



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

Criptomonedas y libertad de empresa

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

PATRICIO HERMOSILLA CASTILLO

PROFESOR GUÍA:

Dr. iur. utr. TEODORO RIBERA NEUMANN

Santiago de Chile

2019

A mis padres, por su cariño
y por permitirme aspirar a ser realmente libre.

AGRADECIMIENTOS

A mi madre, Marta Patricia, por ser mi compañera, amiga y por su paciencia mientras realizaba este trabajo.

A mi padre, Raúl, por su cariño, ánimo y por haberme enseñado el valor del esfuerzo.

A mi hermana y mi cuñado, Claudia y César, por darme ánimos y motivarme a seguir adelante.

A mi hermano, José Raúl, por enseñarme que no existen imposibles cuando se quiere.

A mis sobrinos, Josefa y Joaquín, por sacarme una sonrisa o emoción con cada noticia.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS.....	3
ÍNDICE.....	4
RESUMEN.....	6
ABSTRACT.....	6
INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO I.....	9
CONCEPTO DE CRIPTOMONEDA, CRIPTOACTIVO O CRIPTODIVISA.....	9
1. Aspectos generales.....	9
2. Historia y desarrollo de las criptomonedas.....	14
3. Características de las criptomonedas.....	19
4. Transacciones con criptomonedas.....	23
5. Función económica.....	26
6. Las Ofertas Iniciales de Moneda o Initial Coin Offering (ICO).....	30
CAPÍTULO II.....	33
REGULACIÓN Y ACUERDOS SOBRE LAS CRIPTOMONEDAS EN EL DERECHO COMPARADO.....	33
1. Regulación de las criptomonedas en el Derecho Europeo.....	33
1.1 Unión Europea.....	33
1.2 Alemania.....	39
1.3 España.....	40
2. Regulación de las criptomonedas en el Derecho Americano.....	44
2.1 Estados Unidos de Norteamérica.....	44
2.2 Venezuela.....	52
2.3 Bolivia.....	63
CAPÍTULO III.....	66
CONFLICTOS JURÍDICOS RELACIONADOS CON LAS CRIPTOMONEDAS EN CHILE.....	66
1. La naturaleza jurídica de las criptomonedas o criptoactivos.....	66
2. Riesgos Delictivos.....	70
3. El tratamiento tributario de las criptomonedas.....	76
4. Regulación de las empresas que se dedican de manera habitual a la compra y venta de criptomonedas.....	78

5. Autotutela de las empresas frente a los riesgos de un nuevo mercado.....	81
6. El deber de protección al ahorro público y el funcionamiento del sistema de pagos	85
CAPITULO V	87
CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y LAS CRIPTOMONEDAS	87
1. Artículo 19° N°21 de la Constitución Política de la República: El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica	87
2. Artículo 19° N°24 de la Constitución Política de la República.....	95
CAPITULO VI	97
ASPECTOS DOCTRINARIOS: LOS LIMITES A LA LIBERTAD DE EMPRESA	97
1. El Orden Público Económico	97
2. Principios del Orden Público Económico.....	98
3. La libertad de empresa como garantía.....	99
4. Limites intrínsecos.....	101
5. Limites extrínsecos	106
6. Las prohibiciones.....	107
CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.....	113
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	120

RESUMEN

En un mundo globalizado se hace patente la necesidad de realizar transacciones de una forma rápida y eficiente. Esta demanda genera nuevas alternativas y es así como en el año 2008 nace la primera criptomoneda: el Bitcoin. Con la creación de las criptomonedas nace una oportunidad de negocio que atrae a los inversionistas y personas naturales con el objetivo de participar en un nuevo negocio. Estos riesgos han puesto en pugna a los miembros tradicionales de los mercados financieros, al Estado y a los nuevos actores del mercado financiero, representado por las empresas de compra y venta de criptomonedas o intercambiadores.

Así, en Chile el año 2018 los bancos nacionales se han visto enfrascados con nuevos actores del mercado que intermedian la compra y venta de criptomonedas, las cuales han sufrido el cierre de las cuentas corrientes bancarias necesarias para compra y vender criptomonedas a través de internet.

Esta memoria profundiza la aparente colisión que se presenta entre la seguridad de los mercados y valores y la compra y venta de criptomonedas, haciendo presente que el ordenamiento jurídico chileno se garantiza la libertad de empresa, permitiendo a todas las personas emprender, debiendo adaptarse a las necesidades que implica la creación de nuevas tecnologías y esquemas de negocios.

No se trata así de prohibir la existencia y uso de las criptomonedas ni imponer limitaciones absurdas, sino que más bien regular su uso desde una perspectiva legal, pero no desconociendo el carácter voluntario de unidades de pago que estas representan.

Palabras clave: Criptomoneda, intercambiador, criptografía, libertad de empresa, anonimato, bitcoin, Chile.

ABSTRACT

In a globalized world, the need to conduct transactions quickly and efficiently becomes evident. The need for efficiency and speed generates new alternatives, so in 2008, the first

cryptocurrency was born: Bitcoin. With the creation of cryptocurrencies, a business opportunity is born that attracts investors and individuals in order to participate in a new business. These risks have challenged the traditional members of the financial markets, the State and the new financial market players, represented by the companies of purchase and sale of cryptocurrencies or exchangers. Thus, in Chile in 2018, the national banks have been involved with new market players, represented by the companies SURBTC SpA, OrionX SpA and CRYPTOMKT SpA. These have suffered the closure of current bank accounts necessary for buying and selling cryptocurrencies through the internet. In the Chilean legal system the freedom of business is guaranteed, allowing all people to undertake, having to adapt to the needs that the creation of new technologies and business schemes implies.

Key words: Cryptocurrency, exchanger, cryptografy, Enterprise, anonimity, bitcoin.

INTRODUCCIÓN

En los últimos años se ha planteado una especie de revolución, gracias al desarrollo de la informática y el internet, convirtiéndose esta en una plataforma indispensable para la vida diaria de millones de personas. En este contexto, las empresas han experimentado un crecimiento enorme, haciendo cada vez más necesaria la existencia de mecanismo que permitan la realización de transacciones con menores costos y de forma expedita.

A través del software, expertos han buscado la alternativa que resulte más idónea a efectos de cumplir los objetivos anteriormente señalados, desarrollando lo que sería una de las mayores revoluciones en lo que respecta a las transacciones: un sistema de pagos independiente y descentralizado, respecto del Estado e instituciones financieras, con un mecanismo de control colectivo, gracias al conjunto de individuos que voluntariamente deciden cumplir esta función, incentivados por la recompensa de adquirir participación en este sistema. Este sistema transaccional, representado por un valor intangible, es llamado criptomoneda.

En el presente trabajo se desarrollan aspectos fundamentales respecto a las criptomonedas, considerando su historia, conflictos jurídicos relevantes y su relación con el derecho a la libertad de empresa, consagrado en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República. Esto se debe a que, al crearse un nuevo sistema de pagos, personas naturales y jurídicas han querido participar en él, buscando desarrollar nuevas oportunidades de negocio basados en la tecnología. Sin embargo, las oportunidades de nuevos negocios no solo despiertan interés en aquellos que pueden verse beneficiados por ellas, sino también de las autoridades y otros privados, que ven en algunos casos, peligro frente al riesgo que representa un mecanismo descentralizado, como lo es, en el caso de las criptomonedas.

No se pretende en este trabajo un desarrollo absoluto de todas las materias relacionadas con las criptomonedas, sino permitir al lector obtener una orientación básica en lo que respecta a este nuevo fenómeno. Por lo tanto, se han tomado ciertos aspectos elementales y necesarios para la comprensión de este nuevo fenómeno.

CAPÍTULO I

CONCEPTO DE CRIPTOMONEDA, CRIPTOACTIVO O CRIPTODIVISA

1. Aspectos generales

Para comenzar, considerando la dificultad que representa la conceptualización de la criptomoneda, se brindarán algunas definiciones básicas al respecto.

En primer lugar, hay que atender a la primera idea respecto a las criptomonedas, la cual fuera planteada por Wei Dai, en el año 1998, esta consiste en crear un nuevo tipo de dinero descentralizado que utilizara el cifrado de datos como medio de control.¹ Sin embargo, esta idea resulta demasiado genérica respecto de la realidad de las criptomonedas hoy en día, pero contiene aspectos fundamentales que son comunes a todo criptoactivo: la descentralización y el cifrado de datos (criptografía).

En segundo lugar, se encuentra la definición otorgada por los creadores de la primera criptomoneda, la cual atiende a la naturaleza digital de esta, definiéndola en los siguientes términos: *“Definimos una moneda electrónica (criptomoneda) como una cadena de firmas digitales.”*²

Con todo, estas definiciones no son suficientes para entender las funciones de la criptomoneda, por lo que se recurrirá a otras definiciones que atienden a la forma económica de la criptomoneda.

La primera de estas es la realizada por el Grupo de Acción Financiera (GAFI o FAFT), en la cual se ha señalado que criptomoneda, criptomoneda, criptoactivo o moneda virtual es: *“una representación digital de valor que puede ser comerciada de manera digital y funciona como (1) un medio de intercambio; y/o (2) una unidad de cuenta; y/o (3) un depósito de valor, pero no tiene estatus de moneda de curso legal.”*³

¹WEI DAI. 1998. B-Money. <http://www.weidai.com/bmoney.txt>. [En línea] 1998. [Citado el: 13 de abril de 2018.] <http://www.weidai.com/bmoney.txt>.

² NAKAMOTO, SATOSHI. 2018. Bitcoin: Un sistema de dinero en efectivo electrónico peer-to-peer. *bitcoin.org*. [En línea] junio de 2018. [Citado el: 20 de abril de 2018.] http://bitcoin.org/files/bitcoin-paper/bitcoin_es.pdf. p.12

³ GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL. 2015. Directrices para un enfoque basado en riesgo para monedas virtuales. *FAFT/OECD*. [En línea] junio de 2015. [Citado el: 20 de abril de 2018.] <http://www.eba.europa.eu/documents/10180/657547/EBA-Op-2014-08+Opinion+on+Virtual+Curriencies.pdf>. p.27

La segunda de estas definiciones es la otorgada por la Autoridad Bancaria Europea, la cual define las criptomonedas como: *“una representación digital de valor que no es emitida por un banco central ni está necesariamente vinculada a moneda fiduciaria, pero que es utilizada por personas naturales o jurídicas como medio de intercambio, pudiendo ser transferido, almacenado o intercambiado electrónicamente.”*⁴

Por otra parte, se encuentra la definición establecida por el Banco Central Europeo: *“representación digital de valor, no emitida por ninguna autoridad bancaria central, institución de crédito o emisor de dinero electrónico que, en ciertas ocasiones, puede ser utilizada como una alternativa al dinero.”*⁵

Considerando lo precedente y tal como señala Bedecarratz, estas definiciones son criticables, puesto que *“parten de la base de que las monedas virtuales comparten las características propias de una moneda, en cuanto a que serían aceptadas como un medio de pago o de cambio y contarían, por lo tanto, con poder liberatorio.”*⁶ Atendiendo a la naturaleza descentralizada y desconcentrada de las criptomonedas, esto dependería exclusivamente de la aceptación general del mercado, no obstante, como establece el mismo autor: *“Sin embargo, ello no es tal, pues la actual masificación no ha alcanzado a producir una aceptación de las mismas en el sistema económico, lo cual implica que carecen de ese poder. Aún falta una penetración de la sociedad de estos instrumentos que produzca su general aceptación por las personas.”*⁷

Al enfrentarse a este panorama, el autor ha optado por definir a monedas virtuales *“como una especie de bien incorporal sui generis que como una moneda, las cuales pueden ser empleadas como un commodity y ser objeto de transacciones e inversiones, como ha ido ocurriendo hasta la actualidad.”*⁸

⁴ EUROPEAN BANKING AUTHORITY. 2014. EBA Opinion on 'virtual currencies'. *EBA Opinion*. [En línea] junio de 2014. [Citado el: 20 de abril de 2018.] <https://www.eba.europa.eu/documents/10180/657547/EBA-Op-2014-08+Opinion+on+Virtual+Currencies.pdf>. p.12.

