

Moneda virtual: ¿una puerta abierta al delito?

~Prof. Susana Román Corbacho~

Profesora asociada, Univ. de Barcelona. Socia FICP.

I. INTRODUCCIÓN

El incipiente desarrollo técnico de nuestra sociedad y su generalización y acceso de forma masiva a estos medios, introducen nuevas realidades en nuestro entorno difíciles de comprender.

Esos fenómenos nuevos, derivados sobretudo de la masificación de la utilización de la informática introducen situaciones sobre las que no existe una previsión legal. El desconocimiento general y la falta de preparación de nuestros operadores jurídicos y del propio legislador, llevan a que nuevamente el derecho, como en tantas otras ocasiones, vaya por detrás de los cambios sociales.

En el ínterin se producen situaciones de alegalidad que, sin duda, van a ser aprovechadas para la comisión de delitos.

Así la utilización de las redes sociales nos han llevado a reflexionar sobre los límites de la comunicación y el respeto al derecho a la intimidad y la propia imagen, planteándose en nuestros tribunales nuevas cuestiones como pueden ser los conflictos en el ámbito de la patria potestad derivada del desacuerdo de los progenitores en relación a la publicación en redes sociales, como facebook o instagram, de imágenes de menores. El acoso a través de dichas redes también ha aparecido sobre todo en el ámbito de la violencia sobre la mujer, el acoso en el ámbito escolar entre menores, etc...

En el presente se pretende realizar una reflexión sobre un nuevo fenómeno que es difícil incluso de comprender con los parámetros que conocemos: la aparición de las criptomonedas o moneda virtual como por ejemplo el bitcoin y su falta de regulación lleva a la necesidad de reflexionar sobre los efectos fiscales, civiles y penales que su utilización puede plantear.

II. ORIGEN

Con la crisis que aparece a nivel mundial en la primera década del nuevo milenio y que es consecuencia en gran parte de la especulación bancaria, surge la necesidad de sustraerse al control de la banca e incluso de los Estados, cuya fiscalización de la actividad económica ha fallado estrepitosamente. Con ello surge la idea de la creación de monedas virtuales, y como ejemplo la moneda bitcoin, que es la que ha logrado una mayor implantación en el mercado y sobre la cual centraremos el análisis.

Esta moneda surge en el año 2008 , conociéndose sobre su autor o autores que actuaban bajo el pseudónimo Satoshi Nakamoto, desconociéndose su verdadera identidad. La definición podemos encontrarla en su página web, www.Bitcoin.org, que la define del siguiente modo: “Bitcoin usa tecnología peer-to-peer o entre pares para operar sin una autoridad central o bancos; la gestión de las transacciones y la emisión de bitcoins es llevada a cabo de forma colectiva por la red. **Bitcoin es de código abierto; su diseño es público, nadie es dueño o controla Bitcoin y todo el mundo puede participar.** Por medio de sus muchas propiedades únicas, Bitcoin permite usos interesantes no contemplados por ningún sistema de pagos anterior.”

Se trata, por tanto, de una red P2P, a la que cualquier usuario puede acudir para adquirir moneda virtual que será acumulada en su monedero electrónico, aunque en la actualidad ya existen en España cajeros electrónicos de bitcoin. Con dichas monedas pueden efectuarse transacciones entre usuarios registrados en el sistema y en cada transacción se incluirá la clave pública del que la transfiere y la privada del que la adquiere, si bien esta segunda no es conocida por terceros. De esta forma la identificación de la moneda será la clave pública del que la posee, y, por tanto, su clave numérica variará cada vez que se transfiere.

La creación de nueva moneda se realiza por los llamados “mineros” que deben resolver un problema matemático para la creación de éstas, que son incorporadas a un libro mayor del sistema. Su creación es lenta y ello ha llevado a que recientemente, en el mes de agosto de 2017, se haya buscado una solución a fin de aumentar la velocidad de creación de dicha moneda, conviviendo en la actualidad los bitcoins (creados con el sistema originario) con los bitcoins cash (creados con un nuevo sistema que permite mayor velocidad de creación).

Lo cierto es que la moneda virtual se ha impuesto como sistema de pago en determinados sectores, admitiéndose en algunos comercios, pudiéndose ingresar en los cajeros existentes e incluso cambiar por moneda de curso legal con una comisión.

