

PARTICULARIDADES DE LOS ACTIVOS VIRTUALES COMO OBJETO MATERIAL DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS EN ESPAÑA

Por

AYELÉN ANZOLA

Docente Investigadora de Derecho Público
Universidad Nacional del Nordeste (Argentina)
Personal Investigador en Formación
en el Centro de Investigación para la
Gobernanza Global de la
Universidad de Salamanca (España)

anzola@usal.es

Revista General de Derecho Penal 38 (2022)

RESUMEN: El delito de blanqueo de capitales fue concebido sobre un universo de bienes más restringido del que conocemos actualmente. La aparición de los criptoactivos y, más concretamente, de los activos virtuales, ha demostrado la necesidad de analizar a los presupuestos legales del objeto material de este delito a fin de identificar en qué casos estos “nuevos” bienes cumplen con las exigencias que el tipo penal impone. Es decir, de comprender bajo qué circunstancias son susceptibles de ser utilizados con fines de blanqueo. Desde esta perspectiva, en el presente trabajo científico se pondrá especial atención al valor real que adquieren los activos virtuales y se propondrá una clasificación basada en tres niveles de análisis que facilitará la comprensión en cuanto a la relación que guardan con otros bienes, a la forma en la que adquieren valor y a su uso en el mercado. Finalmente, se identificará dentro este conjunto de bienes, a aquellos pasibles de ser utilizados como medio de intercambio de valor en actividades delictivas o bien, como medio para ocultar las ganancias del delito.

PALABRAS CLAVE: Criptoactivos, activos virtuales, blanqueo de capitales, Token, legislación española.

SUMARIO: I. EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS: CONSIDERACIONES DE LEGE LATA; II. RAZONES POR LAS CUALES SE HA OPTADO POR LA UTILIZACIÓN DE LAS PALABRAS “ACTIVOS VIRTUALES” EN CONTRAPOSICIÓN A OTRA TERMINOLOGÍA; III. No todos los activos virtuales son susceptibles de adquirir VALOR; III.1. Según la conexión que guardan con otros bienes; III.1.1. Nativos o no nativos; III.1.2. Fungibles o no fungibles; III.1.3. Convertible o no convertible a dinero fiat; III.2. Según la forma en la que adquieren valor; III.2.1. Tokens volátiles; III.2.2. Stablecoins; III.2.2.1. Los fondos tokenizados; III.2.2.2. Las stablecoins garantizadas o collateralised stablecoins; III.2.2.3. Las stablecoins con valor de referencia; III.2.2.4. Las stablecoins algorítmicas; III.2.3. CBDCs o Central Bank digital currencies; III.3. De acuerdo a su uso en el mercado; III.3.1. Security token; III.3.2. Payment token; III.3.3. Utility token; IV. CONCLUSIONES.

SPECIAL FEATURES OF VIRTUAL ASSETS AS A MATERIAL OBJECT OF MONEY LAUNDERING OFFENSES IN SPAIN

ABSTRACT: Money laundering was originally conceived to cover a more restricted universe of assets than the one we know today. The emergence of crypto-assets and, more specifically, of virtual assets, has shown the need to analyze the legal requirements imposed by the object of this

offense in order to identify the circumstances under which these "new" goods comply with the requirements imposed by the criminal type. In other words, to understand the conditions that favor its use for money laundering purposes. In this regard, we will pay special attention to the real value acquired by virtual assets and will propose a classification based on three levels of analysis that will facilitate the understanding of its relationship with other assets, the way in which they acquire value and their use in the market. Finally, within this series of goods, it will be identified those that may be used as means of exchange of value in criminal activities or as means of concealing the proceeds of crime.

KEYWORDS: Criptoassets, Virtual assets, money laundering, token, Spanish legislation.

I. EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS: CONSIDERACIONES DE *LEGE LATA*

Hablar del objeto material del delito exige concretar de manera previa su alcance y contenido. En una primera aproximación, es posible definirlo como la persona o cosa sobre la que recae la conducta típica o acción delictiva¹. Concretamente, en el delito de blanqueo de capitales, de acuerdo a la tipificación del art. 301 del Código Penal, la conducta punible recae sobre "bienes". Por lo tanto, éstos constituyen el objeto de la acción y todos los demás elementos de la estructura típica se dirigen a abarcar los comportamientos que traten de desligarlos de su origen delictivo².

En línea con otros instrumentos internacionales³, la Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal, en su art. 2.2. indica que deberá entenderse a los bienes como: "(...) activos de cualquier tipo, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o

¹ Blanco Cordero, I. (2002) "El delito de blanqueo de capitales", Cizur Menor: Aranzadi, p. 232. Orts Berenguer, E.; González Cussac, J. (2020) "Introducción al Derecho Penal. Parte general", Valencia: Tirant lo Blanch, p. 152.

² Op. Cit. Blanco Cordero, I. (2002), p. 234.

³ Entre los que encontramos las definiciones de la convención de Viena (art 1) donde se define a los "bienes" como "los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos" y en el Convenio del Consejo de Europa (art. 1.b.) inspirado en esta última. En este marco cabe destacar la definición de "productos" incorporada en la Convención de Viena, de acuerdo a la cual tendrán tal consideración "los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito» relativo a las drogas tóxicas o estupefacientes". "En sentido similar se recoge en la Convención del Consejo de Europa con una diferencia, que en este caso es de carácter esencial, y es que el delito previo del cual deben proceder no se limita exclusivamente a los delitos relativos a las drogas tóxicas o estupefacientes, sino que se refiere a «infracciones penales» en general. El espíritu de la Convención es que la definición de «productos» sea lo más amplia posible para alcanzar dos objetivos fundamentales: abarcar toda ventaja económica proveniente de la actividad criminal para su posterior comiso; y comprender los productos sustitutivos o el producto indirectamente derivado. En la definición de «producto» según la Convención del Consejo de Europa, «no se excluyen los bienes y los activos que puedan haber sido transferidos a terceros.» Op. Cit. Blanco Cordero, I. (2002), p.238.

instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos.” Lo novedoso de esta definición es que se hace referencia expresa a “activos intangibles, electrónicos o digitales”⁴, características que, en los instrumentos jurídicos vigentes con anterioridad, se consideraban implícitamente incluidas⁵. No caben dudas que con este cambio normativo el Legislador europeo ha puesto cierto énfasis en el uso de “monedas virtuales” a fin de blanquear capitales, cuestión que ha marcado transversalmente esta directiva. Ya en el considerando sexto es posible observar la especial preocupación que atañe a los riesgos extendidos por el uso de estos bienes y la necesidad de que los estados miembros velen por un adecuado tratamiento de los mismos⁶.

En relación a las características que deben reunir los bienes, en primer lugar, deben ser susceptibles de adquirir valor económico y, en consecuencia, de incorporarse al patrimonio y al circuito económico⁷. Desde la perspectiva de los criptoactivos, esta es una cualidad no siempre presente en todos ellos y que, por lo tanto, traza una línea distintiva entre aquellos pasibles de constituir objeto material del delito y otros que no pueden serlo en razón de las funciones que han adquirido, las cuales les impiden adquirir valor intrínsecamente negociable. Volveremos sobre este punto en los apartados subsiguientes.

Además, los bienes deben proceder de una actividad delictiva. En este sentido, la Directiva (UE) 2018/1673, en el considerando 12, dispone que: “A fin de garantizar la eficacia de las medidas penales contra el blanqueo de capitales, debe resultar posible la condena por blanqueo sin que sea necesario determinar con precisión qué actividad delictiva generó los bienes, ni exigir una condena previa o simultánea por dicha actividad delictiva, siempre que se tengan en cuenta todas las circunstancias y pruebas pertinentes (...)”. En concordancia con el art. 3.3, apartados a y b de la misma norma, se

⁴ En este sentido, Blanco Cordero advierte que “la novedad de esta definición es la referencia expresa a los bienes de carácter electrónico o digital que, como tales, en principio ya tendrían cabida en la referencia a los “activos inmateriales” de la definición. Se incluyen así las monedas virtuales como bienes susceptibles de ser lavados.” Blanco Cordero, I. (2022), “Cooperación jurídica Internacional en materia penal en la Unión Europea contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo”, *Revista jurídica de Castilla y León*, 57- Junio, p.187.

⁵ Del Carpio Delgado, J. (2019), “Hacia la pancriminalización del blanqueo de capitales en la Unión Europea: un análisis crítico de la Directiva (UE) 2018/1673 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal”, *Revista penal*, 44, pp. 22-41.

⁶ “El uso de monedas virtuales presenta nuevos riesgos y desafíos desde la perspectiva de la lucha contra el blanqueo de capitales. Los Estados miembros deben velar por que esos riesgos se aborden adecuadamente.”

⁷ Martínez-Buján Pérez, C., Puente Aba, L. (Coord.) (2013), “Derecho Penal Económico y de la empresa”, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 252-257. El autor explica que, dado que el blanqueo persigue la integración de bienes con apariencia de legitimidad al patrimonio del autor, los bienes que carezcan de valor económico no serán idóneos como objeto material de este delito.

establece que los Estados garantizarán que pueda dictarse una sentencia condenatoria por el delito de blanqueo de capitales, aun cuando no exista condena previa o simultánea por la actividad delictiva de la que provienen los bienes o cuando no sea posible establecer “todos los elementos fácticos o todas las circunstancias relativas a dicha actividad delictiva, incluida la identidad del autor”⁸.

Cabe destacar en este último punto, relativo al desconocimiento de la identidad del autor en el delito previo, que su mención expresa es de gran utilidad práctica desde la perspectiva del blanqueo mediante activos virtuales. Se ha visto que existe conexión entre delitos en línea y la utilización de activos virtuales para blanquear sus productos⁹, y tomando en cuenta que el anonimato es una de las características que adoptan las comunicaciones en el ciberespacio y que genera un incremento del riesgo en la ejecución de estos delitos¹⁰, si la identidad del autor del delito previo constituyera un presupuesto legal o requisito probatorio para la obtención de una sentencia condenatoria, nos encontraríamos con obstáculos, en muchos casos, infranqueables¹¹ para obtener una sentencia condenatoria por el delito de blanqueo de capitales.

Por otra parte, en la Directiva (UE) 2018/1673 tampoco pasa desapercibida la concepción amplia de “producto”¹² que se recoge de la Directiva 2014/42/UE sobre el

⁸ El TS señala, en este sentido, que el tipo penal exige que el autor haya actuado a sabiendas de la ilícita procedencia de los bienes, sin necesidad de conocer todos los elementos del delito previo. STS 483/2007, 4-6 [tol 1106849]; STS 28/2010, 28-1 [tol 1790703]. Buján Pérez indica que “para la constatación de la presencia de una actividad delictiva basta con seguir el principio de accesoriadad limitada (...) es suficiente con la comprobación de un hecho típico y antijurídico (...) El art. 300, también aplicable al blanqueo, impone esta solución al declarar la irrelevancia de la culpabilidad y la punibilidad no sólo del autor sino también del cómplice (...)” Op. Cit. Martínez-Buján Pérez, C. (2013), p. 252-257. Blanco Cordero, por su parte, entiende que “(...) prescindir de la condena por la actividad delictiva de la que proceden los bienes no implica que esta deba quedar acreditada más allá de toda duda razonable en el proceso penal por el delito de blanqueo de capitales. En todo caso, ha de quedar probado que los bienes proceden de alguna actividad delictiva (...)” Op. Cit. Blanco Cordero, I. (2022), p. 188.

