidades y lugares que serán objeto de la diligencia.

8. Estas inspecciones proceden en el marco de un procedimiento especial para determinar la existencia de una práctica monopolística absoluta ya sea en fase de investigación preliminar o instrucción, o también cuando se tenga indicios sobre la existencia de evidencia relevante para la investigación, que podría estar en manos de uno o más agentes económicos objeto o no de la investigación y por último, cuando exista peligro de que en ausencia de inspección, la evidencia no pueda ser incorporada a la investigación, incluyendo la posibilidad de su pérdida o destrucción.

9. Señalado el marco de aplicación de las inspecciones por parte de las autoridades, es menester indicar cuál es el alcance de la diligencia durante la inspección. En este sentido, una vez autorizada la inspección por parte del Juzgado, los funcionarios de la autoridad podrán apersonarse en las instalaciones u oficinas de los agentes económicos, donde podrán exigir el acceso a libros de contabilidad, documentos, contratos, correspondencia, archivos, registros de visitas, agendas de trabajadores, correos electrónicos, respaldos digitales de almacenamiento externo y cualquier otra información que conste en documentos físicos o archivos electrónicos, independientemente del formato el tipo de archivo o dispositivo en el que esté almacenado, siempre y cuando esté relacionado con el objeto de la investigación y esté comprendido dentro de la autorización judicial de la inspección.

10. En ese sentido es claro que la Ley 9736 faculta tanto a la COPROCOM como a la SUTEL a recabar pruebas en formato digital en los procesos de investigación y detección de carteles.

11. Es importante mencionar, que los encargados y el personal que labore en los lugares que sean objeto de una inspección estarán obligados a someterse a la diligencia y a colaborar razonablemente, absteniéndose de realizar cualquier acción que injustificadamente interfiera o retrase la diligencia. Asimismo, deberán proporcionar la información y los documentos que le sean solicitados. Para ello, deberán permitir el acceso a oficinas, computadoras, libros, documentos, dispositivos de almacenamiento, archiveros o cualquier otro bien y/o medio físico o digital que pueda contener tal información.

12. Los funcionarios a cargo de la inspección estarán autorizados para entrevistar y requerir información, en el acto, a cualquier trabajador, representante, director o accionista que se encuentre presente durante la visita, con el objeto de indagar sobre la existencia y ubicación de la información y los documentos que sean pertinentes para la investigación. Todos ellos deberán proporcionar cualquier información que sea útil para localizar la información y documentación pertinente.

13. El agente económico o su representante legal puede estar presente durante la diligencia de inspección y puede formular, en el acto, las observaciones que consideren pertinentes sobre las actuaciones de la autoridad, que deberán hacerse constar en el acta respectiva. Asimismo, tendrá derecho a contar con asesoramiento legal durante la diligencia. En caso de no contar con la presencia de los representantes o asesores legales del agente económico durante la inspección no impedirá la realización de esta.

14. Podría suceder que, durante la realización de la inspección surja una sospecha razonable de que, en cualesquiera otros establecimientos industriales, comerciales u otras propiedades muebles e inmuebles del agente económico investigado, se halla evidencia relevante para el objeto de la inspección, que pueda servir para demostrar una práctica

monopolística. Por ello, el Órgano Superior de la autoridad de competencia correspondiente podrá solicitar a la autoridad judicial competente una ampliación de la autorización concedida, para que se realice una inspección en dichos establecimientos o propiedades.

15. Cabe resaltar que, todos los funcionarios de la respectiva autoridad de competencia que participen en la diligencia deberán resguardar la confidencialidad sobre la información que conozcan de previo y durante la diligencia. Así, que la existencia y el contenido de todas las actuaciones, la documentación y los acuerdos que se tomen en relación con la diligencia de inspección, serán confidenciales y calificadas en tal sentido por el Órgano correspondiente, según la etapa en la que se realice la inspección.