Una de las características de bitcoin es su rentabilidad, habiendo aumentado su valor hasta los 2.600 dólares en el mes de julio de 2017.

III. NATURALEZA

Ante la dificultad de poder determinar su naturaleza, algunos especialistas eluden el término “moneda”, definiéndola como un medio digital de intercambio encriptado.

No existe regulación alguna, por lo que no es legal ni ilegal, sino alegal. En España la única moneda reconocida por la Ley 46/1998 es el euro. Con respecto a las monedas virtuales nada las prohíbe, pero no existe una normativa específica.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 22 de octubre de 2015 ha tenido

ocasión de analizar este fenómeno a través de una cuestión prejudicial en la que se efectúa una consulta sobre el pago de IVA y establece que :

“11. De la resolución de remisión se desprende que la divisa virtual «**bitcoin**» se utiliza, con carácter principal, para los pagos entre particulares en Internet y en determinadas tiendas en línea que aceptan esta divisa. Esta divisa virtual no tiene un emisor único y se crea, en cambio, directamente en el seno de una red mediante un algoritmo especial. El sistema de la divisa virtual «**bitcoin**» permite que los usuarios que dispongan de direcciones «**bitcoin**» posean y transfieran anónimamente dentro de la red «**bitcoin**» en cantidades variables. Las direcciones «**bitcoin**» podrían compararse a números de cuenta bancaria.

12. Remitiéndose a un informe del año 2012 del Banco Central Europeo sobre las divisas virtuales, el tribunal remitente indica que una divisa virtual puede definirse como un tipo de moneda digital no regulada, emitida y verificada por sus creadores y aceptada por los miembros de una comunidad virtual concreta. La divisa virtual «**bitcoin**» forma parte de las divisas virtuales denominadas «de flujo bidireccional», que los usuarios pueden comprar y vender con arreglo al tipo de cambio. Por lo que respecta a su uso en el mundo real, estas divisas virtuales son análogas a las demás divisas intercambiables, y permiten adquirir bienes y servicios tanto reales como virtuales. Las divisas virtuales se distinguen del dinero electrónico, tal como lo define la Directiva 2009/110/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como sobre la supervisión prudencial de dichas entidades, por la que se modifican las Directivas 2005/60/CE y 2006/48/CE y se deroga la Directiva 2000/46/CE (DO L 267, p. 7), en la medida en que, a diferencia de este dinero, en el caso de las divisas virtuales los fondos no se expresan en la unidad de cuenta tradicional, por ejemplo, en euros, sino en una unidad de cuenta virtual, como el «**bitcoin**».”

En algunos supuestos, como en alguna sentencia dictada en Estados Unidos se manifiesta que es usada como una moneda, limitada a los establecimientos que quieran aceptarla, por lo que debe considerarse como una divisa o dinero.

Para otros se trata únicamente de un bien mueble con respecto al que cabe permuta.

De la determinación de su naturaleza se pueden derivar unos efectos u otros en el ámbito penal, como por ejemplo en relación a la falsificación al existir en nuestro derecho penal una regulación diferenciada entre la falsificación de moneda y de otros documentos.

IV. RIESGOS PARA LOS CONSUMIDORES

Uno de los casos que han saltado a la palestra recientemente es el de los ciberataques. En el mes de junio de 2017 el surcoreano Bithumb (uno de los mayores sitios de cambio de monedas virtuales del mundo) sufrió una brecha de seguridad, por lo que accediendo los hackers a través del ordenador de un empleado a los teléfonos de los clientes y bajo la argucia de haberse producido transacciones fraudulentas desde su billetera, consiguieron acceder a sus claves y vaciar sus monederos.

Las asociaciones de consumidores españolas han advertido sobre los riesgos de dicho medio de pago al carecer de regulación legal en España y acogiendo la preocupación que han manifestado tanto el Banco de España como la Autoridad Bancaria Europea.

Dada su alta rentabilidad la preocupación es que se utilice como medio de inversión, pudiéndose producir pérdidas importantes al ser una inversión de alto riesgo. El precio del bitcoin se determina por la ley de la oferta y la demanda lo que hace que sea extremadamente volátil, a lo que debe añadirse el hecho de que esté desregularizado y, por tanto, no intervenga ninguna autoridad estatal en su control.