⁵ BANCO CENTRAL EUROPEO. 2016. Sobre una Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. *Dictamen del Banco Central Europeo*. [En línea] 12 de Octubre de 2016. [Citado el: 12 de Abril de 2018.] https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex_52016ab0049_es_txt.pdf.p.12

⁶ BEDECARRATZ, Francisco.2018. *Riesgos Delictivos de las Monedas Virtuales.*. Santiago: Revista Chilena de Derecho y Tecnología, 2018. Vol.7. p. 81

⁷ Ibidem

⁸ Ibidem

La definición otorgada por este autor tiene como particularidad, el atender a la naturaleza jurídica de las criptomonedas basada en su existencia, además le otorga el carácter de commodity, lo que plantea la posibilidad de ser un activo de reserva intercambiable por dinero. No obstante, se detectan varios problemas con esta definición:

i. Homologa “moneda virtual” a “criptomoneda”: En este caso, conviene hacer una distinción entre tres conceptos: “moneda digital”, “moneda virtual” y “criptomoneda”. En el caso de la “moneda digital”, se puede definir como: “un medio de intercambio monetario cuyo valor se almacena y transfiere electrónicamente,”⁹ Encontrándose dentro de este concepto todo tipo de medio de intercambio monetario electrónico, como las transferencias electrónicas. En el caso de la “moneda virtual”, estas son “monedas centralizadas, basadas en Internet, que se utilizan como medio de intercambio en el marco de un mundo virtual. A menudo, estos están asociados con juegos en línea o plataformas de redes sociales y utilizadas por miembros de una comunidad virtual específica”¹⁰. Por último, están las criptomonedas, que, si bien no han sido absolutamente definidas, se puede señalar que “son una forma de moneda digital, pero difieren en que no están denominados en moneda oficial y no son controlados por una autoridad centralizada.”¹¹ Así, existiría una relación de género a especie entre moneda virtual, digital y criptomoneda, no siendo el mismo concepto. Sin embargo, la mayoría de la literatura las ha tratado indistintamente como “virtual currencies” o “moneda virtual”.

ii. No considera elementos fundamentales de la criptomoneda: como se hizo referencia anteriormente, las criptomonedas son descentralizadas respecto a una autoridad estatal o financiera, desreguladas, las cuales, tienen por objetivo, realizar transacciones sin la necesidad de la intermediación de un banco o institución financiera. Esto constituye un grave error, puesto que reduce a las criptomonedas a un medio de intercambio y de reserva de capital, sin considerar su naturaleza independiente.

⁹ GRANTHORNTON. 2016. Digital, virtual and crypto currencies: issues and accounting risks. *Grantthornton*. [En línea] mayo de 2016. [Citado el: 27 de septiembre de 2018.] <https://www.grantthornton.co.uk/globalassets/1.-member-firms/united-kingdom/pdf/publication/2016/undisputed-may-2016-crypto-currencies.pdf>. p.1

¹⁰ *Ibidem*. p.2

¹¹ *Ibidem*. p.2

iii. No considera el mecanismo de producción de la criptomoneda: Berrecatz, señala al respecto: “Comúnmente se usa como sinónimo de “monedas virtuales” el término “criptomonedas”. Este último concepto las vincula a la criptografía, tecnología de cifrado que constituye la arquitectura de su funcionamiento y garantía de su valor, en contraposición al dinero fiduciario común que se sustenta en la confianza.”¹² Al respecto, cabe destacar que la criptografía es la que dota a la criptomoneda de características que difieren del resto de las monedas virtuales, como lo es, el anonimato relativo en las transacciones. Es decir, la criptografía, no solo constituye el mecanismo de funcionamiento y garantía de valor de las criptomonedas, sino que, a su vez, constituye el fundamento básico y elemental de la criptodivisa, como se señaló en la primera parte de este apartado. Es más, podría señalarse que la criptomoneda es parte de una filosofía en la forma de hacer negocios, como destaca Wei Dai, su inspiración se basa en el cripto-anarquismo propuesto por Tim May¹³, señalando lo siguiente: “*en una criptoanarquía el gobierno no se destruye temporalmente, sino que está permanentemente prohibido y permanentemente innecesario. Es una comunidad donde la amenaza de la violencia es impotente porque la violencia es imposible y la violencia es imposible porque sus participantes no pueden estar vinculados a sus verdaderos nombres o ubicaciones físicas.*”¹⁴ Esta idea se puede ver claramente reflejada en las criptomonedas, donde las transacciones son públicas, debido a que se basan en firmas digitales que pueden ser conocidas por todos los interesados, sin saber, quienes son los sujetos involucrados en particular.

Por otra parte, se debe considerar la definición otorgada ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile: “*En términos simples, una criptomoneda, criptodivisa o cryptoactivo es un medio digital de intercambio que utiliza la criptografía para asegurar las transacciones y controlar la creación de nuevas unidades.*”¹⁵

¹² BEDECARRATZ. op.cit. p..89

¹³ Antiguo ingeniero de la empresa Intel, autor del “Manifiesto Criptoanarquista”. Disponible en: <https://www.activism.net/cypherpunk/crypto-anarchy.html>

¹⁴ WEI DAI. op. cit.

¹⁵ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2018. *Demanda de CRYPTOMKT SpA contra Banco del Estado de Chile y otros*. Rol: C-350-2018, Portal de consultas Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, [En línea] 05 de abril de 2018. [Citado el: 23 de abril de 2018.] <http://consultas.tdlc.cl>

Atendiendo lo antes indicado, y considerando los aspectos económicos, técnicos y jurídicos de las criptomonedas se debe considerar que ellas son un tipo de moneda virtual, cuya característica principal es la utilización de la tecnología de la criptografía o cifrado de datos, con el objetivo de constituir un nuevo sistema de pagos descentralizado, desintermediado, global, público respecto de la realización de las transacciones y privado en el contenido de éstas últimas.

La anterior definición, parece adecuada por las siguientes razones:

- i. Reconoce la naturaleza de moneda virtual de la criptomoneda, es decir, atiende a que ésta vive en un medio digital, siendo representada por datos, pero que, sin embargo, tiene características propias y distintivas, respecto al común de las monedas digitales. A su vez, toma en consideración su naturaleza jurídica, como un bien inmaterial al ser un tipo de moneda virtual.
- ii. Pone énfasis en la tecnología que le da su nombre, es decir, la criptografía, inferiendo que existe un proceso de creación de un código particular, que permita la publicidad en el hecho de las transacciones, mas no, en su contenido.
- iii. Caracteriza a las criptomonedas por sus objetivos y naturaleza económica, es decir, la constitución de un sistema de pagos nuevo, con características incompatibles con la moneda fiduciaria, pero con el fin de realizar intercambios.
- iv. Reconoce el estatus global de la criptomoneda: Al no estar vinculada a ningún Estado o institución financiera, se caracteriza por ser una moneda de circulación global, es decir, su uso no estaría restringido a un territorio determinado, sino a la aceptación de los mercados y sus intervinientes

Este concepto busca el entendimiento de las criptomonedas, criptodivisas o criptoactivo de una forma holística. Sin embargo, como se verá a través de este trabajo, hay ciertos elementos que han variado atendiendo a ciertas particularidades en el desarrollo del criptoactivo. No obstante, al existir pocas regulaciones que limiten las características de las criptomonedas, en lo sustantivo estas se mantienen.

2. Historia y desarrollo de las criptomonedas

La historia de estos valores es relativamente reciente, dado que, su desarrollo ha ido aparejado directamente con el desarrollo de la informática y los medios de transmisión digitales. Por otra parte, el conocimiento de la opinión pública de ellas se ha caracterizado por estar vinculadas a distintos tipos de delincuencia informática, transacciones ilícitas y recelo por parte de las instituciones estatales y bancarias a su proliferación.

A través de los siguientes párrafos, se expondrán cronológicamente los hechos más relevantes en torno a las criptomonedas:

El origen de las criptomonedas puede remontarse al año 2008, con la aparición de la Bitcoin (Abreviada BTC), la primera criptomoneda, siendo dos los hechos que le dan origen:

En primer lugar, se registra el dominio de internet *bitcoin.org*; en segundo lugar, en octubre del mismo año se publica el documento original que explica el funcionamiento, principios y características de la Bitcoin, por una persona o grupo de personas bajo el seudónimo Satoshi Nakamoto, teniendo por título: “*Bitcoin: un sistema de dinero en efectivo electrónico peer-to-peer.*”¹⁶ Es decir, un sistema de dinero efectivo electrónico, en el cual, no existe un servidor centralizado que opere por sí mismo todas las transacciones, sino que un sistema donde cada dispositivo que interviene constituye una parte del sistema completo.

Luego, en el año 2009 se publica en el sitio New Liberty Standard el primer factor de convertibilidad de la Bitcoin,¹⁷ radicando el valor de la Bitcoin en el gasto necesario para producirla.

En el año 2010, se funda el primer organismo de cambio entre el bitcoin y la moneda fiduciaria: The Bitcoin Market.

¹⁶ NAKAMOTO. op. cit. p.13

¹⁷ Tendrá su valor de US\$ 1 = 1.309,03 BTC. La ecuación utilizada para obtener esta tasa se basa en el coste de electricidad requerido para operar con un ordenador durante un año. Consistiendo en dividir \$1 por la cantidad media de electricidad utilizada para ejecutar un ordenador durante un año (Q), multiplicado por el coste medio residencial de la electricidad en USA del año anterior (CMe), dividido por 12 meses y dividido por el número de BTC generado por un ordenador en los últimos 30 días (nB). EW LIBERTY STANDARD. 2009. 2009 exchange rate. *New Liberty Standard*. [En línea] 5 de febrero de 2009. [Citado el: 23 de abril de 2018.] <http://newlibertystandard.wikifoundry.com/page/2009+Exchange+Rate>.

A su vez, se produce la primera transacción con este activo, sin embargo, esta transacción no contaba con garantías de seguridad, sino que tuvo la pretensión de manifestar la capacidad del Bitcoin para funcionar como medio de pago con poder liberatorio.

En febrero del 2011, se funda Silk Road, que se ha definido de la siguiente manera: “un mercado negro para el comercio de drogas en línea, las transacciones se hacen en BTC debido a su anonimato. La web funciona como eBay o Amazon en concepto de drogas, aprovechándose de los beneficios del BTC(Bitcoin) y de otro proyecto tecnológico conocido como Tor (cuyo objetivo es conseguir la imposibilidad de rastreo de los usuarios en internet, anonimato) Este hecho pone de manifiesto uno de los problemas de Bitcoin referente al comercio ilegal y al blanqueo de dinero.”¹⁸

Este carácter adquirido por las transacciones con criptomonedas pone en tela de juicio profundamente al mercado de las mismas. Lo anterior es debido, a que al ser un sistema descentralizado no permite tener mayor control sobre los intercambios, los sujetos que intervienen en ellas y los fines que se persiguen a través de ella, puesto que no existen los diversos mecanismos de control comunes, ya sean registros contables supervisados por alguna autoridad pública o privada, así como pago de impuestos a ciertos productos, como sucede en el caso de la moneda fiduciaria.

En el mes de junio de 2011, la reconocida página de filtración de documentos de interés público llamada “Wikileaks”, comenzó a aceptar donaciones en bitcoin¹⁹, por lo que, en el año 2010, empresas como Visa y MasterCard decidieron congelar las cuentas vinculadas a Wikileaks²⁰.

Alejado de los escándalos de transacciones ilegales y el financiamiento de organizaciones vinculadas a delitos contra ciertos Estados, se identifica otro de los problemas a las criptomonedas, que es la seguridad del resguardo de los valores. Así, en junio de este año,

¹⁸ SÁNCHEZ, Jaime. 2014. *Bitcoins. ¿Revolución o Historia? Tesis (Grado en Administración y Dirección de Empresas)*. Madrid: Pontificia Universidad de Comillas ICAI- ICADE. Facultad de Derecho y Empresariales, 2014. p.23

¹⁹ GREENBERG, Andy. 2011. WikiLeaks Asks for Anonymous Bitcoin Donations. *Revista Forbes Online*. [En línea] junio de 2011. [Citado el: 22 de abril de 2018.] <https://www.forbes.com/sites/andygreenberg/2011/06/14/wikileaks-asks-for-anonymous-bitcoin-donations/#55d974ec4f73>

²⁰ GREENBERG, Andy. 2010. Visa, Mastercard Move to Choke Wikileaks. *Revista Forbes Online*. [En línea] diciembre de 2010. [Citado el: 22 de abril de 2018.] <https://www.forbes.com/sites/andygreenberg/2010/12/07/visa-mastercard-move-to-choke-wikileaks/#1a6a5e7d2cad>.

comienza el robo del bitcoin a través de software, señalando las noticias de la época: “Empiezan con un usuario del foro Bitcoin reclamando que 25.000 BTC han sido extraídos de su cartera (US \$375.000). Días después de la noticia se informa de la violación del sistema de seguridad de MtGox (la empresa de compra y venta de criptomonedas o intercambiador más importante de bitcoins a esta fecha), que resulta en la fuga de información de 60.000 cuentas (nombres de usuario, direcciones de email y hashes contraseña). La base de datos es accedida a través de una cuenta de administración hackeada que realizaba numerosas transacciones y finaliza con el parón (detención absoluta de las operaciones) del servicio de la empresa durante siete días.”²¹

Por otra parte la EFF (Electronic Frontier Foundation), la cual se define como “la principal organización sin fines de lucro que defiende las libertades civiles en el mundo digital”²², decidió no recibir donativos en bitcoins, exponiendo una serie de problemas relacionados con este sistema, los cuales son: “1. *No comprender completamente los complejos problemas legales relacionados con la creación de un nuevo sistema monetario: Bitcoin plantea problemas legales no probados relacionados con, la ley de pago de sellos, la evasión de impuestos, la protección del consumidor y el lavado de dinero, entre otros.*”²³

El año 2012, se produce la primera declaración de preocupación por parte de una autoridad estatal. En este caso el FBI por el uso de la Bitcoin en actividades ilegales, específicamente en el uso del portal Silkroad. Al respecto señala: “*Probablemente el bitcoin siga atrayendo ciberdelinquentes que lo ven como un medio para transferir, lavar o robar fondos, así como un medio para hacer donaciones a grupos que participan en actividades ilegales como hackactivistas*”²⁴, manifestando los factores de riesgo que presenta este activo.