16. Ahora bien, sobre la prueba como tal en los procesos de investigación e instrucción seguidos por las autoridades de competencia, el artículo 40 de la Ley 9736 señala que en la etapa de investigación el expediente deberá contener la totalidad de la prueba ofrecida por el denunciante, y si la hay la prueba recabada en la investigación preliminar.

17. El artículo 47 de la misma Ley dispone, que en la etapa de instrucción serán admisibles los medios de prueba permitidos por el derecho público, aunque no sean admisibles por el derecho común, para ello toda la prueba ofrecida por las partes en el escrito de defensa o posterior a este, así como la que gestione el Órgano Instructor, deberá ser incorporada al expediente, debidamente foliada y ordenada cronológicamente conforme a su presentación.

18. Es en este sentido que, en cualquiera de las etapas indicadas, se admite cualquier prueba que sea permitida por el derecho común, la cual será valorada por las reglas de la sana crítica. En el caso de la prueba electrónica el mismo ordenamiento jurídico ha equiparado la prueba documental física a la electrónica, siempre y cuando cumpla con la equivalencia funcional señalada líneas atrás, por lo cual esta prueba también resulta válida en estos procesos.

19. Así, como ya se verá en el apartado siguiente en Costa Rica la prueba electrónica ha sido admitida por autoridades judiciales y administrativas como medios de prueba dentro de los procesos, siendo que existe normativa que otorga equivalencia funcional a los documentos electrónicos como documentos físicos, salvo sus excepciones, las cuales se refieren a que la prueba no haya recabado por los medios establecidos que resulten válidos.

20. La admisión de prueba digital podría ser determinante para la resolución de procesos que confirmen prácticas monopolísticas absolutas entre agentes económicos con el fin de realizar actos colusorios, siendo que conforme a la normativa señalada los documentos electrónicos se les equipara con los documentos físicos siempre y cuando cumplan con la equivalencia funcional. Es claro que hay una evolución de los medios de prueba previamente aceptados, tales como documentos físicos o llamadas telefónicas mediante la intervención judicial en materia penal.

3. Sobre las pruebas digitales en el ámbito del derecho en Costa Rica.

21. Analizada la competencia y el alcance de las facultades que poseen las autoridades de competencia de Costa Rica en materia de inspecciones, es relevante referirnos a la prueba electrónica como tal y como ha sido la aceptación de esta en los procesos de investigación desde administrativos hasta penales en el país.

22. El ordenamiento jurídico costarricense no brinda una definición expresa de los alcances conceptuales de la prueba derivada de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, pese a esto, es claro que a la prueba considerada como electrónica deben

aplicársele todos los elementos, teoría y principios en materia probatoria que aplican a los demás tipo de prueba.

23. Existen varias definiciones al respecto de lo que es la prueba digital, una primera concepción fue en el año 2000 a través del “*Standards and Principles - Scientific Working Group on Digital Evidence*” el Federal Bureau of Investigation (FBI) lo definió como “*aquella información de valor probatorio almacenada o transmitida en forma digital.*”¹

24. Asimismo, se ha conceptualizado como “*la información obtenida a partir de un dispositivo electrónico o medio digital el cual sirve para adquirir convencimiento de la certeza de un hecho.*”²

25. En el 2005, se promulga en Costa Rica la Ley de Certificados, firmas digitales y documentos electrónicos, Ley 8454, cuya aplicación alcanza a toda clase de transacciones y actos jurídicos, públicos o privados, salvo disposición legal en contrario, o que la naturaleza o los requisitos particulares del acto o negocio concretos resulten incompatibles.

26. Lo novedoso de esta ley, es que otorga a los documentos electrónicos un reconocimiento de equivalencia funcional, que se define de la siguiente manera:

“Artículo 3.-Reconocimiento de la equivalencia funcional. Cualquier manifestación con carácter representativo o declarativo, expresada o transmitida por un medio electrónico o informático, se tendrá por jurídicamente equivalente a los documentos que se otorguen, residan o transmitan por medios físicos.