⁹ EUROPOL (2021) “Cryptocurrencies - tracing the evolution of criminal finances”, *Europol Spotlight Report Series, Publications Office of the European Union, Luxemburg*. Chainalysis, (2022) “The cryptocrime report”. [Disponible en: <https://www.chainalysis.com/>] Fecha de consulta: 28/04/2022.

¹⁰ Aunque las nuevas técnicas aplicadas a la investigación nos permitan rastrear las huellas digitales del delito, aun es muy complejo identificar a los autores de estas conductas, cuestión a la que se añade la percepción del delincuente de que la actuación se realiza en el anonimato, lo que “conlleva un aumento de la sensación de impunidad (...) y un incremento de que el agente acabe por ejecutar el delito (...)”. Miró Llinares, F. (2012) “El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio”, Madrid: Marcial Pons, p. 157-158.

¹¹ En relación con la anonimidad del ciberespacio, aunque en materia de prevención de blanqueo de capitales, ya la quinta directiva deja ver su preocupación por la dificultad de cumplir con la obligación de identificación real del cliente cuando se utilizan activos virtuales. Cuestión ésta que, con matices, desde el punto de vista del blanqueo de capitales, guarda estrecha relación con la identificación del autor del delito previo.

¹² “(...) la presente Directiva no debe distinguir entre situaciones en las que los bienes hayan sido obtenidos directamente de una actividad delictiva y situaciones en que hayan sido obtenidos

embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, mediante la cual se suprime toda distinción que pudiera surgir entre bienes obtenidos directa e indirectamente¹³ de una actividad delictiva. En resumen, los criptoactivos o *tokens* podrán ser objeto material del delito de blanqueo de capitales siempre y cuando afloren de actividades delictivas o se utilicen para ocultarlas y sean susceptibles de adquirir intrínsecamente valor económico, cualidad que analizaremos en detalle en los puntos subsiguientes.

II. RAZONES POR LAS CUALES SE HA OPTADO POR LA UTILIZACIÓN DE LAS PALABRAS “ACTIVOS VIRTUALES” EN CONTRAPOSICIÓN A OTRA TERMINOLOGÍA

En contraste a la claridad empleada para definir el contenido y alcance de “bienes” a la luz del delito de blanqueo de capitales, los activos virtuales no cuentan con una definición o concepción uniforme en relación a su alcance y funciones. No obstante, resulta claro que éstos son una especie de bienes que, debido a su reciente aparición y especiales características, están expuestos como objeto material del delito del art. 301 y ss. del CP. En este apartado, procuraremos precisar de todos los nombres que ha adquirido, cuál de ellos se propone como más acertado a los fines del delito que se analiza y, en consecuencia, qué definición y alcance le corresponde.

Cierto es que no son pocos los instrumentos que han optado por la utilización de las palabras “criptoactivo”, “criptomoneda” o “moneda virtual”. Términos que, en su mayoría,

indirectamente de una actividad delictiva, en consonancia con la definición amplia del concepto de «producto», tal como se establece en la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (1). En cada caso concreto, al examinar si los bienes provienen de una actividad delictiva y si la persona tenía conocimiento de ello, deben tenerse en cuenta las circunstancias específicas del caso, como por ejemplo el hecho de que el valor de los bienes sea desproporcionado con respecto a los ingresos lícitos de la persona acusada y de que la actividad delictiva y la adquisición de bienes se hayan producido dentro del mismo período de tiempo. La intención y el conocimiento pueden deducirse de circunstancias fácticas objetivas. (...)” (Considerando 13).

¹³ El ampliamente discutido alcance de los productos del delito encuentra su corolario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo donde se ha sentado que los bienes objeto del delito de blanqueo de capitales pueden no ser los mismos que aquellos que han constituido el objeto material del delito previo. (STS 419/2006, de 12 de abril, ES:TS:2006:2396; STS 483/2007, de 04 de junio de 2007, ES:TS:2007:3932). Criterio que incluye tanto a los efectos del delito, entendidos éstos como producto directo de la infracción, como a las ganancias o transformaciones de ese producto. En Doctrina, se ha excluido a los bienes con los que se ejecuta o prepara la acción típica, es decir, a los medios o instrumentos, porque no podemos decir que éstos tengan su origen en un delito. Si en su caso, el instrumento utilizado para cometer un delito fuera entregado como recompensa, perdería su carácter de medio o instrumento y se transformaría en ganancia. Op.cit. Blanco Cordero, I. (2002), p. 242. Otra de las aclaraciones, aunque de naturaleza teleológica, es que debe tenerse en cuenta si los bienes producto del delito lesionan o no el interés de la comunidad por preservar la licitud de los bienes en la circulación mercantil. En este sentido se ha dicho que las armas o las especies protegidas como objeto material de un delito no podrían ser susceptibles de constituir el objeto material del delito de blanqueo de capitales, a no ser que éstos se conviertan en ganancias. Op.Cit. Martínez-Buján Pérez, C., Puente Aba, L. (Coord.) (2013), p. 254.

surgen por asociación de su función económica con una parte de la tecnología que conforma su estructura, esto es, la criptografía. Por mencionar algunas posiciones predominantes en la materia, en el mes de abril de 2020, el Parlamento Europeo publicó un documento de estudio de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios¹⁴ en el que se adopta el término “criptoactivo”, aunque le asiste razón en aclarar que, a pesar del uso frecuente de la palabra, no existe consenso en su definición. De modo similar, el Grupo de Trabajo de Criptoactivos del Banco Central Europeo, los ha definido como “cualquier activo digital que no represente un derecho ni una obligación financiera de ninguna persona física o jurídica, ni un derecho de propiedad frente a una entidad”¹⁵. En cambio, la Organización Internacional de Comisiones de Valores (también conocida por sus siglas IOSCO) ha adoptado la siguiente definición: “(...) un tipo de activo privado que depende principalmente de la criptografía y la tecnología de Registro Distribuido o similar como parte de su valor percibido o inherente, y que puede representar un activo como una moneda, una materia prima o un valor, o ser un derivado de una materia prima o un valor”¹⁶. Destaca en esta definición que se ha marcado con ella un criterio definitorio de estos activos y un punto de referencia al trabajo de otros organismos. Vemos, por ejemplo, el caso del Consejo de Estabilidad Financiera, el cual optó por una definición similar (a la que también ha adherido el Banco de Pagos Internacionales¹⁷) indicando que los criptoactivos son “un tipo de activo privado que depende principalmente de la criptografía y la tecnología de registro distribuido o de otros registros similares, como

¹⁴Houben, R., Snyers, A. (2020) “Cryptoassets. Key development, regulatory concerns and responses”, *Parlamento Europeo, Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios- Policy department for Economic, Scientific and Quality of life Policies Directorate - General for internal policies*, Abril.

¹⁵ Traducción propia de su versión original en inglés: “any asset recorded in digital form that is not and does not represent either a financial claim on, or a financial liability of, any natural or legal person, and which does not embody a proprietary right against an entity”. ECB- Banco Central Europeo (2019) “Crypto-assets task force. Crypto-Assets: Implications for financial stability, monetary policy, and payments and market infrastructures”, *Occasional Paper No. 223*, mayo 2019, 7. [Disponible en: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecb.op223~3ce14e986c.en.pdf>] Fecha de consulta: 28/04/2022.

¹⁶ Traducción propia de su versión original en inglés: “a type of private asset that depends primarily on cryptography and DLT or similar technology as part of its perceived or inherent value, and can represent an asset such as a currency, commodity or security, or be a derivative on a commodity or security”. IOSCO (2019) “Consultation Report on the Issues, Risks and Regulatory Considerations Relating to Crypto-Asset Trading Platforms”, mayo. [Disponible en: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD627.pdf>, 1] Fecha de consulta: 28/04/2022. IOSCO (2020) “Final Report on the Issues, Risks and Regulatory Considerations Relating to Crypto-Asset Trading Platforms”, febrero. [Disponible en: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD649.pdf>] Fecha de consulta: 28/04/2022].

¹⁷ G7 WORKING GROUP ON STABLECOINS (2019) “Investigating the impact of global stablecoins”, octubre. [Disponible en: <https://www.bis.org/cpmi/publ/d187.pdf>] Fecha de consulta: 28/04/2022.

parte de su valor percibido o inherente”¹⁸. Posición a la que se ha sumado la Autoridad Europea de Valores y Mercados (en adelante, ESMA) con la siguiente definición: “[es] un tipo de activo privado que depende principalmente de la criptografía y la tecnología de registro distribuido o similar como parte de su valor percibido o valor inherente”¹⁹. La Autoridad bancaria europea (EBA - European Banking Authority), en la misma línea, ha dicho que los criptoactivos son: “un activo que: a) depende principalmente de la criptografía y de la tecnología de registro distribuido o similar como parte de su valor percibido o inherente, b) no es emitido ni garantizado por un banco central o autoridad pública ni está garantizado por un banco central o una autoridad pública, y c) puede utilizarse como medio de intercambio y/o con fines de inversión y/o para acceder a un bien o servicio”²⁰.

Todas estas posturas guardan en común que definen a los llamados criptoactivos en función a las siguientes características: a. Son activos privados, b. Se asientan sobre un registro distribuido asegurado criptográficamente, c. No los emite ni garantiza una autoridad pública o banco central, d. Puede ser utilizado como medio de intercambio, con fines de inversión y/o para acceder a un bien o servicio.²¹ Es decir, proporcionan una concepción amplia mediante el empleo del término “criptoactivo” sin distinguir cada una de sus funciones o pormenorizar sus características, más allá de la utilización del registro distribuido o de la seguridad criptográfica.

Por el contrario, en la Directiva UE 2018/843, del 30 de mayo, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE, se ha optado por un enfoque restringido mediante la utilización del término “moneda virtual”

¹⁸ Traducción propia de su versión original en inglés: “(...) a type of private asset that depends primarily on cryptography and distributed ledger or similar technology as part of their perceived or inherent value”. FSB (2019) “Crypto-assets: work underway, regulatory approaches and potential gaps”, mayo, p. 10. [Disponible en: <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P310519.pdf>] Fecha de consulta: 28/04/2022.

¹⁹ Traducción propia de su versión original en inglés: “(...) a type of private asset that depends primarily on cryptography and DLT or similar technology as part of their perceived or inherent value”. ESMA (2019) “Advice on Initial Coins Offerings and Crypto-Assets”, enero, p. 42. [Disponible en: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma50-157-1391_crypto_advice.pdf] Fecha de consulta: 28/04/2022.

²⁰ Traducción propia de su versión original en inglés: “(...) an asset that: a) depends primarily on cryptography and DLT or similar technology as part of its perceived or inherent value, b) is neither issued nor guaranteed by a central bank or public authority, and c) can be used as a means of exchange and/or for investment purposes and/or to access a good or service”. EBA (2019) “Report with advice for the European Commission on crypto-assets”, enero, p. 10-11. [Disponible en: <https://eba.europa.eu/eba-reports-on-cryptoassets>] Fecha de consulta: 28/02/2022.

²¹ Houben, R.; Snyers, A. (2020) “Cryptoassets. Key development, regulatory concerns and responses”, *Parlamento Europeo, Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios- Policy department for Economic, Scientific and Quality of life Policies Directorate - General for internal policies*, abril, p. 17.