En septiembre del mismo año, la Securities and Exchange Commission (SEC) realiza un análisis legal de la criptomoneda a raíz de un caso que involucra a la organización BTC

²¹ SANCHEZ, op. cit. p. 24

²² THE ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION. About EFF. *The Electronic Frontier Foundation website*. [En línea] [Citado el: 22 de abril de 2018.] <https://www.eff.org/es/about>.

²³ THE ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION. *EFF and Bitcoin. The Electronic Frontier Foundation website*. [En línea] [Citado el: 22 de abril de 2018.] <https://www.eff.org/es/deeplinks/2011/06/eff-and-bitcoin>.

²⁴ FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION, INTELLIGENCE ASSESMENEN. 2012. (U) Bitcoin Virtual Currency: Unique Features Present Distinct Challenges for Detering Illicit Activity. *FBI Cyberintelligence Section and Criminal Intelligence Section*. [En línea] abril de 2012. [Citado el: 26 de abril de 2018.] https://www.wired.com/images_blogs/threatlevel/2012/05/Bitcoin-FBI.pdf. P.3

Trading Corp, una empresa de compra y venta de criptomonedas de bitcoins acusada de operar bajo un sistema de estafa piramidal.²⁵

En el mes de diciembre, aparece la primera institución de compra y venta de criptomonedas, a la cual se le da licencia de banco, con la condición de someterse a la regulación bancaria europea: Bitcoin Central, sometiéndose ésta a las normas europeas, que regulan temas básicos: el encaje, seguros que deben contratarse y las obligaciones de la entidad con los clientes, consistiendo en uno de los primeros indicios de legitimación legal.

El año 2013, la institución norteamericana llamada “The Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN), ofrece una definición y regulación básica de las criptomonedas. El aspecto más relevante de este informe radica en que, por primera vez se realiza la distinción entre criptomonedas centralizadas y no centralizadas, basándose en la administración de los fondos, control y convertibilidad.²⁶

Ese mismo año, en Chile se presenta un recurso de protección por vulneración al artículo 19° N°24 de la Constitución Política de la República, por un requerimiento de información adicional de la aduana chilena respecto a la justificación de pago de una cámara digital a través de internet²⁷, siendo el primer recurso interpuesto, a efectos del reconocimiento de las transacciones con criptomonedas.

También en el año 2013, se produce uno de los avances tecnológicos más grandes desde el origen de las criptomonedas: la creación de un servidor ATM o cajero automático de bitcoins en Estados Unidos.²⁸

A su vez, en el mismo país el Departamento de Seguridad de la Patria de Estados Unidos, le incauta a una subsidiaria de la empresa de compra y venta de criptomonedas Mt. Gox llamada

²⁵ UNITED STATES DISTRICT COURT EASTERN, DISTRICT OF TEXAS. 2013. Securities and Exchange Commission against Trendon T. Shavers. *U.S Securities and Exchange Commission webpage*. [En línea] Julio de 2013. [Citado el: 22 de abril de 2018.] <https://www.sec.gov/litigation/complaints/2013/comp-pr2013-132.pdf>.

²⁶ DEPARTMENT OF THE TREASURY, FINANCIAL CRIMES ENFORCEMENT NETWORK. 2013. Application of FinCEN's Regulations to Persons Administering Exchanging or Using Virtual Currencies. *FinCEN webpage*. [En línea] marzo de 2013. [Citado el: 20 de abril de 2018.] : <https://www.fincen.gov/sites/default/files/shared/FIN-2013-G001.pdf>.

²⁷ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2013. *Causa N°134922-2013 (protección)*. [En línea] 05 de abril de 2018. [Citado el: 23 de abril de 2018.] [en: <http://www.vlex.cl>]

²⁸ BBC ONLINE. 2013. World's First Bitcoin ATM opens- and other tech news. [En línea] 1 de noviembre de 2013. [Citado el: 2018 de abril de 22.] <http://www.bbc.com/news/av/technology-24756030/world-s-first-bitcoin-atm-opens-and-other-tech-news>

Dwola 2.9 de dólares.²⁹ Esto se produce ya que se viola la normativa de transacciones de dinero de Estados Unidos, ya que Dwola transfería dinero a Mt. Gox desde Estados Unidos, a efectos de comprar y vender criptomonedas, no dejando ningún registro.

En el mes de agosto de este año, un juez federal de Estados Unidos en el caso seguido en contra la estafa piramidal denominada: “Bitcoin Savings & Trust”. Declara que la criptomoneda, puede ser considerada dinero real, ya que el acusado por este caso Trendon Shavers, sustentó su defensa en que la criptomoneda no puede ser considerada, lo que fue desechado por el tribunal federal, ya que en su defensa Shavers atendió al factor de convertibilidad.

Paralelamente al caso de Trendon Shavers, el ministro de finanzas alemán, a través de un comunicado titulado: “Tratamiento del IVA de Bitcoin y otras denominadas monedas virtuales”³⁰, le otorgó el carácter de unidad de cuenta, reconociéndole efectos legales y tributarios³¹.

En octubre y diciembre de este año se cierran dos sitios de internet ilegales que operaban con criptomonedas, el bullado Silkroad³² y Sheep Marketplace.

El evento más importante en la historia de las criptomonedas se produce en diciembre del año 2013, cuando el Banco Central de China prohíbe absolutamente el uso de criptomonedas en transacciones de entidades financieras, siendo el primer país en el mundo en proscribir absolutamente el uso de la criptomoneda, atendiendo a los peligros de lavado de activos que se advirtieron en el mundo.³³

²⁹ HOMELAND SECURITY DEPARTMENT. 2014. Daily Open Source Infrastructure Report. *DHS Online*. [En línea] abril de 2014. [Citado el: 20 de abril de 2018.] <https://www.dhs.gov/sites/default/files/publications/nppd/ip/daily-report/dhs-daily-report-2013-04-01.pdf>.

³⁰ BUNDESMINISTERIUM DER FINANZEN. 2015. *Umsatzsteuerliche Behandlung von Bitcoin und anderen sog. virtuellen Währungen; EuGH-Urteil vom 22. Oktober 2015, C-264/14, Hedqvist*. Bundesministerium der Finanzen. [En línea] 22 de octubre de 2015. [Citado el: 20 de abril de 2018.] https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Steuerarten/Umsatzsteuer/Umsatzsteuer-Anwendungserlass/2018-02-27-umsatzsteuerliche-behandlung-von-bitcoin-und-anderen-sog-virtuellen-waehrungen.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

³¹ EL ECONOMISTA ONLINE. 2013. El Gobierno Alemán reconoce oficialmente la moneda virtual bitcoin. *El Economista*. [En línea] agosto de 2013. [Citado el: 20 de abril de 2018.]

³² ANDRADES, Fran. 2013. El Cierre de Silkroad: El gran supermercado de las drogas en internet. *Eldiario.es*. [En línea] octubre de 2013. [Citado el: 20 de abril de 2018.] https://www.eldiario.es/turing/Silk-Road-supermercado-drogas-internet_0_183731705.html.

³³ GLOUDEMANN, Lauren. 2014. Bitcoin's Uncertain Future in China. *US. China Economic and Security N°4*. [En línea] mayo de 2014. [Citado el: 20 de abril de 2018.] <https://www.uscc.gov/sites/default/files/Research/USCC%20Economic%20Issue%20Brief%20-%20Bitcoin%20-%202005%2012%2014.pdf>

Finalizando con la historia de las criptomonedas, uno de los últimos acontecimientos importantes a efectos jurídicos, proviene desde el gobierno de Japón, que el año 2016, a través de su gobierno, señaló: “Las últimas facturas en monedas virtuales, las reconocen como valores similares a activos que se pueden usar para realizar pagos y ser transferidos digitalmente.”³⁴

3. Características de las criptomonedas

A partir de las definiciones anteriores, se pueden considerar como características de las criptomonedas las siguientes:

a) Constituye una representación digital de valor

Uno de los factores distintivos de las criptomonedas radica en representación. A diferencia de las monedas de curso nacional, se encuentra en datos digitales en sistemas informáticos. Sin embargo, como señala la EBA (Autoridad Económica Europea): *“esto no excluye la posibilidad de que puedan ser representadas físicamente, como a través de impresiones en papel o un objeto de metal grabado.”*³⁵

b) No es emitida por un Banco Central ni está necesariamente vinculada a moneda fiduciaria.

Este resulta ser el aspecto más conflictivo en relación con las criptomonedas. Puesto que existe una carencia de respaldo por parte de una autoridad, a efectos de dotarlas de la fe pública; al contrario, de lo que ocurre con las monedas de curso nacional e internacional, títulos de crédito u otros instrumentos de representación de valor.

Este carácter distingue a las criptomonedas del dinero electrónico el cual: *“está representado electrónicamente, sin embargo, su valor está representado por la posibilidad de reclamo sobre el emisor, siendo un método de pago de transacciones, siendo aceptado por otras personas naturales o jurídicas que cuenten con los sistemas para recibir los pagos de esta manera.”*³⁶ El ejemplo más notorio de esto se presenta en las tarjetas de crédito. No obstante, las tarjetas de crédito, al contrario de las criptomonedas, están directamente asociadas a un

³⁴ JAPANTIMES. 2016. Japans oks recognizing virtual currencies are similar real money. *Japantimes Online*. [En línea] septiembre de 2016. [Citado el: 20 de abril de 2018.]

³⁵ EUROPEAN BANKING AUTHORITY, op. cit. p.11

³⁶ *Ibíd*em

factor de convertibilidad en moneda fiduciaria, es decir, las transacciones que se producen a través de ellas tienen el respaldo tanto de la entidad bancaria que las emite como del banco central respectivo que emite la moneda de curso nacional.

c) Es utilizado por personas naturales o jurídicas como un medio de pago

Al ser una representación digital de valor, su objetivo es ser utilizada como un medio de intercambio de bienes y servicios, eludiendo así los inconvenientes de un sistema de trueque. En este sentido, las criptomonedas pretenden, al igual que una moneda de curso nacional, distinguirse como un medio idóneo para todas las transacciones posibles. Sin embargo, para cumplir este objetivo, se requiere la disposición de los actores del mercado a efectos de poder ser aceptada entre estos.

d) Puede ser transferida, conservada y negociada electrónicamente

Al respecto se señala lo siguiente: *“i) Pueden ser transferidas de un usuario a otro por medios electrónicos, ii) Que pueden ser almacenadas en dispositivos electrónicos y iii) Que pueden ser comercializadas electrónicamente.”*³⁷ De todas formas, esto no excluye a que puedan ser comercializadas también por medios físicos.

