

BITCOIN Y SU USO EN EL LAVADO DE ACTIVOS: UNA MIRADA A LA EXPERIENCIA EURO-BRASILEÑA

*BITCOIN AND ITS USE IN MONEY LAUNDERING:
A LOOK AT THE EURO-BRAZILIAN EXPERIENCE*

JHONATAS PÉRICLES OLIVEIRA DE MELO

Doutorando em Estado de Direito e Governança Global pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca – USAL, Espanha. Mestre em Direito Penal (2020) pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca – USAL, Espanha. Especialista em Direitos Humanos e Estudos Críticos do Direito pelo Conselho Latino-Americano de Ciências Sociais – CLACSO, Argentina (2018). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA (2018). Especialista em Teoria Jurídica do Delito pela Universidade de Salamanca – USAL, Espanha (2015). Bacharel Interdisciplinar em Humanidades pela Universidade Federal da Bahia – UFBA (2013). Advogado Criminalista. ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-4676-5995].
jhonatasmelo@usal.es

Recebido em: 24.03.2021

Aprovado em: 03.05.2021

Última versão do autor: 16.06.2021

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Financeiro e Econômico; Digital

RESUMEN: Las criptomonedas son un tema bastante debatido en la actualidad. Junto al interés creciente de la población en la novedad de esta tecnología, surgen discusiones por parte de los países y las autoridades estatales con respecto a las medidas de regulación y la posibilidad de utilizar las criptomonedas como medio para cometer el delito de lavado de activos. En este artículo, hago una aproximación al bitcoin, la criptomoneda más conocida y utilizada en la actualidad, y a la manera como sus características pueden definir su posible empleo como medio para el delito de lavado de activos. Esta investigación hace una mirada a las herramientas de *soft law* y *hard law* creadas en el ámbito de la Unión Europea, para comprender cómo los países que la componen

ABSTRACT: Cryptocurrencies are a hotly debated topic nowadays. In addition to the growing interest of the population in the novelty of the technology, there are discussions by countries and state authorities regarding regulatory measures and the possibility of using cryptocurrencies as a means to commit money laundering. In this article I make an approach to bitcoin, the most known and used cryptocurrency nowadays, and how its personal characteristics can define its possible use as a means for money laundering. The research takes a look at the soft law and hard law tools created in the European Union to understand how those countries are approaching the regulation of cryptocurrencies, highlighting elements of the Spanish and Brazilian

están planteando las medidas de (des)regulación de las criptomonedas, puntuando elementos de la experiencia española y brasileña. También se evidencia, a través de algunos ejemplos, la plena posibilidad de uso de bitcoins en el delito de lavado de activos y los desafíos de regulación del sector, aclarando la irracionalidad y desproporcionalidad de propuestas legislativas que aboguen por su criminalización.

PALABRAS CLAVE: Criptomonedas – Bitcoin – Lavado de activos – Criminalización – Regulación.

experience in this field. It also shows through some examples the full possibility of using bitcoins in the crime of money laundering and the challenges of regulating the sector, clarifying the irrationality and disproportionality of legislative proposals that advocate its criminalization.

KEYWORDS: Cryptocurrencies – Bitcoin – Money laundering – Criminalization – Regulation.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceitos fundamentais. 3. Principais características do bitcoin. 4. Alguns instrumentos internacionais de *soft law* y *hard law* con relación al bitcoin en la Unión Europea. 5. Análisis de la legislación de España y Brasil con respecto a las criptomonedas. 5.1. El escenario de las criptomonedas en España. 5.2. Propuestas de regulación de las criptomonedas en Brasil. 6. El uso indebido de las criptomonedas y el lavado de activos. 6.1. El caso *Silk Road* (ruta de la seda). 6.2. El caso Virus de la Policía en la llamada "Operación Ransomware". 7. Breves conclusiones. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Las criptomonedas ya son una realidad en todo el mundo. Desde el surgimiento del bitcoin en 2008, con el artículo intitulado "*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*" de autoría atribuida a Satoshi Nakamoto¹, cada vez más la sociedad escucha hablar sobre las criptomonedas en los medios de comunicación. En el comercio, muchos la utilizan ya como medio de inversión o incluso como medio de cambio, es decir, como moneda en un sentido amplio. El trabajo de NAKAMOTO ha sido publicado en un foro de criptografía de Internet, generando una serie de discusiones por parte de los expertos en tecnología. Desde entonces, se puede decir que es un marco en la historia de las criptomonedas.

El bitcoin surge, por casualidad o no, después de una gran crisis financiera que empezó en los Estados Unidos, en agosto de 2007, con las hipotecas "*subprime*" (de bajo precio y gran riesgo) y en septiembre de 2008, con la quiebra del Banco Lehman Brothers² que generó problemas socioeconómicos en todo el mundo.

1. NAKAMOTO, 2008.

2. El Banco Lehman Brothers era el cuarto más grande de inversión en EE.UU. y tenía cerca de 680 mil millones de dólares estadounidenses custodiados. Para comprender qué pasó con Lehman Brothers y la crisis de 2008 véase: RAMONET, 2008, pp. 05-28.

La llamada *Crisis del siglo*³ generó consecuencias y daños en varios países, cómo la quiebra de algunos de los bancos de inversión más grandes del mundo, aumentos absurdos de las tasas de desempleo, hambre, problemas económicos y sociales. Lo que empezó como una crisis financiera en EE.UU., poco tiempo después se convirtió en un problema de proporciones internacionales que no se ha restringido al ámbito financiero.

En un intento de simplificar al máximo el contenido del bitcoin, en este momento, se puede decir que su creación buscaba una moneda independiente que no sufriera intervenciones de los Estados ni de los bancos, ya que es totalmente administrada y desarrollada por sus usuarios, sin la necesidad de terceros para mediar el proceso. Se puede decir también que fue un intento claro de no sufrir los mismos daños que las monedas de curso legal sufrieron en la gran crisis de 2008.

En ese sentido, los defensores de las criptomonedas, que en general son favorables a una desreglamentación económica y financiera en el mercado, afirman que una de las cosas que quedaron claras después de la crisis de 2008 es que las personas no tienen ningún control sobre su dinero y se mantienen como verdaderos rehenes de los gobiernos y los grandes sistemas bancarios que dictan la valoración o desvalorización de las monedas⁴.

Pasados más de diez años de la creación del bitcoin, hoy en día ya existen cerca de 6000 (seis mil) criptomonedas en el mundo. Sin embargo, el bitcoin sigue siendo el más aceptado y utilizado, teniendo un dominio de 67% del mercado y 154,55 mil millones de dólares en capitalización. Las otras criptomonedas (altcoins) juntas representan 23% del mercado y 76,12 mil millones de dólares en capitalización⁵.

Con el desarrollo tecnológico y la utilización cada vez mayor de las criptomonedas, el escenario financiero empieza a cambiar su forma de actuación en el mundo. En la actualidad, con el uso de tarjetas de crédito y débito, los pagos con el móvil y las cuentas digitales, la utilización del dinero en su forma tradicional (en efectivo) parece disminuir día tras día⁶. Es decir, poco a poco, estamos

3. *Op cit.* p. 11.

4. En ese sentido véase ULRICH, 2014, pp. 39-40.

5. Los datos presentados están disponibles en el sitio “<https://coinlib.io/>” y fueron accedidos el 17.11.2019.

6. En ese sentido, es importante percibir que “poco más de 90% de la totalidad del dinero ya circula de manera virtual”, comprobando que el dinero físico es utilizado en una pequeña cantidad. Cf. PARANÁ, p. 83.

reemplazando la manera como nos relacionamos con el dinero en su forma tradicional y en nuestros bolsillos empezamos a llevar solo tarjetas de crédito o débito y nuestro móvil. En un futuro próximo, tal vez llevaremos solo el móvil o apenas un pequeño chip bajo la piel para hacer pagos en restaurantes, farmacias, etc.⁷

Las criptomonedas se presentan como una tecnología del futuro y ya vemos algunos reflejos de su utilización en la actualidad, los pequeños cambios en el ámbito financiero. Todavía no podemos garantizar o delimitar su alcance o influencia en los próximos años, sobre todo por los avances aún desconocidos en ese ámbito.

Esto provoca diversas discusiones en torno de las criptomonedas, especialmente con relación a los riesgos de su utilización y su empleo indebido para cometer crímenes, más específicamente delitos financieros como el lavado de activos, teniendo en cuenta las características específicas particulares que forman parte de esta tecnología.

Varios países y sectores de la sociedad ya se han manifestado con respecto a la utilización de las criptomonedas – en especial el bitcoin – y los riesgos de su empleo en el lavado de activos. Las posiciones son muy diversas y varían desde una concepción más liberal de completa imposibilidad de reglamentación o criminalización de las criptomonedas por sus características particulares a otras propuestas más conservadoras que abogan por la prohibición del bitcoin o la criminalización de las criptomonedas por sus riesgos inherentes u otras más moderadas que aceptan su utilización con algún tipo de reglamentación estatal.