(por clara influencia de la nomenclatura adoptada por el GAFI en el año 2015) y, en consecuencia, se ha dicho que las “monedas virtuales” son una:

a. “(...) 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”.

Su transposición en España mediante el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores, ha seguido esta misma línea lo cual no ha generado mayor aporte al brindado en el ámbito comunitario. Tal es así que la definición adoptada en esta última norma es prácticamente idéntica a la utilizada por la Directiva antes mencionada.

b. “(...) Se entenderá por moneda virtual aquella representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central o autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda legalmente establecida y que no posee estatuto jurídico de moneda o dinero, pero que es aceptada como medio de cambio y puede ser transferida, almacenada o negociada electrónicamente.

(...) Se entenderá por cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria la compra y venta de monedas virtuales mediante la entrega o recepción de euros o cualquier otra moneda extranjera de curso legal o dinero electrónico aceptado como medio de pago en el país en el que haya sido emitido.”²²

²² TÍTULO II - Transposición de directivas de la Unión Europea en materia de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Artículo tercero. Modificación de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Se modifica la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, en los siguientes términos: Uno. Se añaden los nuevos apartados 5, 6 y 7 al artículo 1 con la siguiente redacción: “5. Se entenderá por moneda virtual aquella representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central o autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda legalmente establecida y que no posee estatuto jurídico de moneda o dinero, pero que es aceptada como medio de cambio y puede ser transferida, almacenada o negociada electrónicamente.

6. Se entenderá por cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria la compra y venta de monedas virtuales mediante la entrega o recepción de euros o cualquier otra moneda extranjera de curso legal o dinero electrónico aceptado como medio de pago en el país en el que haya sido emitido. 7. Se entenderá por proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos aquellas personas físicas o entidades que prestan servicios de salvaguardia o custodia de claves criptográficas privadas en nombre de sus clientes para la tenencia, el almacenamiento y la transferencia de monedas virtuales.”

Viene al caso aclarar que, a tenor de esta disposición, es muy cuestionable la utilización de la palabra “moneda virtual”, principalmente porque las funciones de estos bienes en el mercado superan muy ampliamente a las funciones económicas de la moneda y porque además genera confusión con las monedas de curso legal (a pesar de las aclaraciones que obligadamente efectúa en su propia definición).

Antes mencionábamos que esta postura se justifica en la utilización de la palabra “moneda virtual” adoptada por el Grupo de Acción Financiera (en adelante, FATF-GAFI), que inicialmente había empleado este término en sus estándares²³. Sin embargo, desde el mes de junio del año 2019²⁴ ha dado un giro en su postura optando por la utilización de “activo virtual”. Como es posible leer en la “guía actualizada para un enfoque basado en el riesgo, Activos virtuales y proveedores de servicios de activos virtuales”, publicada en el mes de octubre de 2021, se insiste en la definición brindada en la recomendación del mes de junio de 2019, y establece que: “(...) los activos virtuales son una representación digital del valor negociable o transferible digitalmente y que puede ser utilizado con fines de pago o inversión. Los activos virtuales no incluyen representaciones digitales de moneda fiduciaria, valores y otros activos financieros que ya estén cubiertos en otras partes de las recomendaciones del GAFI”.

Al interpretar esta norma de *soft law* debemos tener en cuenta su ámbito de aplicación y la consecuente ampliación del conjunto de activos virtuales en función de la jurisdicción en la que se aplique. En el contexto de esta Guía del GAFI, los activos virtuales no son las representaciones digitales de las monedas fiat, de valores u otros derechos y obligaciones sin capacidad inherente a sí mismos de ser negociados o transferidos digitalmente y sin la posibilidad de ser utilizados con fines de pago o inversión. Como bien se indica, “la cuestión clave en este contexto es si el activo virtual tiene un valor inherente para ser intercambiado o transferido y utilizado para el pago o la inversión o, más bien, es simplemente un medio de registrar o representar la propiedad de otra cosa”. Por lo tanto, a las representaciones digitales de valor con capacidad para ser negociadas o transferidas digitalmente, si se las califica como activo financiero por una jurisdicción, no se les aplicará la guía centrada en los activos virtuales, sino que deberá adecuarse a otra parte de las recomendaciones del GAFI.²⁵

²³ Grupo de Acción Financiera - FATF/GAFI (2015) *Directrices para un enfoque basado en riesgo. Monedas virtuales*, Paris: FATF.

²⁴ Grupo de Acción Financiera - FATF/GAFI (2019) *Guidance for a risk-based approach. Virtual assets and virtual asset service providers*, Paris: FATF.

²⁵ Grupo de Acción Financiera - FATF/GAFI (2021) *Guía actualizada para un enfoque basado en riesgo. Activos virtuales y proveedores de servicios de activos virtuales*, Paris: FATF, octubre, p. 20.

En resumen, para que se apliquen los estándares del GAFI sobre activos virtuales será condición inescindible que éstos cuenten con valor intrínseco (no valor por representación) y que también tengan capacidad inherente para ser negociables o transferidas digitalmente. En cualquier caso, debemos tener presente que a las representaciones digitales de valor por representación que también tengan capacidad inherente para ser negociadas o transferidas digitalmente se les aplicarán otros estándares del GAFI. No se los excluye de la regulación.

En relación con el empleo del término “activo virtual”, creemos que el acierto de esta nomenclatura radica en su posición tecnológicamente neutra. Como se observa, se ha dejado de lado la utilización de las palabras “moneda virtual”, “criptoactivo” o “criptomoneda” estableciendo como punto de referencia a las características básicas de estos bienes y no a la tecnología subyacente que emplean. Todo ello permite identificar a los activos virtuales con independencia de su funcionamiento estructural, esto es, la criptografía; o con la función de la moneda en la economía. Como se ha visto, estas son asociaciones comunes en otras definiciones. Sin embargo, desde nuestra posición, son términos muy amplios, poco precisos y cargados del contenido publicitario que en un inicio se había impulsado con el bitcoin. De todos estos conceptos, encontrar un punto de contacto es ciertamente un desafío, el cual aceptaremos tomando posición en las siguientes líneas. En primer lugar, es preciso reconocer que el término criptoactivo es útil para mencionar a un universo de cosas a las que referiremos más adelante bajo la palabra “token”. Sin embargo, de todos ellos, únicamente los capaces de adquirir valor y ser negociables con fines de pago o inversión tendrán la consideración de activos virtuales.

A diferencia de lo establecido por el GAFI, y siempre desde la perspectiva de la capacidad de un criptoactivo para ser objeto material del delito de blanqueo de capitales, no tiene especial trascendencia si su valor es intrínseco o adquirido por representación, en la medida de que el activo virtual, claro está, tenga valor y capacidad intrínseca para ser negociado. Es decir, se exige del activo virtual una determinada autonomía para “mover valores”. No basta con que una representación digital se base en una cadena de bloques para ser considerado objeto material del delito que se analiza. Debemos tomar en cuenta las características que antes mencionábamos y siempre desde un “enfoque funcional”²⁶ que nos permita observar en la realidad cuál es la aplicación de cada token más allá de su calificación “formal” o “legal”.

²⁶ En referencia a los NFT's (o Tokens fungibles), que más adelante se verán con detenimiento, el GAFI explica que, debido a la rápida evolución activos virtuales, el enfoque funcional es particularmente relevante en la consideración de cada país sobre la aplicación de los estándares de este organismo a los activos virtuales en cada caso concreto. Vid. Op.cit. FATF /GAFI (2021) p. 23.

Desde el punto de vista de su funcionamiento, estas representaciones son códigos alfanuméricos que se negocian o transfieren digitalmente y esas operaciones se asientan en un registro distribuido (o DLT²⁷). De todos estos registros, el que se utiliza predominantemente es conocido como *blockchain* o cadena de bloques. Por otra parte, el proceso a través del cual se introducen bienes y servicios en el mundo informático representándolos mediante un código se denomina *tokenización*²⁸ y, por lo tanto, a la representación digital o código se le ha asignado el nombre de *token*. En otras palabras, el token²⁹ es un código alfanumérico que se registra en una base de datos DLT y que nos permite asociarlo a un valor, bien, derecho u obligación.

Existe, por lo tanto, un vínculo innegable entre los activos virtuales y los tokens ya que, como se ha dicho, aquellos son “representaciones digitales de valor”. En consecuencia, un activo virtual es siempre un token. Sin embargo, no todos los tokens serán activos virtuales. Únicamente tendrán esta condición aquellos con capacidad inherente para ser negociados o transferidos digitalmente con fines de pago o inversión.

En resumen, emplearemos el término Activo Virtual en el sentido de representación digital³⁰ de valores, derechos u obligaciones con capacidad inherente para ser negociados o transferidos digitalmente con fines de pago o inversión.

²⁷ Por sus siglas en inglés: *Distributed Ledger Technology*. Se dice que es “distribuido” porque este registro tiene la particularidad de almacenar la misma información en diversos nodos, ordenadores o máquinas y de manera sincrónica. De esta forma se garantiza que cada ordenador o máquina guarda una copia de ese registro. Como vemos, existe una distribución de la información y, en consecuencia, una descentralización del control sobre los datos que se introducen en esta red.

²⁸ Codes Calatrava, A. (2018) “Blockchain y regulación de valores”, en García Mexía, Pablo. (Dir.) (2018) *Criptoderecho. La Regulación de Blockchain*, Madrid: Wolters Kluwer, p. 460.

²⁹ “El Token es una unidad de información a la que se suele denominar *digital asset* (...) [aunque] no todos los *digital assets* son *tokens*”. Explica el autor que estos últimos son, más bien, una especie o modalidad del primero. “Un token implica, aparte del formato digital (e incluso de la criptografía), algo más. (...) lo verdaderamente importante es que el token siempre representa, como mínimo una determinada titularidad.” Por lo tanto, “[el] *Token* es una unidad de información, un registro en una base de datos DLT, pero es, sobre todo, una unidad de valor o una representación digital de valor que siempre (...) genera una relación jurídica entre partes, esto es, genera derechos y/o pretensiones”. García García, J. (2022) “Régimen jurídico civil de los cryptoactivos”, A Coruña: Colex, p. 15-16.

³⁰ “Representación digital es una representación de algo en la forma de datos digitales - es decir datos informatizados que se representan mediante el uso de valores discretos (discontinuos) para incorporar información, en contraste con señales continuas o analógicas que se comportan de una manera continua o representan la información utilizando una función continua. Un objeto físico (...) puede contener una representación digital de moneda virtual, pero en última instancia, la moneda sólo funciona como tal si está vinculada digitalmente, a través de Internet, al sistema de moneda virtual”. Op. Cit. FATF-GAFI (2015), p.39.