En palabras de la Autoridad Bancaria Europea: *“además se distingue en las criptomonedas la función potencial como depósito de valor, es decir, como un valor que puede guardarse y recuperarse en el futuro, no implicando necesariamente que el valor se mantenga estable en el tiempo y que no estará sujeto a la inflación o deflación.”*³⁸

Las características anteriormente mencionadas tienen por objetivo distinguir la moneda fiduciaria de las criptomonedas; pudiéndose señalar respecto de la primera: “Primero, es un medio de cambio. Las personas están dispuestas a aceptar dinero a cambio de bienes y servicios, por lo que ya no se requiere de la coincidencia de deseos para realizar una transacción. Segundo, el dinero sirve como unidad de cuenta. Como tal, los precios se cotizan en unidades de dinero en vez de fijarse en términos de bienes y servicios. En ambos aspectos, el dinero facilita el proceso de intercambio. Tercero, el dinero sirve también como reserva de valor. En este rol se parece a otros medios financieros. Cuando las personas reciben dinero a

³⁷ EUROPEAN BANKING AUTHORITY, op. cit. p. 12

³⁸ EUROPEAN BANKING AUTHORITY, op. cit. p. 13

cambio de bienes y servicios, no tienen que gastarlo inmediatamente porque puede mantener su valor.”³⁹

Considerando lo anterior, se deben contrastar estas características con las de las criptomonedas, la Autoridad Bancaria Europea quien, realizando la comparación, ha señalado: *“De la definición de monedas virtuales se refleja en el hecho de que estas funciones (las de la moneda fiduciaria) son, al menos actualmente, no comparables en términos de calidad y no siempre se cumplen al mismo tiempo y en la misma medida. Además, la inclusión del término “moneda” en la denominación de Virtual currencies (Criptomoneda), es engañosa ya que implica una mayor liquidez del activo, la aceptación amplia o universal dentro de su geografía, así como la intercambiabilidad por otros, lo que no puede estar presente en todos los esquemas de criptomonedas.”*⁴⁰

Es notorio, que en la opinión anterior se distinguen ciertos problemas respecto a la capacidad de las criptomonedas como dinero propiamente tal, entre los cuales, pueden mencionarse los siguientes: primero, como medio de cambio, la criptomoneda al ser una moneda virtual no está dotada de la fe pública asociada al dinero, puesto que no existe ninguna autoridad que les otorgue valor de intercambio ni de confianza. Así, en los ejemplos más primitivos, las primeras monedas estaban dotadas de fe pública, las autoridades las reconocían como un medio de intercambio eficaz, las protegían y limitaban su circulación, tal como pasa con los bancos centrales alrededor del mundo a través de la política monetaria.

Segundo, como unidad de cuenta tiene problemas, ya que las transacciones realizadas a través de ellas se determinan a través del factor de convertibilidad en monedas fiduciarias, existiendo pocas personas que la acepten como medio de pago, muchas de ellas vinculadas a actividades ilegales.

Tercero, como depósito de valor siendo esta característica la más vinculada a las criptomonedas, en condiciones que permiten almacenar dinero sin deterioro material como sucede en bienes y servicios, pero con la eventualidad de sufrir las fluctuaciones de la inflación. De todos modos, la fe pública desempeña un papel absolutamente relevante en la condición de depósito de valor de las criptomonedas, considerando el simple hecho de que el rechazo o aceptación intempestivo del medio de pago determina su capacidad de depósito

³⁹ LARRAÍN, Felipe y SACHS, Jeffrey. 2003. *Macroeconomía en la Economía Global*. Buenos Aires: Pearson Education, 2003. p.136-137

⁴⁰ EUROPEAN BANKING AUTHORITY, op. cit. p. 13

valor. Conocidos son los casos en que moneda fiduciaria ha perdido esta capacidad, ya sea por una excesiva inflación o por elementos políticos internacionales que no le reconocen valor a la moneda respectiva. No obstante, en el caso de la moneda fiduciaria estos casos son pocos, ya que, al estar vinculada a un Estado determinado, este posee la capacidad de efectuar medidas de política monetaria a efectos de solucionar los problemas de la inflación.⁴¹

e) No tiene el carácter de moneda de curso legal

De acuerdo con la Autoridad Bancaria Europea esto significa que no posee las siguientes características: “(a) aceptación obligatoria, es decir, que el acreedor de una obligación de pago en dinero no puede rechazar la moneda a menos que las partes hayan acordado otros medios de pago; (b) aceptación a valor nominal completo, es decir, el valor monetario es igual al monto indicado; y (c) que la moneda tiene poder liberatorio.

f) Emisión descentralizada de la moneda:

En la actualidad la moneda de curso legal que circula en los países es emitida por los bancos centrales respectivos. No obstante, en el caso de las criptomonedas, el control de la emisión del valor pertenece individual o grupalmente a individuos que no tienen el carácter de autoridad estatal.

g) Convertibilidad:

Como señala la Autoridad Bancaria Europea: “*algunas criptomonedas son convertibles (o abiertas) y, por lo tanto, se pueden intercambiar de ida y vuelta por dinero fiduciario a un tipo de cambio, mientras que otros no son convertibles (o cerrados), es decir, son específicos de una comunidad en particular y no pueden intercambiarse por dinero fiduciario.*”⁴²

Las características anteriormente señaladas, son de suma relevancia para el análisis del uso de criptomonedas, su limitación y las prohibiciones que pueden recaer sobre ellas. No obstante, se debe hacer hincapié, en la existencia de una regulación incipiente. En las cuales, las distintas legislaciones han dado diversas respuestas a las problemáticas que ofrece este nuevo mercado.

⁴¹ EUROPEAN BANKING AUTHORITY, op. cit. p. 14

⁴² EUROPEAN BANKING AUTHORITY, op. cit. p. 13

4. Transacciones con criptomonedas

Es esencial para la comprensión de los capítulos siguientes, una explicación básica del funcionamiento de la criptomoneda, considerando su funcionamiento a nivel de software.

Para comenzar, debemos considerar su objetivo. En uno de los primeros párrafos del texto “Bitcoin: un sistema de dinero en efectivo electrónico peer-to-peer.”, se señala: *“El comercio en internet ha llegado a depender casi exclusivamente de las instituciones financieras como terceros de confianza en el proceso de los pagos electrónicos. A pesar de que el sistema funciona suficientemente bien en la mayor parte de las transacciones, sufre la debilidad inherente al modelo basado en la confianza.”*⁴³

Atendiendo a lo anterior, se puede aseverar que el creador o creadores de las criptomonedas, tienen dos objetivos básicos: en primer lugar, la creación de un sistema de pagos diferente, a través de la red; en segundo lugar, que este sistema compita o sea una alternativa al sistema actual, basado en la confianza en un tercero ajeno a la transacción, como lo son, los bancos e instituciones financieras.

Para lograr el segundo objetivo, se utiliza el sistema de cadena de bloques (blockchain) basado en la criptografía.

Los dos conceptos anteriormente señalados, es decir, criptografía y sistema de cadena de bloques, son esenciales para el entendimiento de las criptomonedas. Por lo que a continuación, se procederá a explicar cada uno.

La criptografía, según la definición de la RAE es *“El arte de escribir con clave secreta o de un modo enigmático.”* En la actualidad la aplicación de la criptografía se aprecia en la informática bajo la tecnología del cifrado de datos, es decir, la creación de un código especial para el ocultamiento de los datos, pudiendo cifrarlos (crear el código) y descifrarlos (traducir el código), aquellos que tienen el mecanismo exclusivo para su utilización.

⁴³ NAKAMOTO, op. cit. p.1

A efectos prácticos, la utilización de la criptografía implica la comunicación directa entre un emisor y receptor, sin intervención de un tercero que gestione la información, traduciéndose en una relación directa.

Respecto al criptoactivo, sus creadores han señalado: *“Entendemos una moneda electrónica (criptomoneda) como una cadena de firmas digitales. Cada propietario transfiere la moneda al siguiente propietario firmando digitalmente un hash de la transacción previa y la clave pública del siguiente propietario, y añadiendo ambos al final de la moneda.”*⁴⁴

Es decir, cada criptomoneda constituye información codificada que los usuarios decodifican, añaden información y vuelven a codificar.

El proceso para las transacciones con criptomoneda puede explicarse de la siguiente manera: *“cada propietario transfiere la moneda al siguiente propietario firmando digitalmente un hash de la transacción previa y la clave pública del siguiente propietario, y añadiendo ambos al final de la moneda.”*⁴⁵

De forma simplificada, quién es el poseedor de una criptomoneda, debe firmar digitalmente su moneda. Es decir, añadir una serie de datos a la criptomoneda y a su vez debe añadir la clave pública del usuario al que se transferirá la moneda que, además, significará que el beneficiario de la transacción comprobará la firma, que refleja el historial de transacciones totales de la criptomoneda. A este sistema de transacciones, se le ha llamado: sistema de cadena de bloques o “Blockchain”.

En consideración a lo anterior, surgen dudas respecto a la forma en la cual se evitan las dobles transacciones, ya que existe la posibilidad que el dueño de la criptomoneda firme digitalmente una misma moneda (representada a través de datos. Al respecto, los creadores de la criptomoneda se hacen cargo de este problema señalando: *“Para nuestros propósitos, la transacción más temprana es la que cuenta, así que no nos preocupamos de los intentos de doble gasto posteriores.”*⁴⁶

Sin embargo, se debe recordar que en las transacciones de las criptomonedas lo que se pretende es no recurrir a una autoridad centralizada. Por lo tanto, para la verificación de datos

⁴⁴ NAKAMOTO, op. cit. p.2

⁴⁵ NAKAMOTO, op. cit. p.3

⁴⁶ Ibídem

se establecen dos requisitos fundamentales: *“Las transacciones deben ser anunciadas públicamente, y necesitamos un sistema para que los participantes estén de acuerdo en un único historial del orden en que fueron recibidas.”*⁴⁷

Considerando lo anterior, estas herramientas son otorgadas por un programa informático que recibe el nombre de “Billetera”, en la cual se maneja el número de criptomonedas que tiene el usuario, el historial privado de transacciones del usuario y el historial público de todas las transacciones, estando a la vista de todos lo que ha ocurrido con cada moneda representada por un número de datos único.

Por otra parte, hay que considerar la forma de creación de nuevas criptomonedas. Al respecto los creadores de las criptomonedas señalan: *“Por convención, la primera transacción en un bloque es una transacción especial con la que comienza una moneda nueva, propiedad del creador del bloque. Esto añade un incentivo a los nodos para soportar la red, y proporciona una forma de poner las monedas en circulación, dado que no hay autoridad central que las distribuya.”*⁴⁸ Explicado de una forma práctica, son los propios usuarios de las criptomonedas, quienes las crean, distribuyen, y verifican que no se repitan las transacciones. Para ello un usuario debe prestar los recursos de su computador, a efectos de que se generen nuevos datos únicos que constituirán monedas, con las que se realizarán transacciones por los mismos usuarios que las crean, disminuyendo la cantidad de datos creados en proporción a la cantidad de usuarios que realicen el mismo proceso. Al respecto se señala: *“La adición estable de una constante de monedas nuevas es análoga a los mineros de oro que consumen recursos para añadir oro a la circulación. En nuestro caso es tiempo de CPU (computador) y electricidad lo que se gasta.”*⁴⁹

En consecuencia, se puede señalar que el funcionamiento a nivel informático tiene dos aristas fundamentales: la primera, que consiste en la realización de transacciones; la segunda, que implica que usuarios de la red empleen los recursos de sus computadores, con el objetivo de verificar las transacciones y añadir datos que se convertirán en nuevas criptomonedas, las cuales, serán utilizadas para nuevas transferencias de criptoactivos.

⁴⁷ NAKAMOTO, op. cit. p. 3

⁴⁸ NAKAMOTO, op. cit. p. 4

⁴⁹ Ibídem

Con este sistema se logran conseguir los dos objetivos principales de la criptomoneda, siendo crear un sistema de pagos por internet, ya que todas las operaciones relacionadas se realizan a través de la red y generar un sistema independiente de entidades centralizadas, ya que la vigilancia de las operaciones, la creación y la distribución, depende exclusivamente de los usuarios, reduciendo los costos de transacción, dado que la relación entre los usuarios es directa, sin mediar una autoridad central y existen incentivos.

5. Función económica

Habiendo explicado previamente la forma, en la cual se realizan las transacciones con criptomonedas, se debe explicar el efecto sustantivo en el intercambio de bienes y servicios.

Como se señaló anteriormente, resulta engañoso hablar de la existencia de una nueva moneda, puesto que, para ello, el activo que pretende serlo debe poseer los caracteres de medio de cambio, unidad de cuenta y reserva de valor. No obstante, la criptomoneda no reviste la totalidad de estos caracteres; Sin embargo, a pesar de carecer de la totalidad de ellos, la criptodivisa ha logrado posicionarse, como un activo intercambiable, que cada vez es más aceptado en ciertos mercados. Por lo anterior, se debe analizar las criptomonedas desde la perspectiva de los caracteres que definen una moneda propiamente tal.

Como medio de cambio, debe hacerse referencia a la aceptación de la criptomoneda. Como se señaló anteriormente, este sistema tiene por objetivo la realización de transacciones directamente, sin intermediarios, tal cual fuera una moneda física, no obstante requerir un sistema único compartido entre los usuarios, pudiendo ser estos personas naturales o jurídicas. En este sentido, las empresas transnacionales cumplen un rol preponderante absoluto, ya que son ellas las que agrupan un mayor nivel de transacciones concentradas.