En cualquier norma del ordenamiento jurídico en la que se haga referencia a un documento o comunicación, se entenderán de igual manera tanto los electrónicos como los físicos. No obstante, el empleo del soporte electrónico para un documento determinado no dispensa, en ningún caso, el cumplimiento de los requisitos y las formalidades que la ley exija para cada acto o negocio jurídico en particular.”

27. Asimismo, el artículo 4 de la misma ley, califica a los documentos electrónicos como públicos o privados y tendrán fuerza probatoria en las mismas condiciones que los documentos físicos. El Reglamento a la misma ley, define en el artículo 2 el concepto de documento electrónico como “*cualquier manifestación con carácter representativo o declarativo expresada o transmitida por un medio electrónico o informático*”.

28. En línea con el artículo 3 de la Ley 8454, la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley 8, reafirma el principio de equivalencia funcional en el artículo 6 bis, que reza:

“Artículo 6 bis.- Tendrán la validez y eficacia de un documento físico original, los archivos de documentos, mensajes, imágenes, bancos de datos y toda aplicación almacenada o transmitida por medios electrónicos, informáticos, magnéticos, ópticos, telemáticos o producidos por nuevas tecnologías, destinados a la tramitación judicial, ya sea que contengan actos o resoluciones judiciales. Lo anterior siempre que cumplan con los procedimientos establecidos para garantizar su autenticidad, integridad y seguridad. Las alteraciones que afecten la autenticidad o integridad de dichos soportes los harán perder el valor jurídico que se les otorga en el párrafo anterior.

¹ Federal Bureau of Investigation, Digital Evidence: Standards and Principles (Federal Bureau of Investigation, 2000)

² Prado, J. (2019). La prueba electrónica, un medio de prueba desconocido. En A DEFINITIVAS. Consultado en: <https://adefinitivas.com/wp-content/uploads/2019/04/la-prueba-electronica-un-medio-de-prueba-desconocido-1.pdf>

29. Conforme con la normativa señalada, el ordenamiento jurídico costarricense desde el año 2005 ha definido de esta manera que cualquier manifestación con carácter representativo o declarativo realizada en un medio electrónico, tiene la misma validez que un documento físico.

30. En materia penal costarricense, las fuentes probatorias de naturaleza electrónica son consideradas como documentos. El artículo primero de la Ley sobre registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones (Ley 7425) expresamente indica:

“Artículo 1.-Competencia. Para los efectos de esta Ley, se consideran documentos privados: la correspondencia epistolar, por fax, télex, telemática o cualquier otro medio; los videos, los casetes, las cintas magnetofónicas, los discos, los disquetes, los escritos, los libros, los memoriales, los registros, los planos, los dibujos, los cuadros, las radiografías, las fotografías y cualquier otra forma de registrar información de carácter privado, utilizados con carácter representativo o declarativo, para ilustrar o comprobar algo.”

31. Conforme a lo señalado, la prueba electrónica dentro del proceso penal tiene naturaleza de documento, dado que cumple con el requisito de ser representativo y/o declarativo, que es el elemento constitutivo del documento. Aunado a lo anterior, es importante señalar que aquella prueba electrónica que se encuentre en un dispositivo digital privado tiene carácter de documentación privada, por lo que es susceptible de ser secuestrado dentro del proceso penal por cualquier clase de delito.