Se añade al escenario de inseguridad y descreencia las noticias que salen en los medios de comunicación sobre algunos casos donde ocurrieron fraudes, estafas y utilización de bitcoins en el lavado de activos. Estos casos se pueden encontrar desde el surgimiento del bitcoin en 2008 hasta los días de hoy. Por lo tanto, las autoridades en el mundo están en constante preocupación con esta nueva tecnología que, por su propia naturaleza, suele avanzar de manera más rápida que la comprensión social sobre su complejidad, sus riesgos y la mejor manera de utilizarla.

7. Lo que puede parecer futurista ya es una tecnología utilizada en pequeña escala en la actualidad. El microchip NFC (*Near Field Communication*) del tamaño de un grano de arroz y que funciona como las tarjetas de proximidad o *contactless* ha sido implantado en más de 4000 personas para la realización de tareas, cómo hacer pagos, comprar alimentos o abrir puertas. En ese sentido véase: https://www.abc.es/sociedad/abci-chip-autoimplantado-mano-permite-converterse-ciborg-60-euros-201806080248_noticia.html. Acceso en 07.06.2021.

En ese contexto, el tema de las criptomonedas todavía es algo que se presenta como novedoso para las personas en general y su posibilidad de utilización indebida como medio para el lavado de activos genera bastante discusión y dudas, máxime por el desconocimiento sobre el funcionamiento y las características específicas de esta tecnología.

2. CONCEPTOS FUNDAMENTALES

Es necesario exponer algunos conceptos fundamentales sobre el funcionamiento de las criptomonedas y del bitcoin, específicamente, para comprender mejor el fenómeno que se va a presentar; y posteriormente discutir si esta nueva tecnología puede ser utilizada o no como medio para el lavado de activos.

La primera criptomoneda surgió en 2008, hoy en día ya hay una gran variedad de tipos y cada vez son más aceptadas por parte de la sociedad, que busca distintas maneras de utilizar esta nueva tecnología. Existe cierta discusión por parte de los especialistas con relación al carácter de monedas, en sentido estricto, de las criptomonedas. Pero, adentrarse en esa discusión no sería posible ni necesario para los objetivos de este artículo. Sin embargo, es importante presentar algunas concepciones importantes sobre esta temática.

Las criptomonedas han sido definidas por el Banco Central Europeo como una “*representación digital de valor, no emitida por un banco central, institución de crédito o emisor de dinero electrónico, que, en algunas ocasiones, puede ser utilizada como una alternativa al dinero*”⁸. Es decir, pueden ser utilizadas como alternativa al dinero pero no son consideradas dinero de curso legal⁹.

El Banco Central de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores presentaron un informe en 2018, opinando que las criptomonedas no están respaldadas por un Banco Central u otras entidades públicas, aunque se puedan presentar como una alternativa al dinero legal, pero con características muy distintas. O sea: “1) *No es obligatorio aceptarlas como medio de pago de deudas u otras obligaciones; 2) Su circulación es muy limitada; 3) Su valor oscila fuertemente, por lo que no pueden considerarse un buen depósito de valor ni una unidad de cuenta estable*”¹⁰.

A su vez, el legislador europeo ha emitido una primera definición normativa, mediante la Directiva 2018/843, de 30 de mayo, presentando el concepto de las criptomonedas como una:

8. EUROPEAN CENTRAL BANK, 2015, p. 25.

9. MIRANDA; VIANNA, 2020, p. 277.

10. CNMV & BDE, 2018.

“representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central ni por una autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda establecida legalmente, que no posee el estatuto jurídico de moneda o dinero, pero aceptada por personas físicas o jurídicas como medio de cambio y que puede transferirse, almacenarse y negociarse por medios electrónicos.”¹¹

Analizando ahora el ámbito brasileño, el Banco Central emitió en 2017 el Comunicado n. 31.379 de 16.11.2017¹², siguiendo en cierta medida, y correctamente, la misma postura adoptada por la Directiva 2018/843 de la Unión Europea, en el que se afirma que las criptomonedas:

“No son emitidas ni garantizadas por ninguna autoridad monetaria, por lo que no se garantiza que se conviertan a monedas de curso legal, ni están respaldados por activos reales de ningún tipo, siendo todo el riesgo soportado por sus usuarios. Su valor deriva exclusivamente de la confianza dada por los individuos a su emisor.”

En el mismo comunicado, el Banco Central brasileño también ha afirmado que las criptomonedas no se confunden con la definición de moneda electrónica de la Ley 12.865, de 09 de octubre de 2013¹³, ya que no tienen respaldo en Real – moneda de curso legal en Brasil – o en otras monedas de curso legal de gobiernos soberanos.

De esa manera, se pueden adoptar las concepciones anteriores y añadir que las criptomonedas son medios de cambio que pueden ser centralizadas o descentralizadas, que utilizan la tecnología *Blockchain* –o cadena de bloques– con herramientas criptográficas y operaciones matemáticas para validar y garantizar la privacidad y seguridad en todas las transacciones efectuadas.

Después de presentar las líneas generales sobre el concepto de las criptomonedas, me centro ahora en el bitcoin, por ser el más conocido y utilizado en la actualidad. Así pues, es importante exponer su concepción y funcionamiento por tratarse de una nueva tecnología, así como los aspectos más relevantes desde una mirada jurídico-penal.

11. DIRECTIVA 2018/843 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, 2018.

12. BRASIL. Banco Central, 2017.

13. En ese sentido establece el art. 6º, VI de la Ley 12.865, de 09 de octubre de 2013 que “Art. 6 A los efectos de las normas aplicables a los arreglos y a las instituciones de pago que pasen a formar parte del Sistema Brasileño de Pagos (SPB), en virtud de la presente Ley, se consideran: VI - moneda electrónica: recursos almacenados en un dispositivo o sistema electrónico que permiten al usuario final realizar una operación de pago.

En este sentido, se puede conceptuar el bitcoin como un tipo de criptomoneda, que funciona exclusivamente en el ámbito digital, descentralizada (no regulada ni emitida por ningún gobierno), cuyo valor lo determinan los usuarios en el mercado, sin intermediarios, con una cantidad limitada¹⁴. Las operaciones se realizan directamente entre los usuarios (*peer-to-peer* o *P2P*) en un sistema de autenticación y validación de las transacciones basado en un registro público y distribuido, que se puede proyectar como un libro de contabilidad (*ledger*)¹⁵, denominado *Blockchain* (o cadena de bloques) y contiene el historial de todas las transacciones efectuadas.

A su vez, la *blockchain* es la tecnología que está por detrás del bitcoin, cuya posibilidad de utilización no se restringe a las criptomonedas¹⁶. La *blockchain* es como un libro de contabilidad pública y distribuida en el que todas las transacciones de los usuarios quedan registradas eternamente¹⁷. Estas transacciones son transmitidas a través de programas “*software*” y son confirmadas por los mineros¹⁸. Después de la confirmación de las transacciones, las operaciones son agregadas al “*bloque*” de la *Blockchain* y es casi imposible que sean borradas o sustituidas. Todas las transacciones con bitcoin son grabadas en la *Blockchain* con un número de referencia específico, así como su fecha y la cantidad, pudiendo ser consultadas por todos en cualquier momento.

Las personas pueden hacer transacciones con bitcoins a través de programas o aplicaciones instalados en sus dispositivos electrónicos, como computadora,

14. El Bitcoin tiene una emisión limitada a 21 millones de unidades, pero puede ser fraccionada en unidades más pequeñas para facilitar su comerciabilidad. Para una profundización en el tema, véase: BEDECARRATZ SCHOLZ, 2018.

15. PEREZ LOPEZ, 2019, p. 79.

16. La tecnología Blockchain puede ser utilizada en una multitud de campos, como en el campo de las criptomonedas, en el campo de sistemas de notarios de registro de nombres, para desarrollo de sistema de pagos, mejorar las transacciones bancarias, etc. Para profundizar en el tema véase: VALARROIG MOYA; PASTOR SEMPERE, 2018.

17. En ese sentido, se afirma que “a modo de ejemplo, sería como el libro inventario de una empresa donde se contabilizan todas las cuentas de activo y pasivo”. Cf. GUAITA MARTÍNEZ; CARRACEDO GARNATEO. 2019, pp. 41-60.

18. Los mineros son un grupo de personas que resuelven problemas matemáticos de complejidad creciente con sus computadoras y softwares específicos y, con ello, desarrollan los registros, la validación de las transacciones y crean nuevos bitcoins. Por las resoluciones de los problemas, los mineros obtienen una recompensa, es decir, ganan una fracción de bitcoin por el trabajo realizado y por poner a disposición de la red sus recursos computacionales. Para profundizar en el tema véase: NAVARRO CARDOSO, 2019, pp. 4-6.