A través del tiempo ha sido extremadamente volátil la aceptación de la criptomoneda como medio de cambio, ya que grandes empresas como Microsoft⁵⁰ han abierto eventualmente la posibilidad de pagar con algunas de ellas. Esto constituye un precedente de suma relevancia,

⁵⁰ MICROSOFT. 2018. Add Money to your Microsoft Account with Bitcoin. [En línea] marzo de 2018. [Citado el: 11 de mayo de 2018.] <https://support.microsoft.com/es-cl/help/13942/microsoft-account-add-money-with-bitcoin>.

puesto que, como se señaló anteriormente, el carácter de medio de cambio implica que: *“las personas están dispuestas a aceptar dinero a cambio de bienes y servicios, por lo que ya no se requiere de la coincidencia de deseos para realizar una transacción.”*⁵¹

No obstante, si las empresas que concentran la mayor cantidad de transacciones y los clientes de estas empresas están dispuestas a aceptarlas a cambio de bienes y servicios, se cumpliría la característica, ya que implicaría que estos últimos pueden ver reflejado su valor en un activo como la criptomoneda, así como en moneda fiduciaria. En este sentido, se puede señalar que, al existir una aceptación de las criptomonedas por parte de actores que concentran una gran cantidad de transacciones en el mercado, a diferencia de lo que ocurre con otros bienes o servicios disponibles en el mercado, le otorga el carácter de medio de cambio.

En segundo lugar, hay que considerar el carácter de unidad de cuenta, el cual significa que: *“como tal, los precios se cotizan en unidades de dinero en vez de fijarse en términos de bienes y servicios.”*⁵² Esta característica de la moneda fiduciaria, también se puede ver reflejada en las criptomonedas. Sin embargo, al igual que el carácter de unidad de cuenta, depende de la aceptación general de un sector de la sociedad, que permita reconducir los precios de bienes y servicios a criptomonedas.

Por último, se encuentra la cualidad de ser un depósito o reserva de valor, que significa que *“Cuando las personas reciben dinero a cambio de bienes y servicios, no tienen que gastarlo inmediatamente porque puede mantener su valor.”*⁵³

Este rasgo del dinero ha sido reconocido en las criptomonedas, señalándose que sería su principal utilidad. Al respecto, como se ha señalado anteriormente en este trabajo: *“se distingue en las criptomonedas la función potencial como depósito de valor, es decir, como un valor que puede guardarse y recuperarse en el futuro, no implicando necesariamente que el valor se mantenga estable en el tiempo y que no estará sujeto a la inflación o deflación.”*⁵⁴

⁵¹ LARRAIN y SACHS, op.cit. p.136-137.

⁵² *Ibíd.*

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ EUROPEAN BANKING AUTHORITY, op. cit. p. 13

Lo anterior, implica que las criptomonedas pueden reservarse, por un período largo de tiempo, sin sufrir un desgaste físico, con la eventualidad que su poder adquisitivo sea inferior dependiendo de las fluctuaciones del mercado, pero, sin dejar de tener el valor representativo expresado en la moneda.

En los términos anteriormente señalados, queda claro que existe una pretensión por parte de los creadores y usuarios de criptomonedas, para que estas se constituyan como un medio de cambio alternativo a las monedas fiduciarias. Lo anterior se debe, porque al contrario de estas últimas, este nuevo activo tiene la ventaja de no requerir la existencia de una autoridad centralizada, dedicada a controlar y vigilar el sistema, utilizando en cambio un sistema en que los propios usuarios son los que, con los recursos de sus sistemas informáticos, quiénes mantienen el sistema y sus transacciones vigiladas apropiadamente. Además, del valor estar representado virtualmente en unidades de datos reservadas en las aplicaciones o programas informáticos que sirven como plataforma, al contrario del sistema de moneda fiduciaria, donde la emisión, control de la falsificación (doble gasto) y las decisiones de política monetaria están centralizadas en una institución, como en ocurre en Chile, en el caso del Banco Central.

En este sentido, en la causa promovida entre SURBTC SPA con el Banco del Estado de Chile y otros, se ha señalado: *“estas ‘monedas’ son, en su diseño, descentralizadas (no controladas por bancos centrales, Estados o por una unidad privada particular, sino que el software o protocolo informático sobre el que operan se ejecuta en todos los computadores conectados al protocolo a través de internet)”*⁵⁵. Atendiendo a lo anterior, se puede desprender una de las características principales a efectos financieros, la autonomía o descentralización de su producción, ya que esta se realiza mediante el conjunto de los sistemas informáticos, en los cuales los usuarios voluntariamente deciden participar.

Continuando con lo anterior, se hace referencia a la forma del establecimiento de su valor: *“Su valor lo establece exclusivamente la oferta y la demanda, entendido como el precio en*

⁵⁵ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2018. *Demanda de SURBTC SpA contra Banco del Estado de Chile y otros*. Rol: C-349-2018, Portal de consultas Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, [En línea] 05 de abril de 2018. [Citado el: 23 de abril de 2018.] <http://consultas.tdlc.cl>

moneda local que los participantes están dispuestos a pagar o a recibir a cambio de una criptomoneda.”⁵⁶ Por lo tanto, se produce una obligada reconducción a la moneda fiduciaria, a efectos de determinar la capacidad de intercambio de las criptomonedas.

En esta misma causa, es destacable que se hace referencia a la propiedad de virtualidad, señalando: *“A diferencia de todas las representaciones de dinero conocidas por la humanidad, por primera vez este dinero ‘vive’ en un medio digital, lo que le otorga propiedades inéditas, tales como permitir almacenar riqueza de manera gratuita (con solo estar conectado a internet las personas pueden tener de forma gratuita una ‘billetera’ de criptomonedas, en donde pueden almacenar las mismas de forma segura) y poder enviar fondos a cualquier parte de planeta en unos pocos minutos. Todo esto sin necesidad de ningún intermediario de confianza.*”⁵⁷

Por último, en este asunto contencioso promovido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, se explicita de manera clara el funcionamiento de las criptomonedas a nivel económico, señalando: *“Por ahora, mayormente se utilizan como valor de intercambio o refugio de valor, pero tanto las criptomonedas, como Bitcoin son simultáneamente dinero y una red de pagos, ambos inseparables entre sí. Esto, que puede parecer una sutileza técnica, tiene repercusiones financieras importantes:*

- a) No es posible emitir deuda denominada en Bitcoins en la red de pagos Bitcoin.*
- b) Para almacenar y transferir Bitcoins, no se requiere de la intermediación de ningún tipo de institución.*”⁵⁸

En conclusión, se puede señalar que las criptomonedas, a nivel económico, son unidades de cambio, las cuales son producidas por un mecanismo descentralizado, concentrado en los usuarios, quiénes se encargan de vigilar las transacciones y de producir nuevas criptomonedas. Su objetivo es, servir para el intercambio de bienes y servicios a través de dispositivos electrónicos conectados a internet, funcionando al margen de los bancos e instituciones financieras.

⁵⁶ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2018. op.cit. p.3

⁵⁷ Ibidem

⁵⁸ Ibidem

6. Las Ofertas Iniciales de Moneda o Initial Coin Offering (ICO)

Desde la creación del Bitcoin, se han desarrollado una multiplicidad de criptomonedas. Todas estas, basadas en la tecnología de cadena de bloques o blockchain y en versiones modificadas del software desarrollado por los creadores del Bitcoin, quienes permitieron de manera tácita la copia del modelo de la primera criptomoneda. Es en este contexto que se desarrollan, las ICOs u Ofertas Iniciales de Moneda, homologando a las Ofertas Públicas de Valores.⁵⁹

Una ICO, en palabras del sitio web de la criptomoneda Ethereum. es “*un evento en el que un proyecto basado en blockchain vende una serie de tokens a los primeros usuarios a cambio de criptomonedas.*”⁶⁰ Es decir, frente a la creación de una nueva criptomoneda, sus desarrolladores, a cambio de otras criptomonedas, venden un título representativo llamado *token*. Estos *tokens*, pueden distinguirse en dos tipos; si estos representan capital o deuda de la empresa creadora de la nueva criptomoneda, son llamados *security tokens*.⁶¹ A su vez, los *tokens* pueden representar “un derecho de uso de un producto o servicio, o tener alguna otra función específica en el ecosistema de la startup, siendo en este caso conocidos como *Utility Tokens*.”⁶² La distinción es de sumo relevante, en condiciones que solo los *security tokens*, son representativos de capital o deuda; por lo tanto, en teoría son los únicos que reportarían utilidad al inversor

Respecto a su naturaleza, las ICOS se pueden homologar a las ofertas públicas de valores, en el sentido, de que ambas tienen por objetivo la recaudación de capital para el financiamiento de empresas. Sin embargo, existe una diferencia fundamental: la naturaleza del título que se transa en el mercado. Así, una acción en el caso de las sociedades anónimas es una representación del capital social, según el artículo 11 de la Ley de Sociedades Anónimas. Lo

⁵⁹ Operación bursátil consistente en que una persona física o jurídica anuncia públicamente a los accionistas y mercado en general la venta de valores. Los títulos y el emisor deben estar inscritos en el Registro de Valores

⁶⁰ ETHERUM. Todo sobre las ICO. [En línea] [Citado el: 30 de junio de 2018.] <https://mietherum.com/blockchain/ico/>.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Ibidem.

anterior, implica una serie de obligaciones en su transferencia, además de derechos de voz y voto, en las asambleas de accionistas, por regla general.

Por otra parte, en el caso de los *tokens*, se señala explícitamente: “*Un inversor de ICO obtendrá tokens, pero no tiene capital ni poder de voto.*”⁶³ Esto implica un serio riesgo para el inversor, ya que, al contrario de lo que sucede con las acciones, no existen obligaciones de inscripción, reglas sobre la compra y venta de los *tokens*. Por lo tanto, al existir una regulación incipiente de las criptomonedas, también lo existe respecto de las *ICOS*, no habiendo sido creado ningún mecanismo de exigibilidad de los derechos representativos que se otorgan a través de *security o utility tokens*.

Por otra parte, se ha confundido muchas veces a las ICO con el crowdfunding⁶⁴. Este último ha sido definido en los siguientes términos: “*crowdfunding, frecuentemente traducido como “financiación en masa o colectiva”, describe un amplio y variado fenómeno consistente en la creación de un entorno (electrónico) para la agrupación de un colectivo, la aportación de ideas, recursos y fondos y la interacción en red dirigidas a apoyar conjuntamente proyectos, esfuerzos e iniciativas de individuos, organizaciones o empresas.*”⁶⁵ Es decir, el crowdfunding, al igual que las ICOs tiene por objetivo la recaudación de capital a efectos de poner en marcha algún proyecto en concreto.

Dado lo señalado precedentemente, parece haber muchas similitudes entre el crowdfunding y las ICO, sin embargo, existen diferencias radicales. La primera diferencia es “*el hecho de que una ICO está emitiendo un token a sus participantes, mientras que el crowdfunding a menudo ofrece algo relacionado con el producto que se está desarrollando, como una edición especial o un descuento en el producto.*”⁶⁶ Por lo tanto, se puede señalar al respecto, que en crowdfunding se otorga un eventual beneficio, mientras en el caso de las ICOs se entregan títulos representativos, que tienen, bajo la premisa habitual de los títulos representativos, un valor transable y exigible.

⁶³ *Ibidem*

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ RODRÍGUEZ, Teresa. El crowdfunding: una forma de financiación colectiva, colaborativa. (Universitaria de Buenos Aires), n° 3 (2013). p.4

⁶⁶ ETHERUM, op.cit.

Otra de las diferencias es el valor de mercado, en: “crowdfunding, como Kickstarter o Indiegogo, los inversores saben exactamente qué esperar cuando el producto esté completado.

Cuando se trata de una ICO, pero, sin embargo, **los inversores no saben exactamente qué esperar**, ya que no se basa en un valor de mercado del mundo real, al ser blockchain y las criptomonedas aún una tecnología naciente y sin historial previo.”⁶⁷ Es decir, el riesgo asociado a las ICOS, es el correlato de la inestabilidad del mercado de la criptomoneda, por lo tanto, sometido de manera absoluta a los problemas de estabilidad financiera y regulación.