III. NO TODOS LOS ACTIVOS VIRTUALES SON SUSCEPTIBLES DE ADQUIRIR VALOR

Se ha visto que el código Penal español, en concordancia con los instrumentos internacionales y comunitarios, exige que los bienes objeto material del delito de blanqueo de capitales tengan valor real³¹. En este sentido es preciso aclarar que, cuando de activos virtuales se trata, resulta complejo identificar de qué forma lo adquieren y por qué no todos los tokens pueden ser considerados de aquella manera. Esto se debe a la multiplicidad de bienes de esta naturaleza y a las distintas funciones que han adquirido en sentido jurídico, económico y financiero, lo que no ha proporcionado posiciones uniformes ni pacíficas, ni ha contribuido con el sinnúmero de clasificaciones elaboradas en torno a este universo de cosas. Si bien los activos virtuales cuentan con funciones asimilables al dinero, a los activos financieros o a otros bienes, en la Unión Europea, a día de hoy, no tienen consideración legal ni de moneda ni de título valor o similares. A lo que debemos añadir que cada token cuenta con sus propias características, lo que genera una gran complejidad e impide su generalización en una única categoría.

Tomando en cuenta estas dificultades, procuraremos efectuar a continuación una propuesta de clasificación del token en tres niveles, mediante la cual identificaremos una serie de características que deberán ser tenidas en cuenta a la hora de analizar cada uno de ellos particularmente y de determinar aquellos casos en los que serán (o no) susceptibles de constituir el objeto material del delito de blanqueo de capitales.

³¹ Velasco Nuñez, E. (2019) "Aspectos jurídico-penales vinculados al blockchain y las criptomonedas: Delito Fiscal, Blanqueo de capitales, robo, estafa...", *Blockchain y criptomonedas*, Madrid: Servicio de formación continua - Consejo General del Poder Judicial, 29 a 31 de mayo de 2019.

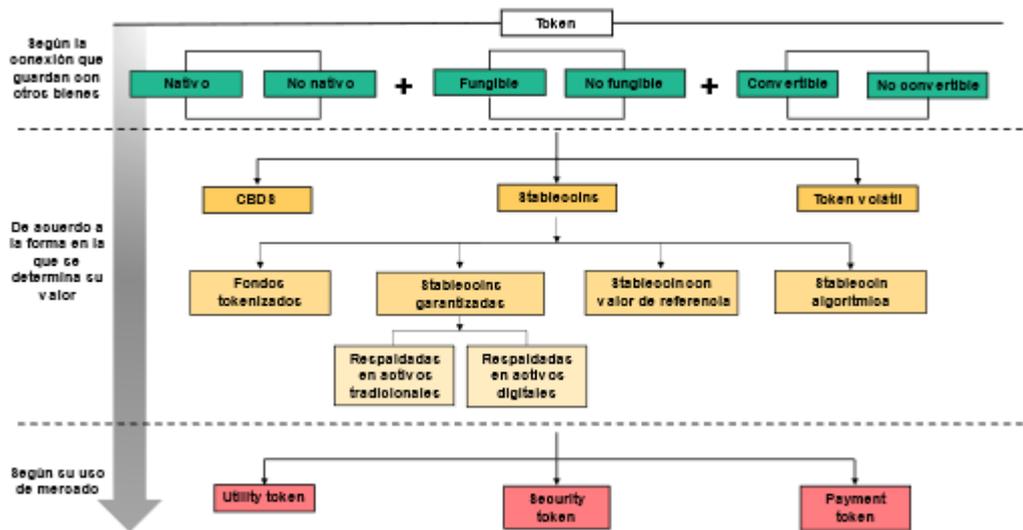


Tabla: Clasificación del Token

Nota: Clasificación del token de acuerdo a la conexión que guardan con otros bienes, a la forma en la que se determina su valor y a su uso de mercado. Este es un resumen de la clasificación propuesta en este apartado³². De cada eje horizontal es posible tomar una característica que no excluye a otra que corresponda al bloque siguiente. No obstante, es preciso efectuar una aclaración en su interpretación: mientras que el primer corte transversal muestra tres conjuntos de características en los que cada una de sus opciones excluye a otra dentro del mismo conjunto (es decir, un token no fungible no podrá ser al mismo tiempo fungible, aunque sí podrá ser a su vez nativo y convertible, por ejemplo); en el segundo y tercer corte transversal, en cambio, sólo una de todas las opciones podría ser seleccionada y, en consecuencia, excluiría a las demás ofrecidas dentro del mismo corte.

III.1. Según la conexión que guardan con otros bienes

III.1.1. Nativos o no nativos

En materia de tecnologías de la información y de la comunicación hablar de innovación nos remite, en una misma palabra, a su pasado, presente y futuro. Los avances en esta área ocurren con tal velocidad que a cada nuevo concepto lo sucede una ola de actualizaciones que en muchos casos lo reformulan y lo redefinen. Un claro ejemplo de ello es el bitcoin, que fue el primer activo virtual con la capacidad de

³² Fuente: Elaboración propia en base a la clasificación propuesta.

introducir dos conceptos tecnológicamente disruptivos, gracias a los cuales fue posible construir un circuito de circulación descentralizado de valores digitalizados. El primero de ellos fue la *blockchain* o cadena de bloques creada, a su vez, a partir de dos recursos tecnológicos más antiguos: la criptografía y las redes entre iguales o peer-to-peer. El segundo fue la representación digital de valor que se produjo gracias al mencionado proceso de tokenización. A partir del minado del primer bloque de bitcoin, comenzaron a producirse una serie de réplicas de esta tecnología (de representación digital de bienes en un registro distribuido) que se aplicó a todo tipo de servicios, objetos, derechos y obligaciones. De esta forma, la tokenización de bienes comienza a utilizarse en dos vertientes: Se produce la digitalización de activos con existencia física y la creación de otros tokens digitales no vinculados a activos subyacentes, variantes que adquirieron respectivamente la denominación de token no nativo (o *asset backed token*) y token nativo. En suma, aquellos casos en los que el código representa un bien tangible o intangible, o lo que es lo mismo, cuando el token está vinculado a un activo subyacente, será posible afirmar que se trata de tokens no nativos o referenciados³³. Dentro de este grupo de cosas, se ha dicho que cuando “lo que se tokeniza” son bienes tangibles, recibirán ese mismo nombre: tokenización de bienes tangibles o, en inglés: *hard asset tokenization*. En cambio, cuando la tokenización se produce sobre bienes intangibles, como el derecho de propiedad intelectual, reciben el nombre de tokens respaldados por bienes intangibles o, en inglés: *soft asset-backed tokens*.³⁴

Por otra parte, si el token no está vinculado a un activo subyacente y, desde su emisión, toda la operativa se produce únicamente en el ciberespacio, éste pertenecerá a la categoría de tokens nativos. En resumen, lo que distingue a un token nativo de otro que no lo es, es que los primeros únicamente existen en el ciberespacio, mientras que los segundos guardan conexión con otros bienes fuera de la red.

III.1.2. Fungibles o no fungibles

De acuerdo con la tradicional clasificación jurídica de bienes, un token será (o no) fungible según admita (o no) su sustitución por otro de su misma clase y especie³⁵.

³³ Op. Cit. García García (2022) p. 30.

³⁴ Subclasificación adoptada por el autor en referencia a los *asset-backed tokens*, a los que define como aquellos que “están representando o incorporan un bien o derecho existente, sea entero, sea una parte, sea un derecho de crédito o un derecho real (...)”. Nazarre Aznar, S. (2020) “Naturaleza jurídica y régimen civil de los «tokens» en «blockchain»”, en García Teruel (Coord.) (2020) “La tokenización de bienes en blockchain. Cuestiones civiles y tributarias”, Cizur Menor: Aranzadi, p. 96-97.

³⁵ “Cosas fungibles serán aquellas que en el tráfico vienen consideradas según su número, medida o peso, y que pueden ser sustituidas unas por otras. Las no fungibles serán las que no admiten la sustitución, así una obra de arte original.” Wolters Kluger (2022) “Cosas muebles”.

Dentro de esta categoría se encuentran los llamados NFT, por sus siglas del inglés *non fungible token*, que son, en definitiva, tokens no fungibles. Éstos pueden ser activos digitales únicos que por su función también han adquirido el nombre de cripto-coleccionables³⁶. Aunque nada impide que la carencia de fungibilidad recaiga sobre el bien que representan con existencia fuera del ciberespacio³⁷.

III.1.3. Convertible o no convertible a dinero fiat

Entendemos por dinero fiat³⁸ a aquel que carece de respaldo o de valor intrínseco ya que “es creado o emitido por una autoridad central en la medida que ésta ostenta la capacidad legal para hacerlo”³⁹. “El respaldo del dinero fiat es la mera confianza en su emisor”. En estos términos, el dinero fiat es emitido por un banco central que tiene la prerrogativa de emisión y el único con capacidad legal para hacerlo⁴⁰. En otras palabras, es “establecida por el gobierno para centrar una economía en un tipo de medio de transacción”⁴¹. Por lo tanto, “esa autoridad o banco central que ostenta el monopolio de emisión” crea dinero que “es solamente válido y aplicable como moneda de ese territorio bajo cuya jurisdicción se emite la moneda en cuestión”⁴². Desde este punto de vista, “el dinero es un medio de pago forzoso, tutelado por un Estado o autoridad pública, denominado en una unidad de cuenta”⁴³.

En este esquema, la convertibilidad de los tokens a moneda fiat está determinada por su capacidad intrínseca de ser intercambiados entre sí. En consecuencia, aquellos tokens que no posean esta característica y que únicamente funcionen en una red cerrada o entorno virtual específico recibirán el nombre de no convertibles.

[Disponible en: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUUNDcyMztbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUtckhIQaptWmJOcSoAIMRGFDUAAAA=WKE] Fecha de consulta: 28/02/2022.

³⁶ En este sentido, el GAFI los ha reconocido como activos digitales únicos, en lugar de intercambiables y que en la práctica se utilizan como objetos de colección, aunque nada impide que puedan ser utilizados con fines de pago o inversión. Op. Cit. FATF/GAFI (2021) p. 23

³⁷ Op. Cit. García García (2022) p. 30.

³⁸ El término *fiat* es un vocablo latino que significa “hágase”. La oración católica del padre nuestro en este idioma dice expresamente “*fiat voluntas tua*” que en su traducción en español significa “hágase tu voluntad”. Este vocablo utilizado junto a la palabra dinero, supone que este último es impuesto por autoridad.

³⁹ Isidro Núñez, F. (2019) “Dinero y moneda”, en Guaita Martínez, J. M. (Dir.) *Las criptomonedas: Digitalización del dinero 2.0*, Cizur Menor: Aranzadi, p. 33-38.

⁴⁰ Op. Cit. Isidro Núñez, F. (2019), p. 34.

⁴¹ European Central Bank en Op. Cit. Isidro Núñez, F. (2019), p. 34.

⁴² Op. Cit. Isidro Núñez, F. (2019) p. 34.

⁴³ Pascua Mateo, F. (2018) “Criptomonedas”, en García Mexía, P. (Dir.) (2018) *Criptoderecho. La Regulación de Blockchain*, Madrid: Wolters Kluwer, p. 369

III.2. Según la forma en la que adquieren valor

III.2.1. Tokens volátiles

En los orígenes del bitcoin encontramos la voluntad de su creador de convertirla en un medio de pago alternativo⁴⁴, descentralizado, privado y seguro⁴⁵. Sin embargo, lo que no se previó con su creación fue la estabilidad en la determinación de su valor, lo cual generó gran volatilidad o variación a su precio de mercado y también al valor de otros tokens que se habían creado imitándolo. Por esta razón, a este conjunto de bienes en los que su valor tiende a graves fluctuaciones se los ha denominado tokens volátiles. Resulta, cuando menos, curioso que esta característica haya promovido su utilización como activos altamente especulativos⁴⁶ y no como medios de pago o inversión. Una paradoja tomando en cuenta las finalidades para las que habían sido creados en primer término.