Tablet, móvil, etc. Cada usuario posee una clave privada – es como la contraseña secreta de acceso a una cuenta bancaria – y una clave pública – dirección única e irrepetible. Eso es lo que genera el control sobre los bitcoins que se almacenan en una cartera – también llamada monedero o *wallet*.

Una cuestión muy relevante es que las claves públicas de las transacciones son almacenadas en la *Blockchain*, es decir, todos pueden tener acceso a las transacciones desarrolladas en determinada clave pública. Sin embargo, el problema para los agentes de seguridad es que es muy difícil vincular la dirección de una cartera a su propietario, porque para eso es necesario tener la clave pública y la clave privada. Esta característica genera cierta preocupación por parte de las autoridades por el riesgo de anonimato en la utilización indebida de bitcoins con la finalidad de lavado de activos, por ejemplo. Por eso, es imprescindible presentar algunas de sus características más relevantes para aclarar algunas cuestiones que generan dudas sobre el tema.

3. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL BITCOIN

Las principales características del bitcoin que generan discusión en la doctrina¹⁹ sobre la posibilidad de su utilización para el lavado de activos, y que se puede afirmar que parten de cierto consenso por parte de la doctrina son: a) La descentralización; b) El carácter transfronterizo; c) el pseudoanonimato.

De inicio, la descentralización de bitcoins comprende la completa ausencia de un control o fiscalización por parte de las instituciones estatales, como bancos centrales, instituciones fiscalizadoras, controladoras y reguladoras, y también de instituciones privadas, como los bancos, por ejemplo. De esa manera “la creación, transferencia y control de las monedas virtuales se efectúa con total independencia”²⁰ y para que eso ocurra, solo es necesario que las transacciones sean validadas por los mineros – que están dispersos en todas partes del mundo – y grabadas posteriormente en la cadena de bloques.

Se puede decir que el bitcoin y las criptomonedas, en general, tienen un carácter transnacional, siendo otro de sus importantes elementos, ya que permiten que sus usuarios efectúen operaciones en todo el mundo, transfiriendo libremente

19. En ese sentido véase: PEREZ LOPEZ, 2019. SILVEIRA, 2018, 2020. BOTTINO; TELLES, 2018.

20. BEDECARRATZ SCHOLZ, 2018, p. 87.

cualquier cantidad de monedas virtuales, de forma rápida²¹, barata²² y tan sencilla como enviar un correo electrónico. No existen fronteras para las criptomonedas y estas no están vinculadas o ubicadas en ningún territorio soberano²³.

Eso conlleva al surgimiento de riesgos en la utilización indebida de bitcoins con la finalidad de transferir activos provenientes de actividades ilícitas e incluso de lavado de activos. Además, está el hecho de que, por ser una tecnología exclusivamente digital, el uso de las criptomonedas como medio para cometer delitos presenta las características de la ciberdelincuencia. Es decir, son efectuadas por transacciones rápidas, con real posibilidad de distanciamiento entre el infractor y el local del delito, por la ausencia de fronteras en Internet, y por las dificultades para definir la jurisdicción competente para juzgar la infracción e indispensable cooperación jurídica internacional para perseguir los hechos y facilidad de eliminación u ocultación de las pruebas del delito.²⁴

La tercera característica que se suma a las anteriormente presentadas es el pseudoanonimato. Existe cierto ruido con relación al anonimato del bitcoin, ya que se atribuye el uso indebido de las criptomonedas como medio para cometer delitos principalmente a este aspecto. Pero, sigo parte de la teoría que entiende que el bitcoin no es anónimo, sino pseudoanónimo o parcialmente anónimo. Me explico. Las operaciones con bitcoins no son anónimas, en el sentido estricto de la expresión, pues se puede descubrir los datos del emisor y receptor de la moneda virtual (claves públicas) bien como la fecha y la hora de la transacción, puesto que todo es almacenado de manera pública y transparente en la Blockchain²⁵. Las

21. CONESA LAREO, 2019, p. 04. En el artículo, el autor cuestiona la idea de rapidez de las transacciones con las criptomonedas, aclarando que tardan en media 10-50 minutos.

22. CONESA LAREO. *Op cit.* p. 05. El autor afirma que las criptomonedas tienen un bajo coste de transacción para grandes cantidades y un coste proporcionalmente más grande para pequeñas cantidades y que no se puede garantizar que en el futuro seguirán presentando esa característica por las dificultades cada vez más desafiantes en el proceso de la minería.

23. SILVEIRA, 2020, pp. 02-14. En el artículo el autor llama la atención para la virtualidad de las criptomonedas, que generará uno de los principales problemas para el Derecho penal económico -“trilema penal econômico”- específicamente en los delitos de lavado de activos, fraude fiscal y evasión de capitales.

24. PEREZ LOPEZ, 2019, p. 96-97.

25. En ese sentido, se dice también que se puede obtener información sobre “historial de transacciones, así como del flujo del dinero, *cash-out*, conectividades, zona horaria y geolocalización aproximada del dueño” NAVARRO CARDOSO, 2019. pp. 4-6. Otra

transacciones quedan eternamente grabadas en la cadena de bloques y el acceso a las informaciones es público y libre a todos los interesados.

Se puede afirmar, sin embargo, que existe una gran privacidad en las transacciones con bitcoins por el uso de seudónimos, lo que genera un gran interés por parte de los criminales. Pero la identidad de una persona puede ser vinculada a una clave pública “*bitcoin adress*” a través de las plataformas de negociación de criptomonedas²⁶, disminuyendo así el ámbito del anonimato del bitcoin. En ese sentido, así como los intermediarios financieros tradicionales, que son los bancos y las casas de cambio, las *exchanges* de criptomonedas deberán ser obligadas a cumplir con los reglamentos que exigen medidas de identificación de los nuevos usuarios “*Know Your Costumer*”, prácticas de diligencia debida, programas de cumplimiento, manutención de las transacciones en la base de datos y reporte de operaciones sospechosas a las autoridades reguladoras, adoptando así las actuales medidas utilizadas en el mundo con relación a la prevención del lavado de activos, a lo que me referiré detenidamente a continuación.

Con la presentación del funcionamiento de las criptomonedas y de las características más relevantes del bitcoin, es necesario presentar otras cuestiones que siguen generando bastante duda y aprehensión por parte de las autoridades nacionales e internacionales, principalmente con relación a la utilización indebida en actividades delictivas, como el lavado de activos.

4. ALGUNOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE *SOFT LAW* Y *HARD LAW* CON RELACIÓN AL BITCOIN EN LA UNIÓN EUROPEA

La preocupación de las autoridades internacionales con relación a las criptomonedas, y en especial con relación a la utilización del bitcoin como herramienta para el lavado de activos, ha suscitado un estudio por parte del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) que desarrolla y promueve políticas y acciones para proteger el sistema financiero mundial contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo, estudia medidas de refuerzo a la cooperación jurídica internacional²⁷, y desde 2014, presenta informes sobre las criptomonedas,

forma es a través de la dirección IP “*internet protocol*” que identifica específicamente el dispositivo conectado en la red mundial de computadores.

26. Las casas de cambio de criptomonedas o *exchanges* son entidades privadas que prestan servicios de compraventa, cambio e incluso almacenamiento de criptodivisas. En ese sentido véase: GUAITA MARTÍNEZ; CARRACEDO GARNATEO, 2019. p. 62.

27. En ese sentido véase LÓPEZ BARRERO, 2019. pp. 64-96.

exponiendo los riesgos de esta nueva tecnología y una serie de recomendaciones para los países en este ámbito.

En ese sentido, en 2014, el GAFI emitió un informe sobre las monedas virtuales y sus principales riesgos²⁸. De inicio, el informe presenta una serie de definiciones y términos técnicos con relación a esta nueva tecnología para facilitar la discusión sobre el tema y el análisis de sus riesgos y beneficios potenciales. El GAFI también ha afirmado, en síntesis, que las criptomonedas representan una práctica de riesgo en su utilización como medio para el lavado de activos y la financiación terrorista porque preservan un mayor anonimato de sus usuarios, por su alcance transnacional y por la actual falta de reglamentación, regulación y fiscalización por parte de los países.

Casi un año después, el GAFI presentó, en junio de 2015, las “Directrices para un enfoque basado en riesgo para monedas virtuales” con un análisis más amplio y profundizado sobre las criptomonedas y sus riesgos para el lavado de activos y la financiación del terrorismo. La directiva tuvo como principal objetivo identificar las entidades que participan de actividades relacionadas con las criptomonedas, aclararles a los cambiadores de monedas virtuales las recomendaciones del GAFI y ayudar a las autoridades nacionales a desarrollar propuestas de reglamentación o proyectos de ley en el ámbito de las criptomonedas²⁹. El GAFI desarrolló una evaluación de riesgo en la directiva de 2015 y llegó a la conclusión de que las plataformas de negociación de criptomonedas “*exchanges*” o cualquier otra institución en que las criptomonedas se cruzan con las monedas de curso legal deben ser reguladas bajo las recomendaciones de antilavado de activos establecidas por el GAFI y por las normativas internacionales³⁰.