En conclusión, se puede señalar que las Ofertas Iniciales de Dinero, son una consecuencia directa de la proliferación de las criptomonedas, con el objetivo de desarrollar nuevos proyectos relacionados a ellas e incluso cambiar la naturaleza de las transacciones que se realizan con la criptomoneda. Por lo tanto, a efectos de regulación, debe tomarse en consideración esta nueva forma de desarrollar empresas y proyectos de capital, puesto que sus consecuencias podrían incluso ser positivas para el mercado y la innovación, o negativas, en el caso del encubrimiento de nuevas formas de estafa, ocultas tras el riesgo de un mercado desregulado.

⁶⁷ ETHERUM, op.cit.

CAPÍTULO II

REGULACIÓN Y ACUERDOS SOBRE LAS CRIPTOMONEDAS EN EL DERECHO COMPARADO

Las criptomonedas constituyen una novedad que ha despertado la necesidad de regulación en la mayoría de los países del mundo, los cuales han tomado caminos diversos al respecto. Algunos han optado por la prohibición total de las transacciones de criptomonedas e incluso de la tecnología que le sirve de sustento (tecnología de cadena de bloques); otros, por su parte, han elegido regular ciertos aspectos fundamentales; finalmente, existe un caso excepcional, que ha decidido crear su propia criptomoneda.

En el presente capítulo, se presentarán las diversas alternativas de regulación que han escogido algunos de los países de Europa y América, con el objetivo de conocer la situación del criptoactivo en el mundo, enfatizando, en los criterios que han permitido su aceptación en una mayor o menor medida.

1. Regulación de las criptomonedas en el Derecho Europeo

1.1 Unión Europea

La organización de los países de Europa ha tenido la oportunidad de referirse a ciertos aspectos, en torno a las criptomonedas.

Así, en primer lugar, hay que atender a lo establecido por el Banco Central de Europa, el cual, a raíz de una directiva de la Unión Europea⁶⁸ que otorga una serie de recomendaciones, exige medidas de regulación. La primera que plantea es la modificación a la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, a efectos de integrar dentro de las empresas obligadas por ella *“a los proveedores que presten principal y profesionalmente servicios de cambio de monedas virtuales por monedas fiduciarias [entendidas en la directiva propuesta*

⁶⁸PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. 2015. Directiva (UE) 2015/849. *eur-lex.europa*. [En línea] 20 de mayo de 2015. [Citado el: 2018 de junio de 30.] <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L0849&from=ES>. p.3

como las monedas declaradas de curso legal y a los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos que ofrezcan servicios de custodia de las credenciales necesarias para acceder a monedas virtuales].”⁶⁹

La mencionada directiva⁷⁰ tiene por objetivo la regulación de aquellas empresas pertenecientes al mercado financiero, a efectos de prevenir el blanqueo de capitales (lavado de dinero) y el financiamiento del terrorismo. Lo anterior tiene por objetivo, dar a entender la utilidad de las normas aplicables a otras instituciones financieras en el caso del criptoactivo, reconociéndole a las empresas que se dedican a su compra y venta, un estatus similar a las demás empresas financieras. Una de las características principales de la Directiva (UE) 2015/849, es que *“exige además a los Estados miembros que se aseguren de que los proveedores de servicios de cambio de monedas virtuales por monedas fiduciarias y los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos estén autorizados o registrados.”*⁷¹

Respecto de lo anterior, señala el Banco Central Europeo:

*“Los terroristas y otros grupos de delincuentes son actualmente capaces de transferir fondos en redes de monedas virtuales ocultando las transferencias o aprovechando cierto grado de anonimato en esas plataformas de cambio. El uso de monedas virtuales supone además mayores riesgos que los medios tradicionales de pago en el sentido de que la transferibilidad de las monedas virtuales se basa en la internet y no tiene otro límite que la capacidad de la red subyacente de ordenadores e infraestructura de tecnología informática de la moneda virtual de que se trate.”*⁷²

Lo mencionado anteriormente da a entender la preocupación que manifiesta la naturaleza de anonimato relativo de las criptomonedas y las posibilidades que presenta, para organizaciones dedicadas a actividades ilegales siendo llamados los Estados a quienes va

⁶⁹ BANCO CENTRAL EUROPEO. 2016. sobre una propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. *Dictamen del Banco Central Europeo*. 12 de diciembre de 2016.

⁷⁰ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO, op.cit. p. 3

⁷¹ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO, op.cit. p.4

⁷² BANCO CENTRAL EUROPEO. op.cit. p.1

dirigida esta recomendación, a regular e incluso a evitar la proliferación de las criptomonedas. Al respecto señala el Banco Central Europeo: *“los órganos legislativos de la Unión deben evitar aparecer como impulsores del uso de monedas digitales establecidas con carácter privado, pues estos medios de pago alternativos ni están legalmente establecidos como monedas ni son monedas de curso legal emitidas por bancos centrales y otros poderes públicos”*⁷³.

Por lo tanto, se puede concluir que el Banco Central Europeo sostiene una visión conservadora en lo que respecta a las criptomonedas, no constituyendo éstas un sistema confiable. Sin embargo, reconoce que la tecnología que sustenta las criptomonedas constituye una oportunidad para el desarrollo del sistema financiero. Al respecto señala: *“El BCE reconoce que los avances tecnológicos que presenta la tecnología de registros distribuidos subyacente a medios de pago alternativos como las monedas virtuales tienen el potencial de incrementar la eficiencia, el alcance y la variedad de los métodos de pago y transferencia.”*⁷⁴ Así, se establece la legitimidad del desarrollo de la tecnología, que sustenta las criptomonedas, más no se le reconoce el carácter de moneda propiamente tal, intentando resguardar a la moneda fiduciaria.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto a una medida prejudicial, que tenía por objetivo la interpretación de la denominada Directiva del IVA⁷⁵, en lo que corresponde al régimen tributario de las criptomonedas.

Esta discusión se genera a partir de la solicitud del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo de Suecia, a efectos de solicitar la interpretación de los artículos 2, apartado 1, y 135, apartado 1, de la Directiva 2006/112/ CE o Directiva del IVA del Consejo de la Unión Europea⁷⁶, relativa al Impuesto al Valor Añadido. Esta sentencia tiene un enorme valor

⁷³ BANCO CENTRAL EUROPEO, op.cit. p.1

⁷⁴ BANCO CENTRAL EUROPEO, op.cit. p.2

⁷⁵ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. 2015. Directiva (UE) 2015/849. *eur-lex.europa*. [En línea] 20 de mayo de 2015. [Citado el: 2018 de junio de 30.] <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L0849&from=ES>.

⁷⁶ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 2015. *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. C-264/14, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=170305&doclang=ES>: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2015.

normativo, ya que se tratan aspectos como la naturaleza jurídica, la finalidad, además del régimen tributario que les es aplicable.

Respecto a la naturaleza jurídica, la sentencia precisa que la criptomoneda (bitcoin en este caso), es una “divisa virtual de flujo bidireccional”⁷⁷, esto es, que tiene por objetivo el intercambio de bienes y servicios, y que, por lo tanto, no constituye un bien corporal⁷⁸

Además de su naturaleza jurídica, se señala que se trata de un “medio de pago contractual directo entre los operadores que la aceptan”⁷⁹, es decir tiene por finalidad, la extinción de obligaciones entre personas que voluntariamente convienen este medio de pago.

Así, el Tribunal indica: *“De la resolución de remisión se desprende que la divisa virtual «bitcoin» se utiliza, con carácter principal, para los pagos entre particulares en Internet y en determinadas tiendas en línea que aceptan esta divisa. Esta divisa virtual no tiene un emisor único y se crea, en cambio, directamente en el seno de una red mediante un algoritmo especial. El sistema de la divisa virtual «bitcoin» permite que los usuarios que dispongan de direcciones «bitcoin» posean y transfieran anónimamente dentro de la red «bitcoin» en cantidades variables. Las direcciones «bitcoin» podrían compararse a números de cuenta bancaria.”*⁸⁰

Lo anterior, constituye un antecedente de suma relevancia, ya que, permite tener una base para la determinación del tipo operaciones y naturaleza jurídica de las criptomonedas, en los países pertenecientes a la Unión Europea.

Respecto a la tributación, hay que tener en consideración los preceptos de la Directiva del IVA, que son objeto de la actuación. Así el artículo 2, apartado 1, de la Directiva señala:

“Estarán sujetas al IVA las operaciones siguientes: a) las entregas de bienes realizadas a título oneroso en el territorio de un Estado miembro por un sujeto pasivo que actúe como tal; b) las adquisiciones intracomunitarias de bienes efectuadas a título oneroso en el territorio de un Estado miembro; c) las prestaciones de servicios realizadas a título oneroso

⁷⁷ Ibidem

⁷⁸ Ibidem

⁷⁹ Ibidem

⁸⁰ Ibidem

en el territorio de un Estado miembro por un sujeto pasivo que actúe como tal; d) las importaciones de bienes.”⁸¹

Atendiendo a la disposición transcrita, el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo de Suecia, preguntó, si unas operaciones consistentes en un intercambio de divisas tradicionales por unidades de la divisa virtual bitcoin y viceversa, debían pagar IVA.⁸²

En relación a lo anterior, el Tribunal de Justicia Europea sentenció: “ *El artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, debe interpretarse en el sentido de que constituyen prestaciones de servicios realizadas a título oneroso, en el sentido de esta disposición, unas operaciones como las controvertidas en el litigio principal, consistentes en un intercambio de divisas tradicionales por unidades de la divisa virtual «bitcoin», y viceversa, y realizadas a cambio del pago de un importe equivalente al margen constituido por la diferencia entre, por una parte, el precio al que el operador de que se trate compre las divisas y, por otra, el precio al que las venda a sus clientes.*”⁸³ Es decir, a efectos de la determinación de la tributación de las criptomonedas, debe estarse a la ganancia que la empresa de compra y venta de criptomonedas recibe de ejercer la actividad, más no debe considerarse a la criptomoneda como un bien que debe ser declarado y pagado, por el hecho de poseerlo.

Por otra parte, cabe hacer el análisis respecto al artículo 135, apartado 1, letras d) a f), de la Directiva ya tratada, que señaló:

“Los Estados Miembros eximirán las operaciones siguientes:

(...) d) las operaciones, incluida la negociación, relativas a depósitos de fondos, cuentas corrientes, pagos, giros, créditos, cheques y otros efectos comerciales, con excepción del cobro de créditos; e) las operaciones, incluida la negociación, relativas a las divisas, los billetes de banco y las monedas que sean medios legales de pago, con excepción de las monedas y billetes de colección, a saber, las monedas de oro, plata u otro metal, así como

⁸¹ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. 2015. Directiva (UE) 2015/849. *eur-lex.europa*. [En línea] 20 de mayo de 2015. [Citado el: 2018 de junio de 30.] <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L0849&from=ES>. p.3

⁸² TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, op.cit. p.29

⁸³ Ibidem

*los billetes, que no sean utilizados normalmente para su función de medio legal de pago o que revistan un interés numismático; f) las operaciones, incluida la negociación, pero exceptuados el depósito y la gestión, relativas a acciones, participaciones en sociedades o asociaciones, obligaciones y demás títulos-valores, con excepción de los títulos representativos de mercaderías y los derechos o títulos enunciados en el apartado 2 del artículo 15(...).*⁸⁴

Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, realizó un análisis de cada una de las operaciones que deberán a su criterio estar exentas de pago de IVA. Así, respecto de la letra d), señala: *“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.”*⁸⁵

En esta consideración el órgano jurisdiccional dejó en claro que la criptomoneda, no podía considerarse homologable a ninguno de los medios de pago señalados, lo que resulta acorde a la naturaleza de la criptomoneda. Lo anterior, en condiciones a que la naturaleza de los efectos mencionados en el artículo 135, apartado 1, letra d), de la Directiva 2006/112/CE del Consejo de la Unión Europea, trata respecto a títulos que son representativos de entidades financieras.

Por otra parte, considerando el artículo 135, apartado 1, letra e), de la mencionada disposición, se discutió la naturaleza de divisa de la criptomoneda. A lo anterior, el Tribunal señala: *“Pues bien, las operaciones relativas a divisas no tradicionales, es decir, a divisas distintas a las monedas que son medios legales de pago en uno o varios países, constituyen operaciones financieras siempre que tales divisas hayan sido aceptadas por las partes de*

⁸⁴ PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. 2015. Directiva (UE) 2015/849. *eur-lex.europa*. [En línea] 20 de mayo de 2015. [Citado el: 2018 de junio de 30.] <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L0849&from=ES>. p.3

⁸⁵ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, op.cit. p.29

una transacción como medio de pago alternativo a los medios legales de pago y no tengan ninguna finalidad distinta de la de ser un medio de pago.”⁸⁶

Por lo tanto, se le reconoce el carácter de divisa no tradicional a las criptomonedas, atendiendo al uso que se le otorga, confirmando que las criptomonedas propiamente tal están exentas de impuestos, debiendo declararse y pagarse, exclusivamente, las operaciones de las empresas.⁸⁷

Lo anterior reviste suma relevancia, pues se estableció un criterio unitario respecto del tratamiento al IVA en las criptomonedas en todos los países de la Unión Europea. A su vez, este fallo tiene un carácter legitimador de las criptomonedas, al establecer que es una divisa no tradicional.