32. Un ejemplo de este tipo de prueba en un proceso penal, fue el que se desarrolló en la Resolución 558 del Tribunal de Casación Penal de San Ramón, en el cual se determinó que el *SIM card* contenido en un dispositivo celular se debe tomar como documento. Dicha resolución señaló:

“Ahora bien, en cuanto al concepto de documentos privados no se está ante el concepto tradicional de documento, sino que se parte de un concepto amplio de documento, es decir, como medio en el que se pueden almacenar o registrar cualquier tipo de información privada, toda vez que además de enumerarse los documentos en sentido estricto, como lo son la correspondencia, los libros, los escritos, los memoriales, etc. se habla también de cualquier forma de registrar información de carácter privado, utilizada con carácter representativo o declarativo, para ilustrar o comprobar algo. En el presente asunto no cabe duda de que las tarjetas SIM que se logran extraer de los celulares que se le decomisaron a los imputados constituyen una forma o medio de registrar información de carácter privado, pues por dicho medio -las tarjetas SIM- no sólo existe la posibilidad de almacenar los datos relacionados con el servicio telefónico (datos del teléfono como lo sería el número), sino también otros datos o información de naturaleza privada que pertenece exclusivamente al usuario o dueño del teléfono. Cuando se produce una imposición del contenido de la información almacena en este medio no se está propiamente ante un supuesto de intervención de una comunicación, en la medida en que no se busca conocer lo que una persona habla o habló con otra. Lo único que se busca es conocer el contenido de los datos o de la información que se encuentra almacenada en este soporte electrónico. Lo anterior significa que en este caso se tenía que observar lo previsto en los artículos 2 a 4 de la normativa antes citada, toda vez que en dichos numerales se establece con toda claridad cuáles son las formalidades y el procedimiento que se debe seguir para la realización de esta clase de diligencias. Sobre este particular no se puede olvidar que la Constitución Política reconoce y garantiza a las personas una esfera de intimidad intangible con respecto a los

datos privados, íntimos o sensibles que puedan mantener en diferentes archivos o soportes (electrónicos o no). Esto significa que no pueden violentarse tales registros y que la única forma que existe para que se produzca esta posibilidad lo es a través de la respectiva orden jurisdiccional emitida por la autoridad competente para ello, orden que deberá cumplir con todos los requisitos y las formalidades que se ha previsto en la ley y en la Constitución Política. (...)” (Tribunal de Casación Penal. Voto número 551 de las 10:00 horas del 21 de noviembre del 2008).

33. En cuanto a aplicaciones de mensajería instantánea como *WhatsApp*, también ha sido objeto de prueba en diferentes procesos, por lo que se podría pensar que estas conversaciones, imágenes y hasta documentos que se intercambian son de acceso restringido entre quienes sostienen la conversación (emisor y receptor), y que eventualmente podría violentarse el derecho constitucional del derecho a la intimidad ante el acceso a dichas conversaciones por parte de terceros ajenos a la conversación, sino media un mecanismo de recolección de prueba digital adecuado, como el que dispone la Ley 9736.

34. En particular, la Sala Constitucional en el año 2018 resolvió un recurso de amparo presentado contra la Caja Costarricense del Seguro Social, cuyo argumento fue la violación del artículo 24 de la Constitución Política al presentarse como prueba una conversación sostenida mediante la aplicación *WhatsApp*, sin que mediara una autorización judicial y que por tanto su obtención es de carácter ilícito.

35. Por Voto número 7460 de las 09:45 minutos del 11 de mayo del 2018, la Sala Constitucional resolvió el recurso de amparo en el siguiente sentido:

“III.-Sobre el fondo. En el caso en estudio, el recurrente afirma que en su contra se sigue el procedimiento disciplinario... Reclama que en dicho proceso se utilizó como prueba una conversación por medio de WhatsApp, la cual fue obtenida sin que mediara autorización de un juez. Al conocer un asunto similar al presente, esta Sala dispuso en su sentencia número 2015-13737 de las 12:01 del 28 de agosto de 2015, lo siguiente:

“I.- Objeto del recurso. Alegan los recurrentes que con sustento en comunicaciones privadas que estaban en el grupo del WhatsApp al que pertenecen, el Tribunal de la Inspección Judicial ha iniciado un procedimiento administrativo disciplinario en su contra, lo que consideran lesivo de sus derechos, por lo que piden que se declare con lugar el recurso, con sus consecuencias. (...)”