La directriz de 2015 del GAFI presenta, en síntesis, las siguientes medidas de prevención al lavado de activos y financiación del terrorismo a través de la utilización de las criptomonedas: La inclusión de las *exchanges* en el elenco de sujetos obligados establecidos por el artículo 2.1.3 de la Directiva 215/849 del Parlamento Europeo y Del Consejo³¹; la necesidad de que las *exchanges* funcionen bajo un

28. GAFI, 2014.

29. GAFI, 2015.

30. BOTTINO; TELLES, 2018, p. 172. Los autores proponen también ampliar el rol de los sujetos obligados a los programas antilavado de activos a las grandes corporaciones transnacionales que acepten criptomonedas, como Apple, Microsoft, Amazon, etc.

31. DIRECTIVA (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, 2015. Relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, establece en su art. 2.1.3 que “Art. 2: 1. La presente

registro y una licencia de los países en los que están ubicadas, que exijan datos fiables de sus clientes y mantengan los registros de las transacciones y, cuando sea necesario, reporten las actividades sospechosas; el desarrollo de cooperación y coordinación nacional en el ámbito de la prevención al lavado de activos con las Unidades de Inteligencia Financiera de los países “UIF”; que los países tengan sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas en el ámbito penal, civil o administrativo para los sujetos obligados que dejan de cumplir con los requisitos impuestos; y la necesidad de prácticas de cooperación internacional eficiente y eficaz para ayudar a otros países a combatir el lavado de activos en ese ámbito.

Las recomendaciones anteriormente presentadas por la directriz de 2015 del GAFI prometen reducir, en gran medida, los riesgos de lavado de activos con las criptomonedas por centrarse en las obligaciones de las *exchanges* y en las medidas de cooperación nacional e internacional.

Siguiendo las recomendaciones del GAFI y una serie de estudios desarrollados por las autoridades internacionales, en mayo de 2016, el Parlamento Europeo publicó una Resolución sobre las monedas virtuales en la que habló de los riesgos de su utilización por las características que presentan y de la necesidad de pensar en la posibilidad una reglamentación y de establecer un marco jurídico de las criptomonedas que pudiera acompañar los avances tecnológicos en este ámbito y garantizar una respuesta oportuna y proporcionada a su utilización indebida³².

Directiva se aplicará a las siguientes entidades obligadas: 1) las entidades de crédito; 2) las entidades financieras; 3) las siguientes personas físicas o jurídicas, en el ejercicio de su actividad profesional: a) los auditores, contables externos y asesores fiscales; b) los notarios y otros profesionales del Derecho independientes, cuando participen, ya actuando en nombre de su cliente y por cuenta del mismo, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria, ya asistiendo en la concepción o realización de transacciones por cuenta de su cliente relativas a: i) la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, ii) la gestión de fondos, valores u otros activos pertenecientes al cliente, iii) la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores, iv) la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas, v) la creación, funcionamiento o gestión de fideicomisos, sociedades, fundaciones o estructuras análogas; c) los proveedores de servicios a sociedades y fideicomisos que no estén ya contemplados en las letras a) o b); d) los agentes inmobiliarios; e) otras personas que comercien con bienes únicamente en la medida en que los pagos se efectúen o se reciban en efectivo y por importe igual o superior a 10 000 EUR, ya se realicen en una transacción o en varias transacciones entre las que parezca existir algún tipo de relación; f) los proveedores de servicios de juegos de azar».

32. Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de mayo de 2016, sobre monedas virtuales. Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2016-0228_ES.pdf. Acceso en: 08.06.2021.

Dos años después de la Resolución de 26 de mayo sobre monedas virtuales, se publicó la Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018 por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, así como las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE. También llamada “Quinta Directiva”, es la primera herramienta de *hard law* en el ámbito de la Unión Europea sobre las criptomonedas, es decir, ha sido la primera acción legislativa que impone obligaciones de implementación en ese sentido a sus países miembros³³.

La Quinta Directiva presenta, en materia de lavado de activos, una serie de disposiciones sobre las criptomonedas, adoptando las recomendaciones anteriores formuladas por el GAFI y las autoridades internacionales. En ese sentido, se incluye la definición ya mencionada de lo que se entiende por “moneda virtual” y se establece, en síntesis, la obligación de las *exchanges* de registrarse ante los estados miembros para realizar sus actividades, así como la obligación de hacer la identificación de los clientes e informar actividades sospechosas a las autoridades.³⁴ También determina la inclusión de las *exchanges* y de los proveedores de servicios de custodia de monederos o *wallets* en la lista de sujetos obligados a la diligencia debida y a deberes de información que antes eran atribuidos exclusivamente a las instituciones financieras, conforme dispone el art. 2.1.3 de la Dir. 2015/849³⁵.

El legislador europeo, por lo tanto, ha comprendido los avances que pueden ser generados por esta nueva tecnología y, con base en los estudios y discusiones

33. DIRECTIVA (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018 por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, así como las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE.

34. En ese sentido véase: LÓPEZ BARRERO, 2019. pp. 91 y ss.

35. PEREZ LOPEZ, *Op cit.*, p. 108-114. El autor hace un análisis crítico sobre la propuesta de extensión del rol de sujetos obligados relacionados con las criptomonedas en la Directiva 2018/849 del Parlamento Europeo y su posible ineffectividad en el combate al lavado de activos. Comprendiendo la cuestión, RUANO MOMOCHALES, 2018, p. 25, entiende que “La premisa sobre la que se asienta la inclusión de estos nuevos sujetos obligados es que, si bien este problema no se va a erradicar, las autoridades competentes resultan facultadas, a través de las entidades obligadas, para vigilar su uso, obtener información que les permitan asociar las direcciones de las monedas virtuales a la identidad del propietario y favorecer, en su caso, la posibilidad de que los usuarios realicen autodeclaraciones a las autoridades designadas”.

generados anteriormente, presentó medidas de control y reglamentación de la actividad en el sentido de disminuir los riesgos del empleo indebido de las criptomonedas para la utilización en actividades ilegales, como el lavado de activos y la financiación del terrorismo.

En junio de 2019, el GAFI presentó una nueva publicación con relación a las criptomonedas, intitulada “Orientación para un enfoque basado en el riesgo para los activos virtuales y proveedores de servicios de activos virtuales”³⁶ en la que recomienda que los llamados proveedores de servicios de activos virtuales³⁷ sean obligados a reglamentación y licencia por parte de los países y que sean sometidos a un sistema eficaz de supervisión. También recomendó que exijan y mantengan las informaciones de los clientes en todas las transacciones financieras, como el nombre y el número de cuenta del remitente y el nombre y número de cuenta del beneficiario. Estas medidas tienen el potencial de disminuir el grado de anonimato en las transacciones e intentan mitigar los riesgos de utilización de las criptomonedas con la finalidad de lavado de activos.

El GAFI, desde su primera directriz sobre las criptomonedas en 2014, viene acompañando la evolución de los estudios sobre esta tecnología y cada vez más establece medidas efectivas para la reducción de los riesgos de la utilización indebida de las monedas virtuales como medio para el cometimiento de lavado de activos y financiación del terrorismo. Pero, hasta el momento, no ha recomendado directamente la criminalización de las criptomonedas por parte de los países, por entender la dificultad de legitimación y efectividad de esa medida y también por la posibilidad de utilización de las criptomonedas exclusivamente en la clandestinidad, lo que convertiría el Derecho penal en una herramienta meramente simbólica y sin efectos prácticos³⁸.

En ese sentido, lo que se recomienda a los países es un enfoque constante basado en el riesgo y adopción de medidas para regular a los proveedores de

36. FATF, 2019.

37. Según la definición del GAFI, *Op. Cit.* p. 57: “los proveedores de servicios de activos virtuales son cualquier persona física o jurídica que no está cubierta en otra parte de las Recomendaciones y, como empresa, realiza una o más de las siguientes actividades u operaciones para o en nombre de otra persona física o jurídica: (i) intercambio entre activos virtuales y monedas fiat; ii) intercambio entre una o más formas de activos virtuales; iii) transferencia de activos virtuales; iv) custodia y/o gestión de activos virtuales o instrumentos que permiten el control sobre activos virtuales; y v) participación y provisión de servicios financieros relacionados con la oferta de un emisor y/o venta de un activo virtual”.