En conclusión, para el estudio de las criptomonedas en el derecho europeo, no puede obviarse el carácter de la Unión Europea que, a través de sus organismos, provee de normas a todos los países pertenecientes a ella.

1.2 Alemania

Este país se ha constituido como uno de los más activos en lo que se refiere a la regulación de las criptomonedas, siendo un propulsor de los criterios para la comprensión de este nuevo activo.

En primer lugar, definió el tratamiento tributario de las criptomonedas, atendiendo a su naturaleza de medio de cambio. Así, el Ministerio Federal de Finanzas, estableció en febrero de 2018, que: *“las compras de bienes o servicios con bitcoin, al igual que otras criptomonedas, no están sujetas a impuestos mientras el uso de esta sea como medio de pago, ya que estaría siendo usada de la misma forma que una moneda de curso legal”*⁸⁸. Lo

⁸⁶ Ibidem

⁸⁷ El Tribunal, señala: “El artículo 135, apartado 1, letra e), de la Directiva 2006/112 debe interpretarse en el sentido de que constituyen operaciones exentas del IVA con arreglo a dicha disposición unas prestaciones de servicios como las controvertidas en el litigio principal, consistentes en un intercambio de divisas tradicionales por unidades de la divisa virtual «bitcoin», y viceversa, y realizadas a cambio del pago de un importe equivalente al margen constituido por la diferencia entre, por una parte, el precio al que el operador de que se trate compre las divisas y, por otra, el precio al que las venda a sus clientes”. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 2015. *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. C-264/14, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=170305&doclang=ES>: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2015

⁸⁸ Ibidem. p.1

anterior, constituye una aplicación del criterio establecido en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁸⁹, que trata respecto a la aplicación de la Directiva del IVA, a las criptomonedas.

Por otra parte, en lo que respecta a las empresas de compra y venta de criptodivisa, el mismo Ministerio señaló que tendrán una carga tributaria, la que dependerá de quién se dedique al intercambio de criptomonedas. Si es una persona natural, estará exenta de pagar los impuestos; en cambio, en el caso de empresas, deberán pagar, el respectivo tributo.⁹⁰

Además de lo anteriormente mencionado, Joachim Wuermeling, integrante del Banco Federal alemán (Bundesbank), indicó que toda regulación de las criptomonedas debiera ser global, basado en lo siguiente: *“La regulación efectiva de las monedas virtuales solo se podría lograr a través de la mayor cooperación internacional posible, ya que el poder regulador de los estados nacionales es obviamente limitado.”*⁹¹ Esto es de sumo relevante, ya que es el reconocimiento de una de las características de las criptomonedas es su carácter desconcentrado, lo que implica que al ser ajena a cualquier autoridad estatal o financiera, no existe un elemento de cohesión que permita que la regulación de un solo país evite su proliferación o realice un control total de ellas.

1.3 España

En este país, no existe una regulación expresa de las criptomonedas, pero diversas instituciones han hecho hincapié en las necesidades regulatorias, en vista a la proliferación de empresas que se dedican a su compra y venta.

Así, el Órgano Centralizado de Prevención del Blanqueo de Capitales del Consejo General del Notariado de España, ante el uso de las criptomonedas en la constitución de sociedades y ampliaciones de capital de las mismas, señala que debería realizarse una modificación a la Directiva de Blanqueo de Capitales del Parlamento y Consejo de la Unión Europea, estableciendo: *“Las sociedades intermediarias de 'criptomonedas' tendrán que desarrollar*

⁸⁹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 2015. *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. C-264/14, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=170305&doclang=ES>: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2015

⁹⁰ BUNDESMINISTERIUM DER FINANZEN, op.cit. p. 1

⁹¹ REUTERS. 2018. Any rule on Bitcoin must be global, Germany's central bank says. *REUTERS ONLINE* [En línea] 15 de enero de 2018. [Citado el: 26 de septiembre de 2018.]

las debidas diligencias para saber quién compra y vende este tipo de activos, a través de la identificación con un documento oficial de identidad.”⁹²

En lo que respecta a la materia tributaria, la Agencia Tributaria de España establece: “*La utilización por el crimen organizado de la internet profunda, o «deep web», para el tráfico y comercio de todo tipo de bienes ilícitos, así como el empleo de criptomonedas tipo «bitcoin» o similar como medios de pago, es uno de los desafíos más exigentes en la actualidad. Para afrontar esta amenaza, se potenciará el uso por las unidades de investigación de la Agencia Tributaria de las nuevas tecnologías de recopilación y análisis de información en todo tipo de redes.*”⁹³ Lo anterior, haciendo enfoque en la investigación de las actividades ilícitas, en las que puede utilizarse la criptomoneda. Por otra parte, la Secretaría General de Impuestos sobre el consumo, aplica la Directiva del IVA⁹⁴ que es parte de su sistema normativo y refiriéndose a la sentencia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, obliga a las empresas que obtienen ganancias a través de la compra y venta de las criptomonedas a tributar conforme a sus ganancias.⁹⁵

Por otra parte, es de suma relevancia una Moción⁹⁶ del Senado de las Cortes Generales de España, del 7 de febrero de 2018, que tuvo por objetivo el instar al Gobierno español a regular las criptomonedas⁹⁷

⁹² EUROPA PRESS. 2018. Las plataformas de criptomonedas como el bitcoin deberán identificar a sus usuarios, según el notariado. *Mercadofinanciero Europapress*. [En línea] 25 de enero de 2018. [Citado el: 2018 de junio de 30.] <http://www.europapress.es/economia/finanzas-00340/noticia-plataformas-criptomonedas-bitcoin-deberan-identificar-usuarios-notariado-20180125140701.html>.

⁹³ MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA DE ESPAÑA. 2018. Resolución de 8 de enero de 2018, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueban las directrices del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero. *Boletín Oficial del Estado*. [En línea] 23 de enero de 2018. [Citado el: 2018 de junio de 22.] <https://www.boe.es/boe/dias/2018/01/23/pdfs/BOE-A-2018-792.pdf>.

⁹⁴ SECRETARÍA DE ESTADO DE HACIENDA, DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS. 2016. Consulta V3625-16. [En línea] 31 de agosto de 2016. [Citado el: 17 de abril de 2018.] https://petete.minhfp.gob.es/consultas/?num_consulta=V3625-16.

⁹⁵ SENADO DE LAS CORTES GENERALES DE ESPAÑA. 2018. BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. SENADO. XII LEGISLATURA. *Del GRUPO PARLAMENTARIO POPULAR EN EL SENADO, por la que se insta al Gobierno a valorar la regulación de las criptomonedas para garantizar la seguridad y evitar fraudes*. [En línea] 12 de febrero de 2018. [Citado el: junio de 22 de 2018.] http://www.senado.es/legis12/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_12_201_1588.PDF.

⁹⁶ *Ibidem*. p.1

⁹⁷ Al respecto, señalan como motivo de preocupación los siguientes:

1. El componente especulativo de las criptomonedas dificulta su uso como medio de pago, que es una de las funciones básicas del dinero.
2. Estudiar los aspectos relacionados con la prevención del blanqueo de capitales.

Por último, cabe analizar, lo que han señalado las instituciones financieras españolas. Con fecha 8 de febrero de 2018, el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores del mismo país, realizaron un análisis tanto de las criptomonedas como de las Ofertas Iniciales de Moneda (ICOs) y señalaron:

“La CNMV y el Banco de España advierten que, hasta la fecha, ninguna emisión de ‘criptomoneda’ ni ninguna ICO ha sido registrada, autorizada o verificada por ningún organismo supervisor en España. Esto implica que no existen ‘criptomonedas’ ni ‘tokens’ emitidos en ICOs cuya adquisición o tenencia en España pueda beneficiarse de ninguna de las garantías o protecciones previstas en la normativa relativa a productos bancarios o de inversión.”⁹⁸

Es decir, las instituciones financieras españolas, ante la falta de normativa en lo que respecta a las criptomonedas, decide advertir a los usuarios del riesgo que implica la inversión en negocios, en los cuales, se vean relacionadas las criptomonedas.

Las razones que esgrimen el Banco de España y la Comisión del Mercado de Valores de España, para explicar su advertencia, son las siguientes:

“1) Espacio no regulado: Las ‘criptomonedas’ así como los distintos actores implicados en su comercialización directa, no están regulados en la Unión Europea.”⁹⁹ Lo anterior, significa un directo perjuicio a las empresas que se dedican a la compra y venta de

-
3. Estudiar los aspectos fiscales del uso de las criptomonedas para evitar cualquier tipo de evasión.
 4. Seguir apoyando y participando en los grupos de trabajo creados en el seno de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) y del Banco de España o los que se puedan crear en las instituciones europeas, para el estudio de las implicaciones del uso de las criptomonedas
 5. Hasta que exista una regulación global, advertir a los usuarios del componente especulativo, de los fraudes y del riesgo de burbujas de las criptomonedas, así como la necesidad de ser prudente en su utilización
- SENADO DE LAS CORTES GENERALES DE ESPAÑA. 2018. BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. SENADO. XII LEGISLATURA. *Del GRUPO PARLAMENTARIO POPULAR EN EL SENADO, por la que se insta al Gobierno a valorar la regulación de las criptomonedas para garantizar la seguridad y evitar fraudes.* [En línea] 12 de febrero de 2018. [Citado el: junio de 22 de 2018.] http://www.senado.es/legis12/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_12_201_1588.PDF.

⁹⁸ COMISIÓN NACIONAL DE MERCADO DE VALORES DE ESPAÑA. 2018. Comunicado conjunto de la CNMV y del Banco de España sobre "criptomonedas" y "ofertas iniciales de criptomonedas" (ICOs). [En línea] 8 de febrero de 2018. [Citado el: 25 de junio de 2018.], p.1

⁹⁹ Ibid., p.1

criptomonedas, ya que, inhibe las inversiones relacionadas, puesto que, no se aplican las garantías comunes a los demás instrumentos financieros.

“2) Problemas derivados del carácter transfronterizo del fenómeno: En muchas ocasiones los distintos actores implicados en la emisión, custodia y comercialización de “criptomonedas”, no se encuentran localizados en España.”¹⁰⁰ Esta preocupación radica en la pretendida universalidad de las criptomonedas. Al estar el criptoactivo sustentado en datos digitales, usualmente, existirán contiendas de jurisdicción, en el caso de existir un problema jurídico relacionado, debido a que los compradores y vendedores son de diversos países. Por lo tanto, las normas jurídicas relacionadas, pueden ser extrañas al inversor e incluso desprotegerlo en su totalidad.

“3) Elevado riesgo de pérdida del capital invertido: Las “criptomonedas” carecen de valor intrínseco, convirtiéndose en inversiones altamente especulativas. Asimismo, su fuerte dependencia de tecnologías poco consolidadas no excluye la posibilidad de fallos operativos y amenazas cibernéticas que podrían suponer indisponibilidad temporal o, en casos extremos, pérdida total de las cantidades invertidas. En su mayoría, las ICOs están asociadas a proyectos empresariales en etapas muy tempranas de desarrollo, sin que exista un modelo de negocio consolidado o con flujos de caja inciertos. Estas iniciativas pueden tener una alta probabilidad de fracaso.”¹⁰¹ Este punto, es uno de los más controversiales en lo que concierne al mercado de las criptomonedas, puesto que, de forma explícita las autoridades financieras españolas, señalan que las criptomonedas constituyen un activo de alto riesgo. Considerando lo anterior, esto constituye un serio incentivo a evitar invertir de cualquier forma en criptomonedas.

“4) Problemas de iliquidez y volatilidad(sic) extrema: “La ausencia de mercados equiparables a los mercados organizados de valores sujetos a regulación puede dificultar la venta de “criptomonedas” o de “tokens” emitidos en ICOs para obtener efectivo convencional.”¹⁰² A través de este punto, las autoridades españolas, realizan una fuerte crítica a la capacidad de convertibilidad de las criptomonedas, identificando problemas graves en

¹⁰⁰ Ibid., p.1

¹⁰¹ Ibid., p.1

¹⁰² Ibid., p.2

torno a la naturaleza del criptoactivo. A su vez, reviste especial preocupación las fluctuaciones de precios en el mercado de las criptomonedas, convirtiéndolas en un activo volátil.