III.- Sobre el fondo. Como se desprende de autos, el tema que se discute en este amparo, versa sobre una de las nuevas tecnologías que están ahora disponibles para las personas y por ende, con su uso, se empiezan a vislumbrar problemas que acarrear consecuencias cuyos efectos de carácter jurídico, deben ser resueltos, a pesar de que la legislación todavía es escasa en estas áreas novedosas. En el caso concreto, precisamente se está poniendo en conocimiento de la Sala, un efecto ocasionado por el uso de la herramienta WhatsApp, y corresponderá a la Sala entrar a analizar si el alegato que plantean los recurrentes, efectivamente implica una lesión a sus derechos fundamentales a la intimidad y a la privacidad de las comunicaciones. En primer lugar, debe decirse que WhatsApp es una aplicación de mensajería instantánea para teléfonos inteligentes, que sirve para enviar y recibir mensajes mediante Internet, complementando servicios de correo electrónico, mensajería instantánea, servicio de mensajes cortos o sistema de mensajería multimedia. Además de utilizar la mensajería en modo texto, los usuarios de la libreta de contactos pueden crear grupos y enviarse mutuamente, imágenes, videos y grabaciones de audio. Se trata de una herramienta de gran

aceptación a nivel mundial, que (...) continúa creciendo, catalogada en este momento como el servicio de mensajería instantánea por excelencia, el cual llega diariamente a más rincones del planeta, superando los 600 millones de usuarios activos. Por tratarse de un sistema de mensajería disponible para teléfonos celulares, los cuales, sin duda alguna, son de uso personal y privado, la lógica indicaría que ese carácter personalísimo e íntimo abarcaría a esta herramienta, por lo que el contenido que ahí se incluya, es privado, correspondiendo a cada propietario del teléfono y de la información que ahí se contiene, determinar a quien o quienes puede permitir el acceso. Sobre el particular, recuérdese que esta Sala ha sido contundente al señalar que el artículo 24 de la Constitución Política y el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagran el derecho a la intimidad que, entre otras cosas, pretende garantizarle a todo individuo un sector personal, una esfera privada de su vida inaccesible al público, salvo expresa voluntad del interesado; garantía que protege la libertad de las comunicaciones y prohíbe que cualquier persona -pública o privada- pueda interceptar o imponerse del contenido, de manera antijurídica, de las comunicaciones ajenas (ver en tal sentido, entre otras, sentencia número 2014-018952 de las 9 horas 05 minutos del 21 de noviembre del 2014, entre otras). Este numeral se trata de un fuero de protección a la vida privada de los ciudadanos, toda vez que la intimidad está formada por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede turbarla moralmente por afectar su pudor y su recato, a menos que esa misma persona asiente a ese conocimiento. Si bien, no puede menos que reputarse que lo que suceda dentro del hogar del ciudadano es vida privada, también puede ser que lo que suceda en oficinas, hogares de amigos y otros recintos privados, esté en ese ámbito. De esta manera, los derechos constitucionales de inviolabilidad del domicilio, de los documentos privados y de las comunicaciones existen para proteger dicha intimidad, que es un derecho esencial de todo individuo. El domicilio y las comunicaciones solo ceden por una causa justa y concreta. Lo mismo debe suceder con la intimidad en general, pues como lo indica la Convención Americana de Derechos Humanos, en el párrafo segundo del artículo 11: "...nadie puede ser objeto de ingerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación..." (ver en ese sentido, entre otras, la sentencia número 1026-94 las 10 horas 54 minutos del 18 de febrero de 1994). En consecuencia, la tutela del artículo 24 es de tal magnitud, que no es posible el ingreso de autoridad pública a ese ámbito privado, sin orden judicial.