38. SILVEIRA, 2018. p. 173.

servicios de activos virtuales, así como la supervisión y el monitoreo de las actividades. El GAFI también ha afirmado que continuará desarrollando un estudio anual de la actividad y que presentará recomendaciones direccionadas a las autoridades policiales y de operación sobre medidas de identificación y formas de investigación de actividades ilegales con relación a las criptomonedas³⁹.

5. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN DE ESPAÑA Y BRASIL CON RESPECTO A LAS CRIPTOMONEDAS

5.1. *El escenario de las criptomonedas en España*

En la actualidad, todavía no existe ningún tipo de medida legislativa o reglamentaria con relación a las criptomonedas. Pero, algunas autoridades regulatorias del país ya se han pronunciado sobre el tema y han emitido informes con relación a la utilización de esta nueva tecnología, sobre la naturaleza de las criptomonedas y los riesgos que pueden generarse por el uso indebido para el lavado de activos.

El Banco de España, por ejemplo, emitió un informe en enero de 2014 intitulado “Divisas o Monedas Virtual: El caso de Bitcoin”⁴⁰ en el que señalaba una serie de riesgos en la utilización del bitcoin, como su posible utilización para la financiación de actividades ilícitas – especialmente el lavado de activos – por su carácter descentralizado, su anonimato y su aspecto transnacional, así como los riesgos de desestabilización del sistema financiero, de fraude a los consumidores y otros, lo que representaba en este momento una toma de postura de cierta desconfianza con relación a la utilización de esta criptomoneda por parte de la autoridad financiera española.

En enero de 2018, el Banco de España ha publicado una nota en conjunto con la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre las criptomonedas y las ofertas iniciales de criptomonedas “ICOs” en la que advertía a las personas con relación su utilización como inversión, por sus riesgos de variación de precio y por sus patrones que más parecían una burbuja especulativa. En el comunicado conjunto también se llamaba la atención sobre las “ICOs” que pueden ser la emisión de nuevas monedas virtuales o emisión de derechos de divisa “tokens” que se ponen a la venta a cambio de criptomonedas, por la completa ausencia de registro, autorización o verificación por los organismos de supervisión en España,

39. FATF, 2018.

40. GORJÓN, 2014.

MELO, Jhonatas Péricles Oliveira de. Bitcoin y su uso en el lavado de activos: una mirada a la experiencia euro-brasileña. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 183. ano 29. p. 171-198. São Paulo: Ed. RT, setembro 2021.

lo que, como se ha dicho, podría generar una serie de riesgos de fraude para los consumidores⁴¹.

En el ámbito jurisprudencial, en 2019, el tema de las criptomonedas ha llegado por primera vez al Tribunal Supremo de España – Sala de lo Penal –, que ha confirmado la Sentencia n. 326/2019 de la Audiencia Provincial de Madrid. En el caso, el autor ha sido condenado a dos años de prisión por un delito de estafa con bitcoins, así como a la obligación de indemnizar a la víctima en euros por el valor correspondiente a los bitcoins estafados, en el momento de la finalización del contrato.

La decisión del Tribunal Supremo llama la atención hacia algunos aspectos importantes: a) Se ha afirmado, en síntesis, que “bitcoin no es algo susceptible de retorno, puesto que no se trata de un objeto material, ni tiene la consideración legal de dinero”; b) Que el bitcoin no es sino un “activo patrimonial inmaterial, en forma de unidad de cuenta definida mediante la tecnología informática y criptográfica denominada Bitcoin, cuyo valor es el que cada unidad de cuenta o su porción alcance por el concierto de la oferta y la demanda en la venta que de estas unidades se realiza, a través de las plataformas de trading Bitcoin”; c) y por último, que “el Tribunal de instancia no puede acordar la restitución de los bitcoins, siendo adecuado reparar el daño e indemnizar los perjuicios en la forma que se indicó en la sentencia de instancia, o sea, retornado a los perjudicados el importe de la aportación dineraria realizada (daño)”.⁴²

Los argumentos expuestos en la decisión del Tribunal Supremo, de que el bitcoin no es un objeto material, ni tiene el estatus legal de dinero pueden considerarse acertados, teniendo en cuenta las características de la tecnología que garantizan su inmaterialidad y virtualidad. Tampoco puede considerarse dinero, desde una perspectiva legal, ya que no cumple con los requisitos establecidos por la teoría estatal de la moneda, adoptada en la mayoría de los países en la actualidad. No obstante, determinados aspectos de la decisión relacionados a la tecnología de las criptomonedas son pasibles de críticas, por ejemplo, la afirmación de que la venta de bitcoins ocurre exclusivamente en las “plataformas de trading”, o que se ya han creado 21 millones de bitcoins. Dichas afirmaciones seguramente serán objeto de modulación en el futuro, ya que no corresponden con la realidad.

Lo cierto es que, hasta el momento, salvo algunas manifestaciones de las autoridades financieras, de entidades privadas o de decisiones judiciales, como la

41. BDE Y CNVM, 2018.

42. En este sentido, véase: TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. Sala de lo Penal, Sección 1ª. Sentencia núm. 326/2019 de 20 junio. RJ 2019\2925.

que se ha expuesto anteriormente, no existe ningún tipo de reglamentación, Ley o normativa específica con relación a las criptomonedas y el bitcoin en España, generada por una actitud de cautela del legislador nacional frente a los aspectos todavía nuevos de esta tecnología. En la práctica, esto hace que las monedas virtuales sigan siendo permitidas y utilizadas por las personas físicas y jurídicas como un medio de cambio, inversión y, desafortunadamente, también en contextos de utilización indebida, siendo usada como medio para el lavado de activos y otros delitos.

5.2. *Propuestas de regulación de las criptomonedas en Brasil*

Brasil es uno de los países que actualmente intenta reglamentar las criptomonedas. En 2015 se ha propuesto el Proyecto de Ley 2303⁴³ disponiendo la inclusión de las criptomonedas y los programas de millas aéreas en la definición de “medios de pago” bajo la supervisión del Banco Central de Brasil (BACEN), que hasta el momento sigue en tramitación en el Congreso.

Con relación al PL 2.303/2015 se afirma que el uso de las criptomonedas es cada vez más frecuente en las operaciones financieras y que a pesar de no tener, en general, una reglamentación nacional o internacional, existe una creciente preocupación de las autoridades con respecto a las transacciones efectuadas que se basan exclusivamente en la criptografía y la tecnología *Blockchain*⁴⁴.

Por ello, propone en el art. 1º del proyecto una modificación del inciso I del art. 9º de la Ley 12.865/2013 con respecto a los “medios de pago” y la inserción de las monedas virtuales y los programas de millas aéreas en la lista de los que están bajo la reglamentación del BACEN. También propone en el art. 2º que se añada un párrafo al art. 11 de la Ley 9613/1998 - que dispone sobre el lavado de activos en Brasil- en el sentido de que las monedas virtuales y los programas de millas aéreas estén en rol de personas obligadas que deben tener una especial atención por los riesgos presentados por las operaciones financieras.

Se ha formado una comisión especial destinada a emitir un parecer sobre el PL n. 2.303/2015 y el 13 de diciembre de 2017 se ha presentado un parecer

43. BRASIL. Câmara de Deputados. Projeto de Lei n. 2303/2015, 2015.

44. Según GUAITA MARTÍNEZ y GARRACEDO GARNATEO, *Op. Cit.* p. 48. “*Blockchain* o cadena de bloques es una tecnología que permite la transferencia de datos digitales con una codificación muy innovadora y segura” y se basa en cálculos matemáticos y utilización de criptografía para las transacciones. Se puede decir que esta tecnología tiene como elementos principales la descentralización, transparencia, abertura, autonomía, inmutabilidad y el anonimato.

sustitutivo al Proyecto inicial afirmando ser contrario a la comercialización, intermediación y aceptación de las criptomonedas como medio de pago para liquidación de obligaciones en el país. Para eso, propone la creación en el Código Penal de un tipo específico que criminaliza la utilización de criptomonedas en Brasil⁴⁵.

En el parecer sustitutivo se ha afirmado que “*cabe a nosotros, apenas, evitar que tales monedas sean ofertadas a la población, causando serios problemas en el ámbito de la defensa de la economía popular y de la defensa del consumidor*”⁴⁶ y cree que las criptomonedas presentan riesgos por su descentralización, por el desconocimiento de la identidad real del creador del bitcoin⁴⁷, por el proceso de especulación en torno de las criptomonedas y por último, el riesgo de fraude o estafa en los negocios del tipo pirámide.

En el parecer sustitutivo también se ha afirmado que el Banco Central brasileño emitió el Comunicado n. 31.379 de 2017 en el que expone los “*riesgos derivados de operaciones de almacenamiento y negociación con las criptomonedas*”⁴⁸ y que el Banco Central Europeo ha afirmado que las criptomonedas son como aventuras y que, por eso, incumbe a los bancos centrales de los países la emisión de monedas locales para contener el avance de las tecnologías alternativas⁴⁹.