En cuanto a la forma en la que generalmente se calcula el precio de estos tokens, se ha indicado que siguen el método de “subasta de cierre” regido por la oferta y la demanda. En este caso, “el precio está constantemente variando en base a las ejecuciones de compra-venta que se van realizando (...) [y] el precio de cierre es generado por todo el mercado”⁴⁷.

III.2.2. Stablecoins

En línea con la volatilidad antes mencionada y, justamente, para solucionar este problema y evitar sus posibles devaluaciones abruptas, se crearon herramientas que permitirían controlar las fluctuaciones y ordenar, en gran medida, su precio de mercado. Fue entonces cuando se diseñó una nueva generación de tokens que recibieron el nombre de *stablecoins*.

⁴⁴ Satoshi Nakamoto (2008) “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System”. [Disponible en: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>] Fecha de consulta: 22/02/2022.

⁴⁵ Guaita Martínez, J. M., Carracedo Garnateo, P., Isidro Nuñez, F. (2019) *Las criptomonedas: Digitalización del dinero 2.0.*, Cizur Menor: Aranzadi, p. 42.

⁴⁶ Houben, R., Snyers, A. (2020) “Crypto-assets - key developments, regulatory concerns and responses”, *Study for the committee on Economic and Monetary affairs, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies*, Luxemburg: European Parliament, p. 34. [Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>] Fecha de consulta: 25/02/2022.

⁴⁷ Op. Cit. Guaita Martínez, J. M. *et al* (2019) p. 63.

Si bien no existe consenso en su definición, podemos resumidamente decir que son tokens vinculados al valor de otro activo⁴⁸, respaldados por un activo de reserva⁴⁹ o basados en un conjunto de herramientas de estabilización⁵⁰ diseñadas para evitar la volatilidad y mantener su precio en el mercado. Dentro del género “stablecoin”, es posible elaborar una subclasificación en la que identificamos a: los fondos tokenizados; las stablecoins garantizadas; las stablecoins con valor de referencia; y las stablecoins algorítmicas.

III.2.3. Los fondos tokenizados

También llamados en inglés *tokenized funds*, o modelo de recibo de depósito, son unidades de valor monetario que se almacenan electrónicamente para representar un crédito contra un emisor. Este token se emite a partir de un recibo de fondos para realizar operaciones de pago contra la misma persona que lo pone en circulación. En este caso, es el emisor quien posee los fondos, o bien, recurre a un custodio para ello, garantizando que los fondos en los que se respalda la stablecoin son canjeables por su valor.⁵¹

III.2.4. Las stablecoins garantizadas o collateralised stablecoins

Son tokens respaldados por uno o varios activos, siempre y cuando no se trate de fondos de inversión. Estos a su vez pueden estar apoyados en bienes tradicionales, como materias primas o bienes inmuebles, y típicamente requieren un custodio para la guarda de los mismos. En su otra modalidad, se respaldan en activos digitales, usualmente en otros activos virtuales. Por este motivo, a este segundo grupo de tokens se los ha llamado *on-chain collateralised stablecoins*.

III.2.5. Las stablecoins con valor de referencia

⁴⁸ OMFIF - IBM (2019) “Retail CBDCs. The next payments frontier”, 2. [Disponible en: <https://www.omfif.org/wp-content/uploads/2019/11/Retail-CBDCs-the-next-payments-frontier.pdf>] Fecha de consulta: 22/02/2022.

⁴⁹ Calcaterra, C., Kaal, W. A., Rao, V. (2019) “Stable cryptocurrencies - First Order Principles”, *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy*, junio, 2. [Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3402701>] Fecha de consulta: 22/02/2022.

⁵⁰ Bullmann, D., Klemm, J., PINNA, A., (2019) “In search for stability in crypto-assets: are stablecoins the solution?”, *ECB Occasional Paper*, 230-9 Agosto. [Disponible en: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecb.op230-d57946be3b.en.pdf>] Fecha de consulta: 22/02/2022.

⁵¹ Op. Cit. Houben, R., Snyers, A. (2020) p. 36.

Lo característico de estos tokens es que vinculan su valor a un conjunto de activos de referencia. Puede incluir materias primas, bienes inmuebles, títulos, deuda pública e incluso, moneda fiduciaria. Este mecanismo de estabilidad suele funcionar como las operaciones del mercado bursátil en el sentido de que el titular de los activos no se convierte en propietario de los activos subyacentes. Sin embargo, la stablecoin adquirirá o perderá valor en razón del precio de este último.

III.2.6. Las stablecoins algorítmicas

Esta especie de token se caracteriza por mantener la paridad de su valor respecto a una referencia monetaria mediante mecanismos de negociación algorítmica. Generalmente mediante el suministro programado que consiste en regular la emisión de tokens de tal forma que permita mantener los niveles de volatilidad en un rango estable. De esta manera, se lleva adelante un control inflacionario del activo. Otra característica importante radica en que se apoyan únicamente en las expectativas de los usuarios sobre el futuro poder adquisitivo de sus tokens, cuestión que los distingue de las demás stablecoins antes señaladas.

III.2.7. CBDCs o Central Bank digital currencies

Aunque aún se encuentran en etapa de estudio, a diferencia de los demás tokens enumerados hasta este punto, los CBDCs o *Central Bank digital currencies* se han analizado como posibles activos soberanos emitidos por autoridad pública, en concreto, bancos centrales. Si bien no existe consenso en su definición, podemos decir que son: activos digitales emitidos por bancos centrales, denominados en la unidad oficial de cuenta, que se distinguen de las reservas o los saldos de liquidación mantenidos por los bancos comerciales en los bancos centrales y pueden ser intercambiados entre pares o iguales de forma descentralizada.

En esta línea de ideas, es destacable la postura que el FATF ha sentado en relación a su posible emisión ya que los excluye de las recomendaciones aplicables a los activos virtuales a causa de que, a estos tokens, se le deben aplicar los estándares correspondientes a moneda fiat emitida por bancos centrales⁵².

III.3. De acuerdo a su uso en el mercado

Dentro del conjunto de posibilidades que ofrecen los tokens en el mercado, es posible identificar tres funciones que pueden (o no) presentarse en exclusividad: los *asset* o

⁵² Op. cit. FATF/GAFI (2020) "Report to G20 on So-called Stablecoins", Paris: FATF, junio, p. 6.

security token; los *payment token*; y, los *utility token*. La dificultad para categorizarlas en estos tres grupos ha sido oportunamente advertida por la Autoridad Europea de Valores y Mercados (o ESMA, por sus siglas del inglés: *European Securities and Markets Authority*) mediante el grupo de trabajo *Securities Markets Stakeholders Group* (en adelante, SMSG). Se ha indicado en este sentido que un token, que en principio puede ser clasificado como *utility* o de servicios, en algunas circunstancias podría convertirse en un *security token*, también llamado *token* de inversión o de valor⁵³. Cuestión que no ha hecho más que reafirmar la necesidad de clarificar la función que cumplen en el mercado y distinguirlos a fin de comprender la mencionada flexibilidad y cambio en su uso. En virtud de ello, en los siguientes puntos sugeriremos cuáles son las características a tener en cuenta respecto a cada una de estas categorías.

III.3.1. *Security token*

Los *security tokens*, también llamados *asset token* o *token de inversión*, valor o activo, hacen referencia a valores negociables. Se ha dicho con relación a esta categoría que, según su uso, es posible identificar una sub-categoría conformada por: los *investment tokens*, cuando cuenten con un “propósito especulativo como productos e instrumentos financieros”; los *asset tokens* que, propiamente dicho, son valores digitalizados que “representan un producto básico específico”, ya sean estos activos tangibles o intangibles; los *debt token*, por su parte, representan una deuda como los bonos; y los *equity token* representan una parte de la empresa del emisor⁵⁴ y dan derecho a participar de los beneficios obtenidos por este último.

De modo similar son concebidos por el ESMA, para el cual representan títulos de deuda o capital sobre el emisor y son análogos a acciones, bonos o productos financieros derivados, incluyendo en esta categoría a los activos físicos representados en tokens y negociados en la cadena de bloques⁵⁵. Debido a la posibilidad de que puedan convertirse en valores negociables, en el ámbito de la Unión Europea se los suele asimilar a los instrumentos financieros⁵⁶, cuestión que exige identificar qué bienes cabrían dentro de esta categoría. De acuerdo con la Directiva 2014/65/UE del

⁵³ European Commission (2020) *Study on Blockchains. Legal, governance and interoperability aspects*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, p. 84-94.

⁵⁴ Pappano, D.; D’Atri, G.; Befani, G.; Zanardo, E. (2021) “Criptomonedas y valores digitales: la difícil colocación sistemática y regulatoria del fenómeno entre la informática y el derecho”, en Belando Garin, B. (2021) *Las criptomonedas a debate*, Cizur Menor: Aranzadi, p. 121.

⁵⁵ European Security and Markets Authority - ESMA (2019) *Advice - Initial Coin Offerings and Crypto-Assets*, 9 enero, p.5.

⁵⁶ Ruiz Gallardón García de la Rasilla (2018) “Fe pública y «tokenización» de activos en Blockchain”, en García Mexía, P. (Dir.) *Criptoderecho. La Regulación de Blockchain*, Madrid: Wolters Kluwer, p. 462.

Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros - MIFID II, podríamos afirmar que un token de valor ostentará tal carácter toda vez que su uso y características encuadren en las previsiones del art. 4, inc. 1, ap. 44, de esta norma, el cual establece que son valores negociables: “las categorías de valores que son negociables en el mercado de capitales, con excepción de los instrumentos de pago, como: a) acciones de sociedades y otros valores equiparables a las acciones de sociedades, asociaciones u otras entidades, y certificados de depósito representativos de acciones; b) bonos y obligaciones u otras formas de deuda titulizada, incluidos los certificados de depósito representativos de tales valores;” y “c) los demás valores que dan derecho a adquirir o a vender tales valores negociables o que dan lugar a una liquidación en efectivo, determinada por referencia a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas u otros índices o medidas”. En suma, y siempre tomando en cuenta que esta es solo una aplicación analógica y doctrinaria, un *security token* es:

c. transferible

d. negociable

e. determinado por una unidad de valor o valor de referencia, es decir, que se establecen tipo y número de unidades para intercambiarlas que, generalmente, se rige por normas (o, en el caso, por protocolos) de estandarización.

III.3.2. *Payment token*

Los *payment tokens* son aquellos que se han asimilado al dinero fiat por pretender cumplir con una de sus muchas funciones, esto es: ser medio de pago. Ya con la aparición del bitcoin, que había sido creado con la intención constituirse como medio de pago electrónico o en reemplazo de las monedas fiat, se generó por error la identificación de los tokens en general al dinero. No obstante, solo esta categoría de activos presenta similitudes con este último lo que, a su vez, ha provocado cierta confusión en relación con el dinero electrónico⁵⁷.