*IV.- (...) También ha quedado acreditado que los recurrentes, a partir de la tecnología que les brinda la aplicación de teléfonos celulares WhatsApp mencionada, formaron un grupo de contactos privado y sólo para el uso personal de sus integrantes, en el que han expuesto imágenes y conversaciones con contenido sexual, las que en apariencia, perjudican a sus compañeras de oficina, las denunciantes. Del expediente disciplinario se desprende que uno de los miembros de ese grupo de Whats App, ha sido quien colaboró con la investigación disciplinaria, y fue quien aportó las imágenes y conversaciones con las cuales se sienten ofendidas las denunciantes; información que ha permitido iniciar la investigación disciplinaria contra los recurrentes por presunto hostigamiento sexual, siendo que esa persona también brindó su autorización para la extracción de tales pruebas de su teléfono celular. Para la Sala, en este caso concreto, **no se requiere de una orden de juez para revisar el***

contenido de las conversaciones telefónicas que en el grupo se hacían, pues fue un integrante de ese grupo de Whats App, quien dio su consentimiento para que el Tribunal de la Inspección Judicial accediere a la información con sustento en la cual se inició la investigación en contra de los recurrentes. Además, colaboró con la investigación disciplinaria, aportó imágenes y conversaciones para ser utilizadas como prueba, así como su autorización para la extracción de su celular, lo anterior, pese a que la información que contenía era de carácter confidencial para los demás integrantes del grupo. Así las cosas, es criterio de este Tribunal, que resulta válido para la Inspección Judicial el acceso a aquellas comunicaciones, pues a pesar de que se trata del ámbito privado, íntimo y confidencial de los integrantes del grupo, uno de los miembros difundió la información y permitió el acceso a ella de forma voluntaria e, incluso, colaboró con la investigación, situación que no puede estimarse como violatoria al derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones, tutelado en el artículo 24 constitucional. En consecuencia, por considerarse que con los hechos alegados no se ha dado una vulneración de los derechos fundamentales de los recurrentes a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, lo procedente es declarar sin lugar el recurso, como al efecto se dispone”.

IV.-Ahora bien, del estudio de los autos se desprende que la conversación por WhatsApp que se cuestiona en el libelo de interposición, fue aportada por una persona que formaba parte de la misma, y que figura como denunciante dentro del procedimiento administrativo 16-17. En virtud de lo anterior, y en aplicación de lo dispuesto en el pronunciamiento citado en el considerando anterior, no resultaba necesario contar con la orden de un juez para poder acceder a dicho mensaje, toda vez que éste fue presentado en forma voluntaria por un sujeto que participó de la conversación en forma directa, y quien dio su consentimiento para que fuera utilizada como prueba en el procedimiento administrativo antes mencionado. Ante dicho panorama, la Sala no considera que exista una lesión al artículo 24 constitucional, por lo que el recurso debe desestimarse.

(...)” (Lo resaltado es intencional)

36. En el caso señalado, es importante destacar dos puntos, el primero sobre la libertad probatoria en la cuanto al ofrecimiento de la conversación por medios electrónicos como prueba y el consentimiento de la parte que se admita como prueba dentro del expediente administrativo.

37. Estos dos puntos fueron determinantes para resolver el recurso, dado que la Sala Constitucional determinó que no se lesionó el artículo 24 de nuestra Constitución Política sobre el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, ya que hubo consentimiento para el acceso a las mismas. De tal forma, carece de fundamento aducir que existe una violación a este derecho, cuando es el propio receptor de la conversación quien utiliza el contenido para sustentar una denuncia en particular.

4. Sobre los ajustes requeridos para la recolección de pruebas digitales en materia del derecho de la competencia en Costa Rica.

38. Finalmente, es importante señalar las acciones que tomarán las Autoridades de Competencia en relación con la implementación de herramientas que coadyuven al análisis y obtención de prueba electrónica.