V. DELITOS

1. Falsificación de moneda

El artículo 386 CP, en su redacción introducida a través de la reforma operada en el Código Penal a través de la LO 1/2015 castiga la fabricación o alteración, la introducción en el país o la exportación y su transporte, expedición o alteración, y sin embargo parte de un concepto de moneda física, definiéndola en el artículo 387 CP como papel moneda de curso legal, moneda metálica y aquella que previsiblemente será puesta en curso legal.

La creación de moneda virtual plantea varios problemas que nos impediría incardinar determinadas conductas en este delito, la primera es que no es expedida por ningún organismo oficial, la segunda es que no existe regulación alguna en España sobre dicha moneda, de forma que no puede hablarse de moneda de curso legal, y la tercera, si bien no insalvable, es que es difícil que pueda llegar a crearse moneda sin ajustarse a los procedimientos establecidos por el creador.

2. Estafa

En el año 2015, se descubrió una estafa piramidal a través de la creación de una moneda virtual creada por un español, denominada “únete” y que consiguió a través de sociedades interpuestas y paraísos fiscales apropiarse de las inversiones de diferentes usuarios. En este caso la moneda aparece como medio para la comisión del delito, no siendo en sí misma el objeto de éste.

En otros supuestos la moneda aparece como objeto del delito, ofreciendo moneda realmente inexistente y aprovechando el desconocimiento que puede existir por parte de los usuarios. Así en el año 2015 y en el curso de una operación internacional en la que intervenía Interpol y Europol simultáneamente en varios países, un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de un pequeño pueblo de la provincia de Barcelona autorizó la entrada y registro en el domicilio de una persona que ofrecía Bitcoins a través de internet, constatándose que éste no era poseedor de bitcoin alguno, si bien la estafa era tan burda y no se acreditó más que el ofrecimiento de éstos que llegó a dictarse sentencia absolutoria en juicio de faltas.

3. Blanqueo de capitales. Tráfico de drogas. Terrorismo

Ley 10/2010 de 28 de abril de blanqueo de capitales a través de la reforma del artículo 301

CP pretende la persecución del blanqueo de bienes en todas sus fases y más allá de las fronteras de España, por cuanto considera que existe el delito aun cuando el delito que hubiera generado tales ganancias se haya cometido en otro país.

La moneda virtual facilita sin duda la ocultación del origen ilícito de las ganancias por cuanto se trata de una moneda con un importante grado de anonimato en la transmisión y con una enorme dificultad para los investigadores para averiguar las transacciones que puedan haberse producido y su origen, dado que la moneda cambia de código numérico con cada transmisión y no existe un organismo de control de ésta.

La Ley 10/2010 obliga a las entidades financieras a que comuniquen cualquier movimiento de dinero que pueda resultar sospechoso, y, sin embargo, sustraída la moneda virtual de cualquier control formal se convierte en una forma simple de eludir tal mecanismo y con ello de facilitar la comisión de delito utilizándose como modo de pago en el caso de tráfico de drogas o como forma de financiación del terrorismo.

4.- Delitos fiscales

Relacionado con lo anterior el bitcoin supone un medio para ocultar determinados rendimientos y eludir su tributación.

Existe tal falta de previsión sobre dicho fenómeno que hasta recientemente no se ha tenido claro en el supuesto de cambio de moneda virtual por moneda de curso legal qué actos debían de tributar. Incluso no es hasta el año 2015 que el TJUE respondiendo a una cuestión planteada por un Estado miembro determinó en qué supuestos debía tributarse por IVA en dicho ámbito.

Si la indeterminación a nivel fiscal es prácticamente absoluta, por falta de previsión de los organismos reguladores, es mucho más fácil la utilización de esta moneda para eludir el pago de tributos con las quiebras que esto puede introducir en la persecución penal.

VI. PROBLEMAS DE JURISDICCIÓN

Una de las grandes dificultades para la persecución de estos delitos es que la moneda virtual tiene una implantación mundial y como en todo sistema en los que se utiliza el P2P, la identificación de los autores comporta muchas dificultades.