⁵⁷ El dinero electrónico representa a la moneda fiat (o de curso legal) y permite un mecanismo de transferencia digital de la misma, mientras que las llamadas “monedas virtuales” “no son emitidas ni garantizadas por un banco central ni por una autoridad pública, ni poseen el estatuto jurídico de moneda o dinero” (art. 3.18, Directiva UE 2018/843). Se deja ver que la principal diferencia, entre muchas otras, radica en que, estas últimas, son una representación digital de valor que puede ser comercializada electrónicamente y que no está respaldada por una moneda de curso legal, por lo tanto, su emisión corresponde a agentes privados. Puede ocurrir que adquiera valor con relación a una moneda fiat o a un bien cualquiera (como un inmueble), pero, en cualquier caso, representa un valor basado en criptografía. Vid. GAFI en Navarro Cardoso, F. (2019) “Criptomonedas (en especial, bitcoin) y blanqueo de dinero”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-14. [Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc>] Fecha de consulta: 20/02/2022. Aunque guardan en

Viene al caso mencionar que el dinero fiat cumple, esencialmente, dos funciones: jurídicas y económicas. Desde la primera posición, según el Banco de España, el dinero es el medio legal para realizar los pagos, que se representa por medio de monedas o billetes y se usa como unidad de medida en las transacciones económicas⁵⁸. Por ello, el elemento definitorio del dinero legal es el respaldo del Estado, “que supone en primer término establecer una unidad de cuenta y en segundo lugar establecer el carácter liberatorio del pago a través de él de las obligaciones monetarias”⁵⁹.

Esto nos lleva a definir al dinero en sentido económico, perspectiva desde la cual se ha dicho que es “el conjunto de activos que emplean los agentes económicos (individuos o empresas) para adquirir bienes o servicios a otros agentes económicos”⁶⁰ y cuenta, a su vez, con tres funciones: I) es medio de pago: lo cual implica que es universalmente aceptado por todos los individuos que formen parte de un país, para así facilitar los intercambios; II) como unidad de cuenta: porque es la unidad de medida en que se expresen los precios de todos los bienes y servicios que haya en la economía; III) como depósito de valor: dadas las características de durabilidad o permanencia en el tiempo y que permite el ahorro (traspasar consumo presente a consumo futuro).

Las dos primeras características son impuestas legalmente y, como decíamos antes, están determinadas por un factor territorial en su aplicación. Respecto a la última función, algunos autores afirman que en una economía existen una gama de bienes y mercancías susceptibles de ser atesoradas por las cualidades anteriormente descritas, y, de todas ellas, los agentes económicos eligen sólo las que, además, son aceptadas como medio general de intercambio⁶¹.

Debido a las evidentes consecuencias jurídicas que derivan de la asimilación de los tokens de pago al dinero, concluimos que los tokens serán considerados legalmente dinero y medio de pago solamente en aquellos Estados que expresamente así lo reconozcan⁶².

común que, en ambos casos, son transferidos electrónicamente, tanto 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 la supervisión prudencial de dichas entidades; como la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los servicios de pago en el mercado interior, excluyen a las monedas virtuales de su ámbito de aplicación. La Directiva UE 2018/843 fue dictada en base a estos parámetros de distinción.

⁵⁸ Op. Cit. Guaita Martínez, J. M. *et al* (2019).

⁵⁹ Op. Cit. Pascua Mateo, F. (2018) p. 369.

⁶⁰ Belso Martínez, J.A., Perales Soler, D., Escolano Asensi, C., López Sánchez, M. J. (2019) *Introducción a la economía*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 255.

⁶¹ Op. Cit. Isidro Núñez, F. (2019) p. 26.

⁶² Tal es el caso de El Salvador que ha convertido al bitcoin en moneda de curso legal. Vid. The New York Times (2022) “El Salvador adoptó el bitc oin para revolucionar su econom ia. No ha

Cabe aclarar que, en el ámbito de la Unión Europea, no se mantuvo un criterio uniforme en este sentido. En un principio, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 22 de octubre de 2015 había reconocido de manera expresa que el bitcoin no tenía ninguna finalidad distinta de la de ser un medio de pago⁶³ directo entre los operadores que la aceptan⁶⁴. Posición que se mantuvo hasta la Directiva UE 2018/843 del 30 de mayo, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849, también conocida como “quinta Directiva”, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE, mediante la cual se incorpora una definición de moneda virtual en el art. 3, ap. 18:

“monedas virtuales: 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*⁶⁵ y que puede transferirse, almacenarse y negociarse por medios electrónicos”.

Como es posible advertir, se deja de lado el cuestionable empleo de la palabra “medio de pago”⁶⁶ y se destaca la utilidad de los tokens como “medio de cambio”⁶⁷.

Debemos decir que España ha sufrido la misma suerte en relación con su posicionamiento respecto a las funciones legales y económicas de estos tokens.

funcionado”, [Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2022/07/05/espanol/bitcoin-el-salvador-bukele-cripto.html>] Fecha de consulta 12/07/2022.

⁶³ Considerando 24 - “Procede indicar, en primer lugar, que la divisa virtual de flujo bidireccional «bitcoin», que se intercambiará por divisas tradicionales en las operaciones de cambio, no puede calificarse de «bien corporal» en el sentido del artículo 14 de la Directiva del IVA, puesto que, como puso de manifiesto la Abogado General en el punto 17 de sus conclusiones, no tiene ninguna finalidad distinta de la de ser un medio de pago”.

⁶⁴ Considerando 42 - “Al ser la divisa virtual «bitcoin» un medio de pago contractual, por una parte, no es posible considerarla ni una cuenta corriente ni un depósito de fondos, un pago o un giro. Por otra parte, a diferencia de los créditos, cheques y otros efectos comerciales mencionados en el artículo 135, apartado 1, letra d), de la Directiva del IVA, constituye un medio de pago directo entre los operadores que la aceptan. Establece además que, a los efectos del Impuesto al Valor Añadido (IVA), las transacciones con bitcoins constituyen una prestación de servicios”.

⁶⁵ El destacado me pertenece.

⁶⁶ Este cambio se debe a que, en oportunidad del procedimiento legislativo de la directiva, el Banco Central Europeo emitió un dictamen consultivo donde se pronunciaba dubitativo sobre esta última expresión aplicada a las criptomonedas, ya que por un lado, no son monedas en sentido propio y, por el otro, pueden ser utilizadas para otros fines distintos al “medio de pago” Vid. Pérez López, X. (2019) “Las criptomonedas: consideraciones generales y empleo de las criptomonedas con fines de blanqueo”, en Fernández Bermejo, D. (Dir.) (2019) *Blanqueo de Capitales y TIC: Marco Jurídico Nacional y Europeo, Modus Operandi y Criptomonedas. Ciberlaundry. Informe de situación*, Cizur Menor: Aranzadi, p. 103-104.

⁶⁷ Sobre el debate suscitado en el ámbito de la Unión Europea relativo a la función de medio de pago o medio de cambio de las (entonces llamadas) “criptomonedas”, Vid. Op. Cit. Fernández Bermejo, D. (Dir.) (2019) p. 104-107.

Mientras que la Resolución vinculante de la Dirección General de Tributos, V1748-18 de 18 de junio de 2018 consideraba al bitcoin como divisa y medio de pago⁶⁸, el Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia núm. 326/2019, de 20 de junio, le niega el carácter de dinero y lo reconoce como medio de cambio⁶⁹. Este último pronunciamiento se produce en líneas similares a la mencionada Directiva (UE) 2018/843, transpuesta en este país por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores.

En resumen, los *payment tokens*, o *token de pago*, son aquellas representaciones de valor utilizadas como medio de cambio⁷⁰ para adquirir otros bienes o servicios. Son, propiamente, las llamadas “monedas virtuales” por la similitud que guardan con la función económica de medio de pago de la moneda fiat, aunque, en virtud de la exclusión de la norma MIFID II, en su art. 4, también conformarían este grupo otros instrumentos de pago, como: a) acciones de sociedades y otros valores equiparables a las acciones de sociedades, asociaciones u otras entidades, y certificados de depósito

⁶⁸ Asensio Borellas, V. (2019) *El bitcoin: una primera aproximación jurídica en derecho civil español*, [Disponible en: <https://elderecho.com/bitcoin-una-primer-a-proximacion-juridica-derecho-civil-espanol/>] Fecha de consulta: 05/07/2022.

⁶⁹ El pronunciamiento se produce en el marco de una causa impulsada por el delito continuado de estafa de los artículos 248, 249 y 74 del Código Penal. Al comprobarse la configuración del delito, y en virtud de los arts. 109 y 110 del Código Penal español, el Tribunal Supremo se dispone a fijar una indemnización. El problema radicaba en que los recurrentes solicitaban la restitución de bitcoins, bajo el argumento de que mediante el contrato de inversión se les había prometido la entrega de bitcoins y no de no euros. El Tribunal Supremo, rechaza el planteamiento y sostiene que “el acto de disposición patrimonial que debe resarcirse se materializó sobre el dinero en euros que, por el engaño inherente a la estafa, entregaron al acusado para invertir en activos de este tipo”. Además, el tribunal agrega que: “(...) tampoco el denominado bitcoin es algo susceptible de retorno, puesto que no se trata de un objeto material, ni tiene la consideración legal de dinero. (...) 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. (...) Aun cuando el precio de cada bitcoin se fija al costo del intercambio realizado, y no existe por tanto un precio mundial o único del bitcoin, el importe de cada unidad en las diferentes operaciones de compra (por las mismas reglas de la oferta y de la demanda), tiende a equipararse en cada momento. Este coste semejante de las unidades de cuenta en cada momento permite utilizar al bitcoin como un activo inmaterial de contraprestación o de intercambio en cualquier transacción bilateral en la que los contratantes lo acepten, pero en modo alguno es dinero, o puede tener tal consideración legal, dado que la Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico, indica en su artículo 1.2 que por dinero electrónico se entiende solo el “valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos que represente un crédito sobre el emisor, que se emita al recibo de fondos con el propósito de efectuar operaciones de pago según se definen en el artículo 2.5 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, y que sea aceptado por una persona física o jurídica distinta del emisor de dinero electrónico” (FJ 3º).

⁷⁰ O bien, medio de pago, en función de la legislación adoptada por cada país.

representativos de acciones; b) bonos y obligaciones u otras formas de deuda titulizada, incluidos los certificados de depósito representativos de tales valores;” y “c) los demás valores que dan derecho a adquirir o a vender tales valores negociables o que dan lugar a una liquidación en efectivo, determinada por referencia a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas u otros índices o medidas”.

III.3.3. *Utility token*

Los *utility token*, también llamados tokens de servicio, han sido considerados por el grupo de trabajo Securities and Markets Stakeholder Group de la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA) como tokens destinados a proporcionar acceso a una aplicación o servicio específico. Son utilizados únicamente con relación a su emisor y no cumplen la función de bien de cambio ni son transferibles porque, por lo general, son emitidos para que los usuarios puedan acceder a un bien o servicio que se presta⁷¹.

De acuerdo a la autoridad suiza supervisora del Mercado financiero (en adelante, FINMA), son aquellos tokens destinados a proveer acceso digital a una aplicación o servicio. Sin embargo, aclara que, si estos tokens no están listos para ser utilizados, pueden ser considerados como security tokens hasta tanto cumplan con la mencionada función. Lo cierto es que ninguna de estas categorías se presenta necesariamente en exclusividad. Puede ocurrir que se utilice un token de servicio para llevar a cabo un pago, y en este caso debe ser considerado, en simultáneo, como *payment token*⁷².