Y, por último, el referido parecer sustitutivo afirma, con respeto a las criptomonedas, que “*decidimos tomar posición por la prohibición de su emisión, en territorio nacional, así como vedar su comercialización, intermediación e incluso su aceptación como medio de pago para liquidación de obligaciones en el País*”⁵⁰. Para

45. *Op. Cit.* En particular véase el Parecer del Diputado Expedito Netto en la comisión especial del Proyecto de Ley n. 2.303 de 2015.

46. *Op. Cit.* p. 10-11 del Parecer del Diputado Expedito Netto en la comisión especial del Proyecto de Ley n. 2.303 de 2015.

47. Todavía no se conoce la verdadera identidad de la persona por detrás del seudónimo Satoshi Nakamoto. Algunas teorías dicen que es una persona, otros que es un grupo de criptophunks o cryptoanarquistas, pero en realidad nadie ha probado la identidad del posible creador del bitcoin.

48. BRASIL. Banco Central do Brasil. Comunicado n° 31.379 de 16/11/2017 que alerta sobre los riesgos derivados de operaciones de guarda y negociación de las denominadas monedas virtuales. 2017.

49. *Op. Cit.* En particular, véase el Parecer del Diputado Expedito Netto en la comisión especial del Proyecto de Ley n. 2.303 de 2015. p. 10.

50. *Op. Cit.* Parecer del Diputado Expedito Netto en la comisión especial del Proyecto de Ley n. 2.303 de 2015. p. 10-11.

ello, propone un sustituto al Proyecto de Ley inicial en el que contiene un tipo penal específico, criminalizando las criptomonedas⁵¹.

Es decir, si se aprueba el sustituto del Proyecto de Ley 2303/2015, la legislación penal brasileña pasará a criminalizar la conducta del que, sin autorización legal, emita, intercambie, almacene para terceros o efectúe cambio de criptomonedas por moneda de curso legal en el país o de moneda extranjera, afectando así a todos los usuarios de criptomonedas, las plataformas de negociación –*exchanges*–, diversos establecimientos que aceptan las monedas virtuales como medio de pago por bienes, servicios y otros.

El tipo penal propuesto en el parecer de la Comisión Especial del Proyecto 2303/2015 se encuentra en el rol de los delitos contra la fe pública, Título X (arts. 289 a 311-A), más específicamente en el capítulo primero de los crímenes de moneda falsa (arts. 289-292) del Código Penal Brasileño. Se puede decir que el intento de criminalización de las criptomonedas presentado se muestra como una decisión extrema e, incluso, irracional, una vez que considera el uso delictivo como una característica intrínseca de las criptomonedas⁵² y crea un delito de peligro abstracto con la tipificación. En ese sentido, entiendo que esa no es la mejor opción adoptada por el poder legislativo brasileño ya que no se puede considerar que las criptomonedas tienen una exclusiva finalidad de cometimiento de delitos.

Es importante poner de relieve que, desde la perspectiva del Derecho comparado, la Unión Europea no ha tomado ninguna medida en el sentido de recomendar a sus países miembros la criminalización de las criptomonedas y el GAFI tampoco sugiere la necesaria criminalización de las monedas virtuales. Es decir, la decisión del legislador brasileño se presenta como irracional desde una perspectiva tanto interna como internacional.

51. “Art. 292. El que emita, sin permiso legal, nota, billete, tarjeta, cupón o título que contenga una promesa de pago en efectivo al portador o en la que falte indicación del nombre de la persona a que se deba pagar: Pena: detención, de uno a seis meses o multa. § 1º La misma pena se aplica a aquellos que, sin permiso legal, emitan, medien el intercambio, almacenen para terceros, efectúen cambio por moneda de curso legal en el país o moneda extranjera, moneda digital, moneda virtual o criptomoneda no emitida por el Banco Central de Brasil. § 2º No incurre en la conducta prevista en el § 1º de este artículo aquel que emita, medie el intercambio, almacene para terceros o realice cambio por moneda de curso legal en el país en un entorno restringido, en la red mundial de computadoras, en forma de sitio web o aplicación, ambas bajo responsabilidad del emisor, con el único fin de compra de bienes o servicios propios o de terceros. (...)”

52. En ese sentido, véase PEREZ LOPEZ, *Op. Cit.* p. 93.

El sustituto del PL n. 2303/2015 también desconsidera las manifestaciones de las autoridades brasileñas con relación a las criptomonedas, como el Banco Central de Brasil que, en 2014, publicó el Comunicado n. 25.306 de 19.02.2014 en el que esclareció el nuevo escenario de esta tecnología y los riesgos provenientes de la adquisición de las llamadas monedas virtuales y de la posibilidad de su utilización indebida en actividades ilegales, bien como los riesgos de fraude en las transacciones en este ámbito. También ha afirmado que las monedas virtuales en aquel momento no representaban un riesgo para el sistema financiero brasileño, por lo que la posición adoptada por el BACEN sería la de acompañar la evolución de la utilización de las criptomonedas y las discusiones y estudios en el ámbito internacional con relación a su naturaleza, propiedad y funcionamiento⁵³.

En 2017, el BACEN publicó un nuevo informe, el Comunicado n. 31.379 de 16.11.17, en el que presenta un alerta sobre los riesgos del almacenamiento y las negociaciones con las monedas virtuales, ya que en ese periodo el órgano percibió el interés cada vez mayor de los actores socioeconómicos con relación a las criptomonedas. El BACEN reiteró los riesgos de la compraventa con fines de especulación, así como la posibilidad de utilización indebida de criptomonedas en actividades ilegales como el lavado de activos. También afirmó su compromiso con el apoyo a las innovaciones financieras basadas en nuevas tecnologías que puedan generar un ambiente con una mayor eficiencia y seguridad para los usuarios. Y una vez más, aseguró que las monedas virtuales no representaban, en aquel momento, riesgos para el sistema financiero brasileño, por lo que la posición adoptada sería la misma presentada en el Comunicado n. 25.306 de 19.02.2014⁵⁴.

Es importante mencionar también que la Comisión de Valores Mobiliarios (CVM)⁵⁵ y el Consejo Administrativo de la Defensa Económica (CADE)⁵⁶, hablan de la necesidad de un modelo de reglamentación específico para las criptomonedas, que sea capaz de inhibir su uso indebido como medio para prácticas ilegales, especialmente el lavado de activos y de que las plataformas de negociación sean sometidas al rol de sujetos obligados y a las normas de *compliance*⁵⁷

53. BRASIL, 2014.

54. BRASIL. Banco Central do Brasil. Comunicado 31.379 de 16/11/2017. 2017.

55. Véase: La materia confeccionada por la CVM puede ser accedida en el siguiente sitio web: <https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/initial-coin-offering--ico--a0e4b1d10e5a47aa907191d5b6ce5714>. Acceso el 09.06.2021.

56. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Inquérito n. 08700.003599/2018–95.

57. Sobre la necesidad de implementación del *Compliance* en las plataformas de negociación de criptomonedas véase: BELLO; SAAVEDRA, 2018, pp. 251-272.

establecidas por la Ley n. 9.613 de 03.03.1998⁵⁸. Pero, en ningún momento abogan o recomiendan la criminalización de las criptomonedas, ya que el hecho de que un mercado sea nuevo y no tenga reglamentación no puede significar que sea un mercado ilícito⁵⁹. Estas son posiciones, como se percibe, en sentido distinto a la propuesta existente en el proyecto sustitutivo del Proyecto de Ley n. 2303/2015 que intenta criminalizar las criptomonedas.

Además del Proyecto de Ley n. 2303/2015, Brasil posee otras iniciativas posteriores en el ámbito legislativo con relación a las criptomonedas, pero hasta el momento no hay ninguna medida efectiva para la regulación de la actividad, por lo que la compra, venta, inversión e intermediación de criptomonedas sigue siendo una actividad legal en el país.

Como se ha dicho, las criptomonedas presentan sus riesgos, beneficios y maleficios, como toda tecnología, lo que sigue siendo objeto de discusión y estudio en todo el mundo. Pero, la tutela de bienes jurídicos y la fiscalización de los riesgos se puede hacer a través de mecanismos de control estatales menos invasivos y más eficaces que el Derecho penal, respetando así las garantías y los derechos fundamentales en un Estado Democrático de Derecho. Eso también garantiza el respeto a los avances tecnológicos y los cambios positivos que pueden ser generados con su utilización, siguiendo el ejemplo de otros países que están desarrollando en el ámbito administrativo la reglamentación de las criptomonedas y a través de la cooperación internacional constante, que puede disminuir sobremanera los problemas de la utilización indebida del bitcoin y de otras criptomonedas en el lavado de activos y otras actividades ilegales.