La necesidad de investigación de estos delitos conlleva la necesidad de intervención de organizaciones internacionales como la Interpol o Europol, y, sin embargo, el descubrimiento de cualquier hecho que parezca incardinado en dicha operación y cuyo autor se encuentra en España supone en ocasiones la intervención del Juez de Instrucción del domicilio del investigado, como sería el ejemplo de la entrada y registro domiciliario a fin de intervenir los ordenadores y proceder a

su estudio. Estos juzgados, ya de por sí desbordados, carecen de medios para poder realizar el seguimiento de estos asuntos y por ello quedan muchas veces en vía muerta.

VII. SUPUESTOS PRÁCTICOS

Las dificultades en la investigación de aquellos delitos en los que se utilice moneda virtual radica precisamente en una de sus características principales: el anonimato.

Así uno de los casos más conocidos a nivel mundial fue la de la página “*Silk Road*” (ruta de la seda) que fue cerrada por el FBI en 2013 y que se trataba de una página deepweb que utilizaba la red TOR, es decir, una red sobre la que existe una menor accesibilidad, que se dedicaba a diferentes actividades delictivas, sobre todo el tráfico de drogas. La investigación encontró enormes dificultades en el momento de acceder a la moneda virtual que era utilizada para las transacciones al ser preciso descifrar la clave privada de su propietario. La utilización de esta moneda permitía que un adquirente no conociera la identidad de la persona o entidad que le efectuaba la transmisión, dificultando, por tanto, las investigaciones en la transmisión de bienes de ilícito comercio. Por otra parte, dado que su valor fluctúa mucho en el mercado era difícil determinar el valor de la operación delictiva.

En la jurisprudencia de nuestros Tribunales no encontramos todavía un tratamiento de este fenómeno, apareciendo solamente de forma tangencial en resoluciones como la sentencia de 22.02.2017, dictada en conformidad por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra en el Procedimiento Abreviado 53/2016, en la que se castiga la adquisición de moneda falsa a sabiendas. En este supuesto el condenado llega a adquirir a través de una página web llamada “*evolution*” de encriptado, que impedía el rastreo de las IP, la cantidad de 25 billetes falsos de 50 € por el precio de 25 €, cantidad que fue abonada a través de bitcoins.

En una fase muy inicial se encuentra todavía la instrucción de las DP 74/2011 en un Juzgado de Redondela (Pontevedra). En el auto dictado por la AP de Pontevedra en fecha 22.02.2017 en el que se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por los investigados en relación a los oficios de petición de información a la AEAT y al Interlocutor de BBVA con el Servicio Ejecutivo de la Comisión Nacional para la prevención del Blanqueo, se recoge que en dicho procedimiento se investiga una de blanqueo de bienes en la que los beneficios de la actividad ilícita de venta de descodificadores se estarían “ canalizando mediante un sistema de facturación a través de letras de cambio, pagarés y contratos de cesión de créditos, apoyados en la inversión de centros de minería bitcoin que luego se intercambiaba con dinero en metálico.”

Ningún ejemplo más podemos encontrar en la jurisprudencia de nuestros Tribunales, y, sin embargo, los supuestos que se han conocido a nivel internacional y otros mas recientes que se han

producido en España nos llevan a comprender que en el futuro la moneda virtual puede aparecer en el curso de la comisión de diversos delitos en un modo u otro. La falta de previsión de los Estados y de la propia Unión Europea pueden sin duda favorecer la ocultación dificultando la investigación, y por ello se concluye que es necesario que exista un planteamiento global en el que se consiga una regulación integral de dicha moneda, tanto en el ámbito financiero y tributario, como en el civil y el penal.

BIBLIOGRAFÍA

GÓMEZ JIMÉNEZ, Carlos. El bitcoin y su tributación. Revista CEF 380 (noviembre 2014)-

MIRAS MARÍN, Norberto. El régimen jurídico-tributario del Bitcoin. Revista CEF núm. 406 (enero 2017)

NAVAS NAVARRO, Susana. Un mercado financiero floreciente: el del dinero virtual no regulado. Revista CESCO de Derecho de consumo 13/2015.

ZÚÑIGA, Ángeles. “Bitcoin” mucho más que una moneda. Revista Escritura Publica. Marzo/abril 2015.

JURISPRUDENCIA

Auto 208/2017. Audiencia Provincial de Pontevedra. Sección 5ª. 23 de Marzo de 2017

Sentencia 72/2017. Audiencia Provincial de Pontevedra. Sección 5ª. 22 de febrero de 2017.