39. Como parte de las acciones de fortalecimiento institucional, las Autoridades de Competencia han elaborado una Hoja de Ruta de implementación a la Ley 9736, que

constituye un plan a seguir, en la cual se trazan acciones generales y específicas para los siguientes años.

40. La Hoja de Ruta diseñada por ambas autoridades cuenta con tres pilares esenciales, el primer pilar corresponde al fortalecimiento del marco normativo, el segundo pilar atañe al fortalecimiento institucional y por último concierne a la aplicación eficaz de la ley.

41. En el primer pilar, se desarrollan los instrumentos jurídicos secundarios necesarios para garantizar el debido proceso a nivel de los procedimientos internos en las inspecciones. En el segundo pilar, que corresponde al fortalecimiento institucional, se desarrollan las acciones necesarias en cuanto al tema de infraestructura digital que requieren la COPROCOM y la SUTEL para una adecuada aplicación de la Ley.

42. Como se ha desarrollado a lo largo de este documento, la normativa costarricense requiere que para que una prueba sea considerada como válida dentro de un procedimiento administrativo o judicial debe haber sido obtenida por los mecanismos adecuados dispuestos en la Ley.

43. Así, en el caso de las pruebas digitales, a menos que una prueba digital sea aportada al procedimiento directamente por alguna de las partes del procedimiento, se requiere de una autorización judicial para su respectiva recolección, a través de un procedimiento de inspección no anunciada.

44. En estos procesos de inspección se requiere asimismo respetar elementos esenciales del debido proceso, entre ellos: contar con mecanismos adecuados de extracción y resguardo, garantizar la cadena de custodia de la prueba, entre otros

45. Para garantizar lo anterior se requiere contar con instrumentos adecuados, no sólo a nivel normativo, incluyendo procedimientos internos y guías que garanticen que las inspecciones no anunciadas donde se recopile este tipo de información y documentos respeten todos los principios procesales necesarios, sino también a nivel de instrumentos tecnológicos adecuados para la captación de información digital en el marco de este tipo de inspecciones no anunciadas.

46. Durante los años 2020 y 2021 la COPROCOM y la SUTEL esperan desarrollar las guías y manuales necesarios para poder aplicar la facultad de llevar a cabo inspecciones sorpresa, los que incluirían la captación de evidencia digital, particularmente relevante para la persecución de carteles.

47. Mientras que como acción general, relacionada con la dotación de capacidades tecnológicas, en la citada dicha Hoja de Ruta se ha incluido la adquisición de *hardware* y *software* necesario para análisis forense digital, labor que está a cargo de ambas autoridades para su aplicación particular, así como el diseño propio del sistema. Dicha acción espera ser ejecutada en el 2023 mediante un proceso de contratación administrativa para la adquisición y asignación de los sistemas a cada una de las dos autoridades.

48. Una vez que se cuenten con las capacidades normativas e informáticas necesarias se considera que tanto la SUTEL como la COPROCOM estarán en la capacidad de recolectar de la mejor manera y en apego a los principios jurídicos vigentes en el país prueba de carácter digital.

Bibliografía

Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica (Ley 9736)

Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos y su reglamento (Ley 8454)

Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley 8)

Ley de Promoción de la Competencia y Defensa efectiva del consumidor (Ley 7472)

Ley General de Telecomunicaciones y su reglamento (Ley 8642)

Ley sobre registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones (Ley 7425)

Tribunal de Casación Penal. Voto número 551 de las 10:00 horas del 21 de noviembre del 2008

Sala Constitucional. Voto número 7460 de las 09:45 minutos del 11 de mayo del 2018

Federal Bureau of Investigation, Digital Evidence: Standards and Principles (Federal Bureau of Investigation, 2000)

Prado, J. (2019). *La prueba electrónica, un medio de prueba desconocido*. En A DEFINITIVAS.

<https://adefinitivas.com/wp-content/uploads/2019/04/la-prueba-electronica-un-medio-de-prueba-desconocido-1.pdf>