6. EL USO INDEBIDO DE LAS CRIPTOMONEDAS Y EL LAVADO DE ACTIVOS

Gran parte de las discusiones internacionales y cierto miedo expresado por una parte de la sociedad con relación a las criptomonedas, con énfasis en el bitcoin, pueden ser explicados por el hecho de que, pasados poco más de diez años desde su surgimiento en 2008, ya ocurrieron diversos casos en todo el mundo en

58. BRASIL. Lei n. 9.613 de 03.03.1998, que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF; e dá outras providências. Los sujetos obligados están en el art. 9 y las obligaciones son presentadas en los artículos 10 y 11 de la referida ley.

59. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Inquérito n. 08700. 003599/2018–95.

que las monedas virtuales fueron utilizadas en un contexto de actividades ilícitas, especialmente como medio para el lavado de activos.

6.1. El caso Silk Road (ruta de la seda)

El caso más famoso de utilización de criptomonedas en un contexto delictivo es el llamado *Silk Road*, o ruta de la seda, que ocurrió entre 2011 y 2013. *Silk Road* fue un sitio web creado por el estadounidense Ross William Ulbricht, conocido en el mundo virtual por el seudónimo de “Dread Pirate Roberts”.

Operado desde la *deep web* (a través de red oculta TOR⁶⁰), el sitio intermediaba miles de transacciones anónimas de compraventa de bienes y fue utilizado por varios narcotraficantes y otros vendedores de contrabando de sustancias ilícitas. Los productos eran comercializados entre los compradores y vendedores en la *Silk Road* por medio del bitcoin y cientos de millones de dólares fueron lavados por los propietarios del sitio web mediante estas transacciones ilegales.

A finales de 2013, Ross Ulbricht fue arrestado por la policía y acusado de ser el creador y administrador de la *Silk Road*. En 2015, fue condenado a cadena perpetua por los delitos de lavado de activos, hackeo de ordenadores y conspiración para el narcotráfico. También fueron condenados Robert M. Faiella, más conocido por el seudónimo “BTCKing”, y Charlie Shrem, fundador de la casa de cambio “Bitinstant” por su participación en el esquema de lavado de activos por medio de bitcoins en el sitio web⁶¹.

6.2. El caso Virus de la Policía en la llamada “Operación Ransomware”

Otro caso conocido en el que se han utilizado las criptomonedas como medio para el lavado de activos es el denominado Virus de la Policía. Ese virus de tipo “*ransomware*” empezó a infectar los ordenadores de las víctimas en 2011, mostrando un mensaje para que estas creyesen que se trataba de una acción punitiva de bloqueo del ordenador generada por la policía, como resultado de una supuesta conducta ilícita cometida por las víctimas en Internet, en cuanto hacían clic en un sitio web infectado con el virus⁶².

60. La Red TOR es un sistema que encripta datos enviados a través de Internet, usando servidores intermediarios para encubrir la dirección IP «*internet protocol*» de una persona o sitio web.

61. En ese sentido véase: SILIPRANDI; LOPES, 2019. pp. 87-88.

62. En el cuerpo de los mensajes, por ejemplo, aparecía, en síntesis: “Atención. Fue detectado un caso de actividad ilegal. ¡El sistema operativo fue bloqueado por violación

Existió un gran número de víctimas en España, pero en realidad el ataque con el virus afectó personas en varios países del mundo⁶³. Para desbloquear los ordenadores, según el mensaje del virus, las víctimas tenían que pagar 100 euros mediante un código de prepago que, en seguida, era lavado por los criminales y convertido en criptomonedas, en especial, bitcoins. Y para que la víctima creyese que su ordenador estaba siendo rastreado, se mostraba la dirección IP en la pantalla, el país y la ciudad en que estaba, por medio de la geolocalización. En 2013, la Policía Nacional de España arrestó parte de la red criminal y en 2016 la policía, en un operativo junto a la Europol y Eurojust, detuvo a treinta personas de la red criminal en ciudades de España. El proceso contra la red criminal aún está en tramitación pero, desde luego, se puede percibir el alto grado de competencia técnica, informática y de organización de los criminales, así como el ámbito transnacional de los crímenes que generaron víctimas en todo el mundo.

Los casos de crímenes en los que se utilizaron las criptomonedas como medio para el lavado de activos o para la realización de otros delitos, obviamente, no se agotan en los ejemplos presentados en este trabajo, existiendo, por supuesto, otros tantos en todo el mundo. Pero, no se puede creer que las criptomonedas son utilizadas exclusivamente con fines ilícitos, lo que ya fue demostrado en el transcurso de este artículo. La tecnología de las criptomonedas presenta un gran potencial de cambio financiero para el futuro, generando más rapidez, seguridad, transparencia y reducción de costes en las transacciones y, como toda nueva tecnología, tiene sus riesgos inherentes, que con el tiempo, serán más conocidos y poco a poco reducidos por herramientas efectivas de control e instrumentos estatales de reglamentación.

Es importante considerar que las principales características de las criptomonedas – el anonimato, la desreglamentación y la transnacionalización – que

de las leyes de España! Desde su dirección IP número (...) fue efectuado un acceso a páginas de Internet que contienen pornografía, pornografía infantil, zoofilia, asimismo con violencia sobre los menores. En su ordenador fueron encontrados archivos de video que contienen pornografía, elementos de violencia y pornografía infantil... El bloqueo del ordenador se realiza para suprimir la posibilidad de acciones ilegales por su parte. Para quitar el bloqueo del ordenador, usted debe pagar una multa de 100 euros...". Disponible en: <https://www.xataka.com/criptomonedas/silk-road-a-operacion-kampuzo-incautaciones-criptomonedas-importantes-para-perseguir-al-crimen-organizado>. Acceso en: 07.06.2021.

63. En ese sentido, véase el mensaje de alerta en el sitio web del FBI en agosto de 2012 sobre los casos del Virus de la Policía: <https://www.fbi.gov/news/stories/new-internet-scam>. Acceso el: 09.06.2021.

hacen que parezcan interesantes para los criminales para el lavado de activos y otros delitos, no permitió que exista la impunidad de los crímenes presentados. De esa manera, ya se puede afirmar que las criptomonedas y en especial, el bitcoin, no están completamente blindadas a un rastreo por parte de las autoridades, como se imaginaba en su surgimiento⁶⁴. En ese sentido, es necesaria una capacitación continua de los actores policiales y judiciales para hacer frente a la utilización indebida de las criptomonedas como medio para cometer actividades ilegales, aliada a una cooperación internacional permanente y efectiva, ya que ningún país puede abordar en solitario los problemas complejos presentados por nuevas tecnologías como las criptomonedas.

7. BREVES CONCLUSIONES

El fenómeno de las criptomonedas se presenta como una innovación financiera del porvenir, que aún no ha demostrado toda su capacidad de transformación ni todo su potencial de utilización en la sociedad. Se añaden a este escenario de incertidumbre los riesgos que pueden generarse con el empleo indebido de las monedas virtuales en un contexto de actividades ilegales. Pero, en la actualidad, es minoritaria la consideración de que las criptomonedas son un medio exclusivo para la realización de crímenes o un riesgo *per se*. En ese sentido, los países tienen la tarea de evaluar los riesgos de la utilización de las criptomonedas desde la perspectiva práctica de su contexto y realidad para elaborar medidas de reglamentación y herramientas efectivas de control.

También es imprescindible una mayor comprensión sobre las nuevas tecnologías, para capacitar a los actores judiciales y policiales sobre estas nuevas herramientas, creando medios de fiscalización para la utilización indebida de las criptomonedas con fines ilegales. Los países tienen que evaluar la posibilidad de implementar las recomendaciones del GAFI con respecto a las monedas virtuales, así como las medidas antilavado de activos establecidas por las autoridades internacionales para reducirlos riesgos delictivos desde una perspectiva de cooperación jurídica global.

Por su arquitectura técnica, el bitcoin y las otras criptomonedas, en general, son un fenómeno transnacional y pueden ser indebidamente empleadas como medio para el lavado de activos, pero hasta el momento, son mayoritariamente utilizadas como inversión por los usuarios, sobre todo por su alta volatilidad de precio.

64. SILVEIRA, 2018, p. 115.

MELO, Jhonatas Péricles Oliveira de. Bitcoin y su uso en el lavado de activos: una mirada a la experiencia euro-brasileña. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 183. ano 29. p. 171-198. São Paulo: Ed. RT, setembro 2021.

Con relación al Proyecto de Ley 2303 de 2015 de Brasil y los subsecuentes, el mejor camino es que los legisladores opten por la reglamentación de las criptomonedas y no por propuestas de criminalización, en observancia a las normativas internacionales sobre el tema, ya que la nueva tecnología no tiene una utilización exclusivamente delictiva, obviamente presentando riesgos como toda tecnología.