Esta distinción es frecuentemente citada en Estados Unidos porque, por ejemplo, la Security and Exchange Commission (SEC) controla y supervisa los Security Token y no lo hace respecto de los Utility Token. Aunque también agrega que “es muy frecuente que un mismo token tenga las características de ambas categorías”⁷³. Otro ejemplo relevante en aquel país es su conocida norma “*Wyoming utility Token Act*” de 2018, la cual proporciona una exención para los tokens de servicios o *utility token* con fines de consumo específicos que no brindan a sus propietarios una parte de las ganancias del emisor de tokens. Más específicamente, de acuerdo con esta norma, un token de servicio debe utilizarse principalmente para fines de consumo; y no debe ser entregado al comprador inicial como una inversión financiera, entre otros requisitos. En consecuencia, los tokens que cumplen los requisitos de la Ley no constituyen valores y se clasifican más adecuadamente como propiedad intangible según la Ley de Wyoming. Otro de los instrumentos jurídicos relevantes en este esfuerzo del país lo constituye la

⁷¹ Vid. Op. Cit. Ruiz-Gallardón García de la Rosilla (2018).

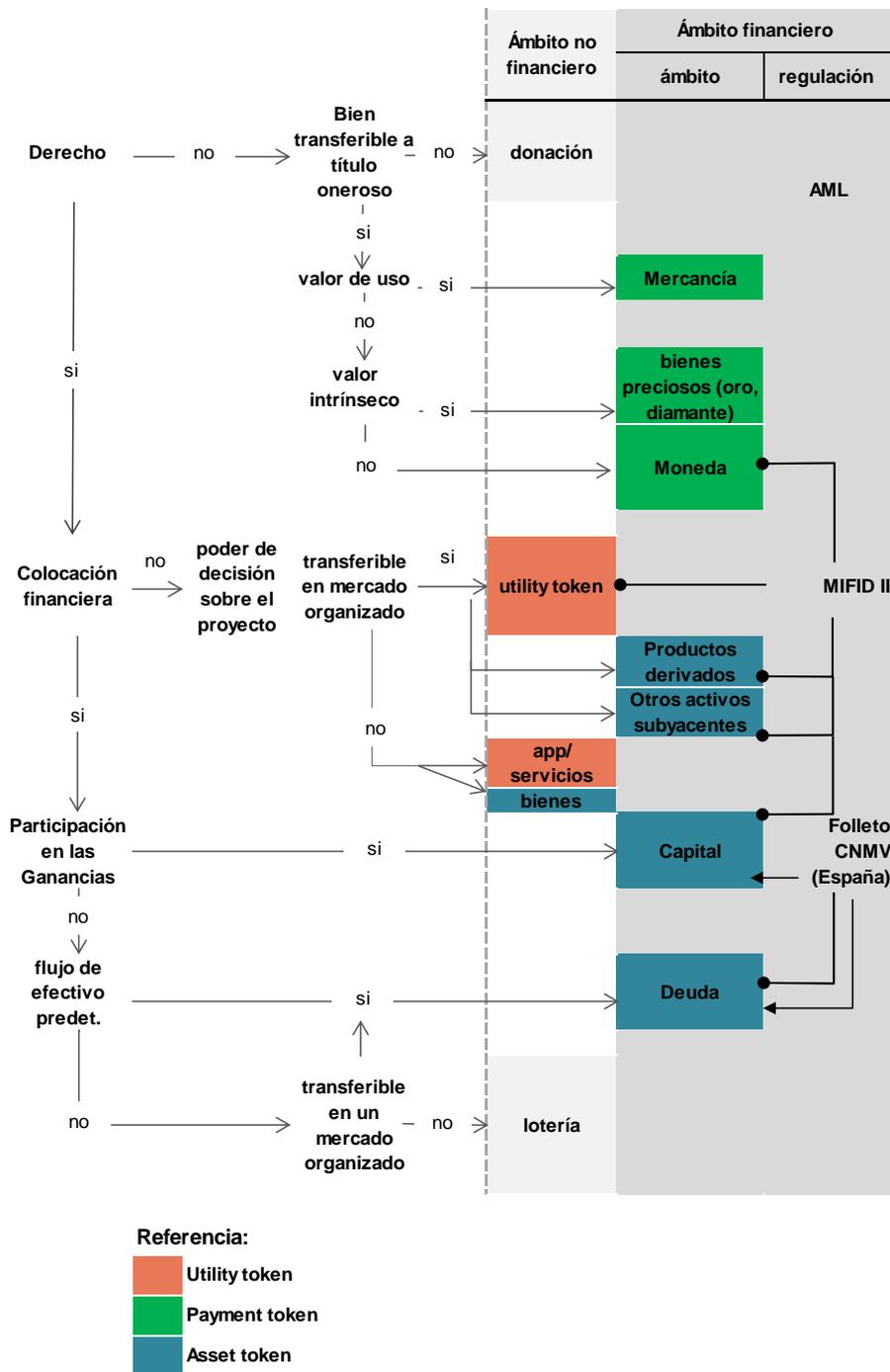
⁷² European Securities and Markets Authority - ESMA (2020) *Annual Statistical Report on EU Alternative Investment Funds*, Paris: ESMA - Risk Assessment and Economics Department, p. 91.

⁷³ Vid. Op. Cit. Ruiz-Gallardón García de la Rosilla (2018) p. 449-485.

norma "*Colorado digital token act*" de 2019. Esta regulación exige a ciertos tokens digitales de la obligación de cumplir con ciertos requisitos exigidos por el registro de valores del Estado. Si bien es muy similar a la Ley de Wyoming, la definición de token digital en la Ley de Colorado incluye un elemento establecido por el "propósito de consumo". La oferta y venta del token digital estará exenta de los requisitos de registro en Colorado si se cumplen las siguientes condiciones: en primer lugar, que el fin principal del token digital sea satisfacer el consumo y, en segundo lugar, que el emisor del token lo comercialice también con fines de consumo y no con fines de inversión.

En alguna medida, estos preceptos normativos nos proporcionan cierta claridad al mismo tiempo que nos permiten trazar una línea distintiva. En resumen, aunque en el ámbito de la Unión Europea aún no contamos con un criterio para identificar a los tokens de servicio o utility tokens, podríamos concluir que encuadran en esta categoría aquellos que: I. guarden por fin satisfacer la prestación de un servicio de consumo específico; y II. que el emisor del token comercialice con fines de consumo y no con fines de inversión o de pago.

Figura 2: Taxonomía del Token de acuerdo a su uso en el mercado



Nota: En el cuadro es posible apreciar una serie de ejemplos de usos, asociados a los tokens en función de su taxonomía y pertenencia (o no) al ámbito financiero. Como se verá, de la multiplicidad de usos que caben a los activos virtuales, no todos ellos están asociados al mercado financiero ni son creados con la finalidad de adquirir valor

intrínseco o ser negociados de forma autónoma, situación que ha abierto un debate en este ámbito.⁷⁴

Como es posible colegir de los apartados anteriores, tanto los *security token* como los *payment token*, ya sean representaciones de bienes con existencia física o tokens nativos, ambos poseen valor negociable, característica que los distingue de los *utility token* y los identifica como activos virtuales. No obstante, más allá de las diferencias teóricas que se han marcado entre los *security token* y los *payment token*, en la práctica, tampoco resulta tan sencilla esta división. Nada obstaculiza a que un token asimilable a los valores transferibles pueda utilizarse como medio de intercambio y viceversa. En este sentido, la Autoridad Europea de Valores y Mercados en el dictamen emitido en el año 2019, advirtió que algunos activos virtuales no estaban comprendidos en el ámbito de regulación de los mercados financieros⁷⁵ lo que, por lo tanto, suponía que no estén sujetos a las disposiciones sobre aspectos como la protección de los consumidores y los inversores o la integridad del mercado, a pesar de conllevar esos riesgos⁷⁶.

Lo que nos debe interesar a los fines de considerar (o no) a un token como objeto material del delito de blanqueo de capitales es que el token en sí mismo tenga valor y capacidad intrínseca de negociación, ya que, el *utility token* es un medio de acceso a un servicio o producto. Como es posible advertir, la trascendencia de esta distinción, en el marco del blanqueo de capitales, radica en que la consideración de un token como *utility*, desde nuestra perspectiva, lo excluiría de las medidas preventivas de lavado de activos por su incapacidad intrínseca para mover valores⁷⁷. En consecuencia, por encima de otras características de un token, primará en su análisis sobre el régimen preventivo y represivo aplicable en materia de blanqueo la función que hubieran adquirido, lo que en segundo término determinará su capacidad de negociación y de adquisición de valor.

⁷⁴ Traducción propia de la clasificación efectuada por el ESMA en: Op. Cit. European Securities and Markets Authority - ESMA (2020) p. 89. Op. cit. European Security and Markets Authority - ESMA (2019) p. 15.

⁷⁵ Vid. European Securities and Markets Authority - ESMA (2019) *Advice on Initial Coin Offerings and Crypto-Assets*, [Disponible en: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma50-157-1391_crypto_advice.pdf] Fecha de consulta 22/05/2022.

⁷⁶ Comisión Europea (2020) *Propuesta de REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937*. [Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593>] Fecha de consulta: 22/05/2022. Dentro de la exposición de motivos, se señala esta cuestión como determinante en la propuesta.

⁷⁷ En sentido similar, se ha dicho que la importancia de esta distinción radica en que, si el token es únicamente considerado como *utility*, las medidas preventivas de lavado de activos no le son aplicables porque la emisión de estos tokens tiene por fin conceder derechos sin aplicación financiera mediante la cadena de *blockchain*. Op. Cit. European Securities and Markets Authority (2020) y (2018).

Por último, y a pesar de las cuestiones antes señaladas, a día de hoy todos los tokens se hallan comprendidos por la regulación en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, sin distinción de sus distintas finalidades o alcances.

IV. CONCLUSIONES

1. De acuerdo con la Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho Penal, en su art. 2.2. se reconoce explícitamente a los “activos intangibles, electrónicos o digitales” como bienes objeto del delito de blanqueo de capitales, con lo cual se ha puesto énfasis en la utilización de los activos virtuales como objeto del delito. No obstante, se ha visto que estos bienes deben reunir una serie de condiciones que hagan materialmente posible su utilización a tales fines. Desde la perspectiva de los criptoactivos, y de todas las características mencionadas en el Código Penal español y en las normas internacionales y comunitarias, destacan principalmente que tales bienes procedan de una actividad delictiva y que, además, sean susceptibles de adquirir valor económico y de incorporarse tanto al patrimonio como al circuito económico. De todo ello se colige que los criptoactivos o tokens podrán ser objeto material del delito de blanqueo de capitales siempre y cuando afloran de actividades delictivas o se utilicen para ocultarlas y, fundamentalmente, cuando tengan capacidad o aptitud de adquirir valor económico negociable.

2. A ello debemos agregar que se exige de los activos virtuales una determinada autonomía para mover el valor económico con el que cuentan. Es esta cualidad y no su tecnología de respaldo o la calificación legal adquirida lo que en resumidas cuentas lo hará pasible de constituirse como objeto material del delito de blanqueo de capitales.