Respeto a las políticas antilavado de activos, los países van a necesitar medidas de cooperación internacional eficaces y permanentes en el ámbito financiero y penal con relación al empleo indebido de las criptomonedas y del bitcoin, ya que, por sus características, es poco probable que un país en solitario pueda desarrollar medidas efectivas para hacer frente a estas conductas ilegales. Los países deben apostar a una reglamentación conjunta de las criptomonedas, por medio de una normativa de mínimos a nivel internacional, obviamente, respetando los distintos ordenamientos jurídicos, así como adoptar las prácticas antilavado de activos recomendadas por las organizaciones internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

- BEDECARRATZ SCHOLZ, Francisco. Riesgos delictivos de las monedas virtuales: Nuevos desafíos para el derecho penal. 2018. En: *Revista Chilena de Derecho Penal*. VOL. 7 NÚM. 1. pp. 79-105. DOI 10.5354/0719-2584.2018.48515.
- BELLO, Douglas Sena; SAAVEDRA, Giovani Agostini. A necessária reflexão acerca da expansão legislativa do compliance decorrente da relação de criptomonedas como os bitcoins e a lavagem de dinheiro. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 147. ano 26. São Paulo: Ed. RT, setembro, 2018.
- BOTTINO, Thiago; TELLES, Christiana Mariani da Silva. Lavagem de dinheiro, bitcoin e regulação. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 148. ano 26. São Paulo: Ed. RT, outubro, 2018.
- BRASIL. Banco Central do Brasil. *Comunicado 25.306 de 19/02/2014*. Disponible en: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=25306>.
- _____. Banco Central. *Comunicado nº 31.379 de 16/11/2017 que alerta sobre os riscos decorrentes de operações de guarda e negociação das denominadas moedas virtuais*. 2017. Disponible en: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=31379>.
- _____. Câmara de Deputados. *Projeto de Lei n. 2303/2015*. Disponible en: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555470>.
- _____. Comissão de Valores Mobiliários (CVM). 2017 <http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2017/20171011-1.html>.

- _____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Inquérito n. 08700.003599/2018–95.
- _____. Lei n. 9.613 de 03.03.1998, que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências.
- CNMV & BDE. *Comunicado conjunto de la CNMV y del Banco de España sobre “criptomonedas” y “ofertas iniciales de criptomonedas” (ICOs)*, feb de 2018. Disponible en: https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/NotasInformativas/18/presbe2018_07.pdf.
- CONESA LAREO, Carlos. *Bitcoin: ¿una solución para los sistemas de pago o una solución en busca de problema?* Banco de España. Documentos Ocasionales, nº 1901, 2019, p. 04. Disponible en: <https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSeriadas/DocumentosOcasionales/19/Fich/do1901.pdf>.
- DIRECTIVA (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. 2015.
- DIRECTIVA (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. 2018.
- EUROPEAN CENTRAL BANK. *Virtual currency schemes: A further analysis*. Feb de 2015. Disponible en <http://bit.ly/2lez4Oh>.
- FATF. *Regulation of virtual assets*, FATF, Paris. 2018. Disponible en: <https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/regulation-virtual-assets.html>.
- _____. *Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers*, FATF, Paris. 2019. Disponible en: www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/Guidance-RBA-virtual-assets.html.
- GAFI: *Directrices para un enfoque basado en riesgo para monedas virtuales*, junio de 2015. Disponible en: www.fatf-gafi.org.
- _____. Informe del GAFI. *Monedas Virtuales. Definiciones Claves y Riesgos Potenciales de LA/FT*, junio 2014. Disponible en: www.fatf-gafi.org.
- GORJÓN, Sergio. *Divisas o Monedas Virtual: El caso de Bitcoin*. Dirección General de Operaciones, Mercados y Sistemas de Pago. Banco de España, 2014. Disponible en: https://www.in-diem.com/wp-content/uploads/2017/12/Nota_informativa_Bitcoin_enero2014.pdf.
- GUAITA MARTÍNEZ, José Manuel; CARRACEDO GARNATEO, Patricia. Análisis del mercado. p. 62. En: GUAITA MARTÍNEZ, José Manuel (coord.). *Las criptomonedas: Digitalización del dinero 2.0*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2019.

- LÓPEZ BARRERO, Esther. Lucha contra el blanqueo de capitales: perspectiva desde la normativa internacional. En: *El blanqueo de capitales y su relación con la cibercriminalidad*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2019.
- MIRANDA, Lucas; VIANNA, Túlio. Bitcoin e lavagem de dinheiro: como as criptomoedas podem revolucionar o crime de lavagem de dinheiro. En: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 163, ano 28. São Paulo: Ed. RT, janeiro, 2020.
- NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: a Peer-to-Peer Electronic Cash System*, 2008. Disponible en: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.
- NAVARRO CARDOSO, Fernando. Criptomonedas (en especial, bitcoin) y blanqueo de dinero. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2019, núm. 21-14, pp. 4-6. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-14.pdf>.
- PARANÁ, Edemilson. *Bitcoin: a utopia tecnocrática do dinheiro apolítico*. São Paulo: Autonomia Literária, 2020.
- PARLAMENTO EUROPEO. *Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de mayo de 2016, sobre monedas virtuales*. Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2016-0228_ES.pdf.
- PEREZ LOPEZ, Xesus. Las criptomonedas: consideraciones generales y empleo de las criptomonedas con fines de blanqueo. In: FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel (dir.). *Blanqueo de Capitales y TIC: Marco jurídico nacional y Europeo, Modus Operandi y Criptomonedas*. Ciberlaundry. Informe de situación. España: Editorial Aranzadi, 2019.
- RAMONET, Ignacio. *La crisis del siglo. El fin de una era del capitalismo financiero*. Venezuela: Fundación Editorial elperroy larana, 2008.
- RUANO MOMOCHALES, Teresa. *Claves Prácticas. Blanqueo de capitales: responsabilidad penal y compliance*. Madrid: Francis Lefebvre, 2018.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Bitcoin e suas fronteiras penais: em busca do marco penal das criptomoedas*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.
- _____. “Criptocrime”: considerações penais econômicas sobre criptomoedas e criptoativos. En: *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*. Thomson Reuters. vol. 1. jan.–mar. 2020. Disponible en: <https://bit.ly/2RTvEkK>.
- SIPRILANDI, Adriana; LOPES, Fernando. *Blockchain, bitcoin e smart contracts: a revolução dos ativos digitais*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.
- TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. Sala de lo Penal, Sección 1ª. Sentencia núm. 326/2019 de 20 junio. RJ 2019\2925.
- ULRICH, Fernando. *Bitcoin: a moeda na era digital*. São Paulo: Ed. Mises, 2014.
- VALARROIG MOYA, Ramón; PASTOR SEMPERE, Carmen (dir.). *Blockchain: Aspectos tecnológicos, empresariales y legales*. Navarra; Editorial Aranzadi, 2018.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Criptomoedas e evasão de divisas: (a)tipicidade, de Isabela Maria Stoco e Pedro Henrique Nunes – *RDPEC* 5/99-121 (DTR\2021\3320);
- "Criptocrime": considerações penais econômicas sobre criptomoedas e criptoativos, de Renato de Mello Jorge Silveira – *RDPEC* 1/79-100 (DTR\2020\3822);
- Bitcoin e lavagem de dinheiro: como as criptomoedas podem revolucionar o crime de lavagem de dinheiro, de Lucas Miranda e Túlio Vianna – *RBCCrim* 163/265-309 (DTR\2019\42602);
- Bitcoin e o trilema penal econômico: a (im)prescindibilidade de uma regulação internacional, de Yuri Rangel Sales Feliciano – *RDPEC* 2/155-186 (DTR\2020\7590);
- Criptomoedas e direito penal econômico: uma análise à luz do crime de lavagem de dinheiro, de Amanda Paparoto Assis – *RDPEC* 3/65-82 (DTR\2020\10207);
- Cryptocoin e moeda legal. Aproximações e distanciamentos, notas para uma compreensão jurídica, de Maria Eugênia Finkelstein e Jarbas Andrade Machioni – *RDB* 89/171-191 (DTR\2020\8461);
- Dinheiro: do pretérito ao futuro, do material ao imaterial, de Felipe Bizinoto Soares de Pádua – *RDB* 92/209-223 (DTR\2021\8105);
- Financiación en la era digital. Documentos involucrados en las financiaciones digitales y perspectivas de futuro, de María del Pilar Galeote Muñoz – *RDB* 88/61/68 (DTR\2020\7384); e
- Ocultar o oculto: apontamentos sobre a lavagem de dinheiro em tempos de criptomoedas, de Renato de Mello Jorge Silveira e Beatriz Corrêa Camargo – *RBCCrim* 179/19-67 (DTR\2021\7797).

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- *RT* 1016/480 (JRP\2020\124787), *RT* 1001/443 (JRP\2018\1185823).