3. En otro orden de ideas, debemos indicar que un activo virtual es siempre un token, en tanto configura una representación digital de valor que funciona sobre un registro DLT. No obstante, no todos los tokens podrán ser activos virtuales. Ello se debe a que únicamente ostentarán tal calificación aquellos con capacidad inherente para ser negociados o transferidos digitalmente con fines de pago o inversión y solamente estos últimos serán pasibles de constituir el objeto material del delito de blanqueo de capitales. Sin perjuicio de estas consideraciones, es preciso recordar que, a día de hoy, tanto las normas preventivas como represivas en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo alcanzan a todos los tokens, sin distinción de sus distintas finalidades o alcances.

4. En este sentido, hemos podido observar que las distintas funciones que han adquirido los tokens en el mercado y las numerosas áreas desde las cuales se ha abordado su estudio han generado una multiplicidad de clasificaciones que, lejos de clarificar la forma en la que éstos adquieren valor o su capacidad para ser objeto material del delito bajo análisis, han contribuido a confundir muchas de sus características. Por este motivo, se ha efectuado una propuesta de clasificación en tres niveles que permite identificar a cada activo virtual y a sus particularidades en el universo de bienes comprendido bajo el término token o criptoactivo.

5. En una primera aproximación, se ha visto que los tokens, según la conexión que guardan con otros bienes, podrán ser nativos o no serlo, Fungibles o no fungibles y convertibles o no convertibles. Cualquiera de estas opciones convive con una de las cualidades brindadas por las clasificaciones de acuerdo a la forma en la que se determina su valor y a su uso en el mercado. En el primer grupo de tokens encontramos a los CBDCs, las stablecoins y los tokens volátiles; mientras que el último conjunto de opciones divide a los tokens según éstos sean utilizados con fines de pago (payment token), de valor negociable o asimilable a título valor en los términos de la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 (security token), o bien, cuando estén destinados a la prestación de un servicio o al acceso a una aplicación determinada (utility token). Tanto los security token como los payment token, ya sean representaciones de bienes con existencia física o tokens nativos, ambos poseen valor negociable, característica que los distingue de los utility tokens y los identifica como activos virtuales.

6. Finalmente, lo que permitirá considerar (o no) a un token como objeto material del delito de blanqueo de capitales será que el token en sí mismo tenga valor y capacidad intrínseca de negociación, ya que, el utility token es un medio de acceso a un servicio o producto, lo que motiva la exclusión de estos últimos de las medidas preventivas de lavado de activos por su incapacidad intrínseca para mover valores. En resumen, lo que determinará la aplicación del marco normativo en materia de blanqueo de capitales a estos bienes será su función en el mercado, su capacidad de negociación y de adquisición de valor por sobre otras características que pudieran presentar.

Referencias y bibliografía

Asensio Borellas, V. (2019) *El bitcoin: una primera aproximación jurídica en derecho civil español*, [Disponible en: <https://elderecho.com/bitcoin-una-primera-aproximacion-juridica-derecho-civil-espanol#>] Fecha de consulta: 05/07/2022.

Belso Martínez, J.A., Perales Soler, D., Escolano Asensi, C., López Sánchez, M. J. (2019) *Introducción a la economía*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Blanco Cordero, I. (2002) “El delito de blanqueo de capitales”, Cizur Menor: Aranzadi.

Blanco Cordero, I. (2022), “Cooperación jurídica Internacional en materia penal en la Unión Europea contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo”, *Revista jurídica de Castilla y León*, 57-junio.

Bullmann, D., Klemm, J., PINNA, A., (2019) “In search for stability in crypto-assets: are stablecoins the solution?”, *ECB Occasional Paper*, 230-9 Agosto. [Disponible en: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecb.op230~d57946be3b.en.pdf>] Fecha de consulta: 22/02/2022.

Calcaterra, C., Kaal, W. A., Rao, V. (2019) “Stable cryptocurrencies - First Order Principles”, *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy*, junio, 2. [Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3402701>] Fecha de consulta: 22/02/2022.

Chainalysis, (2022) *The cryptocrime report*. [Disponible en: <https://www.chainalysis.com/>] Fecha de consulta: 28/04/2022.

Codes Calatrava, A. (2018) “Blockchain y regulación de valores”, en García Mexía, Pablo. (Dir.) (2018) *Criptoderecho. La Regulación de Blockchain*, Madrid: Wolters Kluwer.

Comisión Europea (2020) *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937*. [Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593>] Fecha de consulta: 22/05/2022

Del Carpio Delgado, J. (2019), “Hacia la pancriminalización del blanqueo de capitales en la Unión Europea: un análisis crítico de la Directiva (UE) 2018/1673 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal”, *Revista penal*, 44.

EBA (2019) “Report with advice for the European Commission on crypto-assets”, enero, p. 10-11. [Disponible en: <https://eba.europa.eu/eba-reports-on-cryptoassets>] Fecha de consulta: 28/02/2022.

ECB- Banco Central Europeo (2019) “Crypto-assets task force. Crypto-Assets: Implications for financial stability, monetary policy, and payments and market infrastructures”, *Occasional Paper No. 223*, mayo 2019, 7. [Disponible en: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecb.op223~3ce14e986c.en.pdf>] Fecha de consulta: 28/04/2022.

ESMA (2019) *Advice on Initial Coins Offerings and Crypto-Assets*, enero, p. 42. [Disponible en: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma50-157-1391_crypto_advice.pdf] Fecha de consulta: 28/04/2022.

European Comission (2020) *Study on Blockchains. Legal, governance and interoperability aspects*, Luxembourg: Publications Office of the European Union.

European Securities and Markets Authority - ESMA (2019) *Advice on Initial Coin Offerings and Crypto-Assets*, [Disponible en: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma50-157-1391_crypto_advice.pdf] Fecha de consulta 22/05/2022.

European Securities and Markets Authority - ESMA (2020) *Annual Statistical Report on EU Alternative Investment Funds*, Paris: ESMA - Risk Assessment and Economics Department,.

European Security and Markets Authority - ESMA (2019) *Advice - Initial Coin Offerings and Crypto-Assets*, 9 enero.

EUROPOL (2021) "Cryptocurrencies - tracing the evolution of criminal finances", *Europol Spotlight Report Series, Publications Office of the European Union*, Luxemburg.

FSB (2019) "Crypto-assets: work underway, regulatory approaches and potential gaps", mayo. [Disponible en: <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P310519.pdf>] Fecha de consulta: 28/04/2022.

G7 WORKING GROUP ON STABLECOINS (2019) "Investigating the impact of global stablecoins", octubre. [Disponible en: <https://www.bis.org/cpmi/publ/d187.pdf>] Fecha de consulta: 28/04/2022.

García García, J. (2022) *Régimen jurídico civil de los criptoactivos*, A Coruña: Colex, p. 15-16.

Grupo de Acción Financiera - FATF/GAFI (2015) *Directrices para un enfoque basado en riesgo. Monedas virtuales*, Paris: FATF.

Grupo de Acción Financiera - FATF/GAFI (2019) *Guidance for a risk-based approach. Virtual assets and virtual asset service providers*, Paris: FATF.

Grupo de Acción Financiera - FATF/GAFI (2021) *Guía actualizada para un enfoque basado en riesgo. Activos virtuales y proveedores de servicios de activos virtuales*, Paris: FATF, octubre.

Guaita Martínez, J. M., Carracedo Garnateo, P., Isidro Nuñez, F. (2019) *Las criptomonedas: Digitalización del dinero 2.0.*, Cizur Menor: Aranzadi.

Houben, R., Snyers, A. (2020) "Crypto-assets - key developments, regulatory concerns and responses", *Study for the committee on Economic and Monetary affairs, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, Luxemburg: European Parliament*. [Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>] Fecha de consulta: 25/02/2022.

IOSCO (2019) *Consultation Report on the Issues, Risks and Regulatory Considerations Relating to Crypto-Asset Trading Platforms*, mayo. [Disponible en: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD627.pdf>, 1] Fecha de consulta: 28/04/2022.

IOSCO (2020) *Final Report on the Issues, Risks and Regulatory Considerations Relating to Crypto-Asset Trading Platforms*, febrero. [Disponible en: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD649.pdf>] Fecha de consulta: 28/04/2022].

Isidro Núñez, F. (2019) “Dinero y moneda”, en Guaita Martínez, J. M. (Dir.) *Las criptomonedas: Digitalización del dinero 2.0.*, Cizur Menor: Aranzadi.

Martínez-Buján Pérez, C., Puente Aba, L. (Coord.) (2013), *Derecho Penal Económico y de la empresa*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Miró Llinares, F. (2012) *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Madrid: Marcial Pons.

Navarro Cardoso, F. (2019) “Criptomonedas (en especial, bitc in) y blanqueo de dinero”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-14. [Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc>] Fecha de consulta: 20/02/2022.

Nazarre Aznar, S. (2020) “Naturaleza jurídica y régimen civil de los «tokens» en «blockchain»”, en García Teruel (Coord.) (2020) *La tokenización de bienes en blockchain. Cuestiones civiles y tributarias*, Cizur Menor: Aranzadi.

OMFIF - IBM (2019) *Retail CBDCs. The next payments frontier*, 2. [Disponible en: <https://www.omfif.org/wp-content/uploads/2019/11/Retail-CBDCs-the-next-payments-frontier.pdf>] Fecha de consulta: 22/02/2022.

Orts Berenguer, E.; González Cussac, J. (2020) *Introducción al Derecho Penal. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Pappano, D.; D’Atri, G.; Befani, G.; Zanardo, E. (2021) “Criptomonedas y valores digitales: la difícil colocación sistemática y regulatoria del fenómeno entre la informática y el derecho”, en Belando Garin, B. (2021) *Las criptomonedas a debate*, Cizur Menor: Aranzadi.

Pascua Mateo, F. (2018) “Criptomonedas”, en García Mexía, P. (Dir.) (2018) *Criptoderecho. La Regulación de Blockchain*, Madrid: Wolters Kluwer.

Pérez López, X. (2019) “Las criptomonedas: consideraciones generales y empleo de las criptomonedas con fines de blanqueo”, en Fernández Bermejo, D. (Dir.) (2019) *Blanqueo de Capitales y TIC: Marco Jurídico Nacional y Europeo, Modus Operandi y Criptomonedas. Cyberlaundry. Informe de situación*, Cizur Menor: Aranzadi.

Ruiz Gallardón García de la Rosilla (2018) “Fe pública y «tokenización» de activos en Blockchain”, en García Mexía, P. (Dir.) *Criptoderecho. La Regulación de Blockchain*, Madrid: Wolters Kluwer.

Satoshi Nakamoto (2008) “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System”. [Disponible en: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>] Fecha de consulta: 22/02/2022.

The New York Times (2022) “El Salvador adoptó el bitcóin para revolucionar su economía. No ha funcionado”, [Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2022/07/05/espanol/bitcoin-el-salvador-bukele-cripto.html>] Fecha de consulta 12/07/2022.

Velasco Nuñez, E. (2019) “Aspectos jurídico-penales vinculados al blockchain y las criptomonedas: Delito Fiscal, Blanqueo de capitales, robo, estafa...”, Blockchain y criptomonedas, Madrid: Servicio de formación continua - Consejo General del Poder Judicial, 29 a 31 de mayo de 2019.

Wolters Kluger (2022) “Cosas muebles”. [Disponible en: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDcyMztlUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAIMRGFDUAAAA=WKE] Fecha de consulta: 28/02/2022.