*“5) Información inadecuada: “En el caso de las ICOs, la información que se pone a disposición de los inversores no suele estar auditada y, con frecuencia, resulta incompleta.”*¹⁰³ Este es un riesgo exclusivo, asociado a las ICOs. Como se mencionó en el apartado de las Oferta Iniciales de Moneda, las obligaciones que tiene una empresa que busca capital, a través de ella, solo se comprometen al otorgamiento de *tokens*, es decir, ciertos derechos representados a través de datos. Por lo tanto, no existe un incentivo por parte del gobierno español, a efectos de potenciar el mercado de criptomonedas, de hecho, busca su limitación por la complejidad que plantean.

A través de los párrafos precedentes, se ha demostrado una actitud conservadora el gobierno de España y sus instituciones financieras en lo que concierne a las criptomonedas. Sin embargo, no deja de ser cierto, que los criterios de la Unión Europea se encuentran fuertemente arraigados en las decisiones que han tomado las autoridades de este país. Por lo tanto, no puede descartarse en ninguna circunstancia, que, en un futuro próximo, la regulación de las criptomonedas sea una realidad que permita, tanto a inversores como a empresarios, aprovechar los beneficios de esta nueva tecnología.

2. Regulación de las criptomonedas en el Derecho Americano

2.1 Estados Unidos de Norteamérica

En este país la preocupación por las criptomonedas y su regulación ha crecido sustancialmente con el tiempo, en consideración a la necesidad de protección de los intereses tanto de particulares como de instituciones públicas. En los últimos años se han hecho significativos esfuerzos para plantear una regulación sistemática, sin embargo, estos han resultado infructuosos, tanto por voluntad política como por lo desconocido de la nueva

¹⁰³ Ibid., p.3

tecnología. No obstante, diversas instituciones han establecido algunos lineamientos generales en lo que respecta al criptoactivo y a las ofertas iniciales de moneda (ICOs).

En primer lugar, hay que destacar la primera sentencia federal que involucra a las criptomonedas en Estados Unidos, la cual involucra a la Comisión de Valores de Estados Unidos (Securities and Exchange Commission o SEC) con Trendon Shavers y su empresa “Bitcoins Savings and Trust”. Los antecedentes de este caso se remontan al año 2011, donde la empresa Bitcoins Savings and Trust, se dedicó a ofrecer a través de internet a comprar o vender colocaciones de la empresa en Bitcoin, prometiendo ganancias del 7% por semana de lo invertido. Una vez comenzadas las operaciones, Shavers se dedicó a recaudar criptomonedas y a otorgar pagos por lo prometido. Sin embargo, entre febrero de 2011 hasta agosto del mismo año, los pagos se detuvieron en su totalidad, descubriéndose un “esquema ponzi” o “estafa piramidal”¹⁰⁴ en la cual, los antiguos inversionistas eran pagados con el dinero de los nuevos, sin existir compra ni venta de nueva criptomoneda, si no que tan solo acumulación sistemática de criptomonedas, que se demostró fueron utilizadas personalmente por Shavers.

Ante este escenario, la sentencia en sede civil de este caso señala: *“Se concluye que Shavers y Bitcoins Savings and Trust, sus directores y representantes, son solidariamente responsables de la devolución de \$38.638.569 dólares, que representa los beneficios obtenidos como resultado de la conducta alegada, junto con un interés sobre la cantidad de 1.766.098.”*¹⁰⁵

La importancia de este fallo es que constituye la primera condena en sede civil, en la cual se ven involucradas las criptomonedas y en la que se establece la responsabilidad solidaria en caso de pérdidas producida por la mala gestión de criptoactivo. Sin embargo, cabe destacar que el fraude se produjo por el desconocimiento del mercado de las criptomonedas y las falsas expectativas generadas por la empresa. Lo anterior, será fundamental para los criterios en las regulaciones subsecuentes en lo que concierne a las criptomonedas, puesto que estas

¹⁰⁴ UNITES STAKES DISTRICT COURT EASTERN DISTRICT OF TEXAS SHERMAN DIVISION. 2014. *Securities And Exchange Commission v. Trendon T. Shavers and Bitcoin Savings and Trust. Case No.: 4:13-CV-4016. SEC WEBSYTE*: United Steates District Court Eastern District of Texas Sherman DIvision, 2014. p.3

¹⁰⁵ *Ibíd.*

impondrán un límite fundamental en lo concerniente a los deberes de información y publicidad hecha por quienes se dediquen a la compra y venta de criptomonedas.

A raíz de lo sucedido con el caso de Trendon Shavers, diversas han sido las alternativas utilizadas para regular a las criptomonedas. Así, la Comisión de Valores de Estados Unidos (Securities and Exchange Commision), quien fuera la contraparte de Trendon Shavers en el juicio, ha sido una de las instituciones más entusiastas en el tratamiento de las criptomonedas, publicando una serie de documentos de investigación en las cuales la criptomoneda es calificada como un activo de alto riesgo.

El primero de estos documentos se titula *“Investor alert: Bitcoin and other virtual currency-related investments”*¹⁰⁶ (*“Alerta a los inversionistas: Bitcoin y otras monedas virtuales e inversiones relacionadas”*)¹⁰⁷, en el que se analizan los diversos riesgos detectados en las criptomonedas.

Así, se señala que las inversiones que involucran bitcoins tienen mayor riesgo de fraude: *“Los estafadores utilizan a menudo las innovaciones y nuevas tecnologías para perpetrar planes de inversión fraudulentos. Los defraudadores pueden atraer a los inversionistas promocionando una “oportunidad” de inversión en Bitcoin como una forma de entrar en este espacio de vanguardia, prometiendo o garantizando altos rendimientos de inversión. Los inversores pueden encontrar estos campos de inversión difíciles de resistir.”*¹⁰⁸ En esta opinión se establece una absoluta desconfianza en lo que constituye el negocio asociado a las criptomonedas (refiriéndose al Bitcoin). Sin embargo, radica el riesgo en la naturaleza novedosa y desconocida del mercado de las criptomonedas, lo que pareciera un prejuicio aplicable a cualquier plataforma de inversión que tuviera las mismas características y pudiera ser aprovechada por alguna persona natural o jurídica inescrupulosa. Sin embargo, en la

¹⁰⁶ U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. 2014. Investor Alerts: Bitcoins and Other Virtual Currency-Related. *Investor.gov*. [En línea] 4 de julio de 2014. [Citado el: 23 de septiembre de 2018.] <https://www.investor.gov/additional-resources/news-alerts/alerts-bulletins/investor-alert-bitcoin-other-virtual-currency>.

¹⁰⁷ *Ibíd.*

¹⁰⁸ *Ibíd.*

misma publicación se perciben “signos de peligro para la inversión”¹⁰⁹, es decir, indicios de fraude, siendo estos los siguientes:

- i. Devolución de inversión garantizada
- ii. Ofertas no solicitadas
- iii. Vendedores sin licencia: *“Las leyes de valores federales y estatales exigen que los profesionales de las inversiones y, las empresas que se dediquen a la oferta y venta de valores tengan licencia o estén registrados.”*¹¹⁰ Este carácter reviste de suma relevancia a efectos de este trabajo, en condiciones a que existe una incipiente regulación sobre las licencias para operar con criptomonedas, existente en pocos Estados del país del norte.
- iv. Sin patrimonio neto o requisitos de ingreso: *“Las leyes federales de valores requieren que las ofertas de estos se registren en la SEC (Comisión de Valores de Estados Unidos) a menos que se explique una exención de registro. La mayoría de las exenciones de registro requieren que los inversores estén acreditados.”*¹¹¹ Este punto de la advertencia hace referencia a las oportunidades de inversión privadas, es decir, aquellas que no solicitan un patrimonio neto o ingresos específicos para ingresar según las leyes estadounidenses. No obstante, lo anterior, la importancia de este punto radica en el tratamiento que se les otorga a las criptomonedas, puesto que, nuevamente, se les hacen aplicables las normas propias de los valores.

En estas recomendaciones la Comisión de Valores de Estados Unidos refleja una preocupación concreta: el problema de las estafas, pero no existe ningún intento por definir la naturaleza de la criptomoneda o proponer alternativas para su uso.

Se tiende a pensar en las criptomonedas como una alternativa de negocio riesgosa, alejándose del carácter de medio de pago de estas, teniendo así las diversas regulaciones y advertencias el objetivo de orientar a inversores, empresarios y socios, sobre ciertos riesgos inherentes al negocio del intercambio de criptomonedas.

¹⁰⁹ Ibidem

¹¹⁰ Ibidem

¹¹¹ Ibidem

Dentro de las regulaciones explícitas se encuentra la del Estado de New York, el que fue pionero en generar una regulación propicia para las criptomonedas, estableciendo un conjunto de normas por el Departamento de Servicios Financieros de New York¹¹² (Department of Financial Services), por lo tanto, se contienen en las “New York Codes, Rules and Regulations” (Códigos, reglas y regulaciones). El cumplimiento de dichas normas dará a lugar a la entrega de una licencia para dedicarse a la prestación del servicio de compra y venta de criptomonedas, llamada: Bitlicence.

Así, en primer lugar, la licencia se otorgará a quienes se dediquen al servicio de intercambio de criptomonedas, que se define en los siguientes términos: *“Se refiere a la conversión o intercambio de criptomoneda por moneda fiduciaria, la conversión o intercambio de moneda fiduciaria por moneda virtual y la conversión o intercambio de una criptomoneda por otra.”*¹¹³

En segundo lugar, se establece la prohibición de operar sin licencia, señalando lo siguiente: *“Ninguna persona deberá, sin una licencia obtenida del superintendente según lo dispuesto en esta Parte, participar en cualquier actividad comercial de moneda virtual.”*¹¹⁴

Sin perjuicio de lo anterior, la prohibición no es absoluta, ya que, se establecen dos excepciones a este principio: *“1) Personas que están constituidas bajo la Ley de Bancos de New York y son aprobadas por el superintendente para participar en actividades comerciales de cryptoactivos” y “2) Comerciantes y consumidores de criptomonedas que las utilicen exclusivamente para la compra o venta de bienes o servicios, o con fines de inversión.”*¹¹⁵

¹¹² Organismo de naturaleza administrativa que tiene por misión supervisar los productos y servicios financieros, siendo dirigida por un Superintendente. NEW YORK STATE DEPARTMENT OF FINANCIAL SERVICES. 2017. Department of Financial Service. [En línea] 12 de diciembre de 2017. [Citado el: 21 de septiembre de 2018.]

¹¹³ NEW YORK STATE DEPARTMENT OF FINANCIAL SERVICES. 2017. Department of Financial Services About Us. [En línea] 12 de diciembre de 2017. [Citado el: 21 de septiembre de 2018.] https://www.dfs.ny.gov/about/dfs_about.htm

¹¹⁴ NEW YORK STATE DEPARTMENT OF FINANCIAL SERVICES. 2017. Department of Financial Services. [En línea] 12 de diciembre de 2017. [Citado el: 21 de septiembre de 2018.]

¹¹⁴ NEW YORK STATE DEPARTMENT OF FINANCIAL SERVICES. 2017. New York Codes, Rules And Regulations. Department of Financial Services. Part. 200: Virtual Currencies About Us. [En línea] 21 de julio de 2018. [Citado el: 21 de septiembre de 2018.] <https://www.dfs.ny.gov/legal/regulations/adoptions/dfsp200t.pdf>. p.7

¹¹⁵ Ibidem. P.7

La primera excepción. permite entender que los bancos podrán, con autorización especial previa, dedicarse al intercambio de criptomonedas debiendo cumplir solo con la obligación de solicitar la autorización al Superintendente del Departamento de Servicios Financieros de New York. Esto se debe principalmente a la estricta regulación de las instituciones bancarias en todo el mundo, la cual permite a los ahorrantes y público en general, mantener la confianza en el sistema financiero. Lo anterior, constituye una oportunidad única para el mercado de las criptomonedas, en condiciones, a que permitirá dotar a estas de confianza.

Por otra parte, la excepción segunda, permite el intercambio libre de criptomonedas entre usuarios, homologando a la circulación de moneda fiduciaria y manteniendo la naturaleza original de las criptomonedas, es decir, un sistema de pagos descentralizado que opere de persona a persona.

Para que sea otorgada la licencia, es necesario el cumplimiento de una serie de obligaciones, con el objetivo de garantizar que, las empresas que se dediquen a la compra y venta de criptomonedas sean lo suficientemente solventes y que no existan cuestionamientos tanto en la estructura organizacional como en la idoneidad de accionistas, socios y directorios. Se otorga así la Bitlicense sólo a aquellos que puedan garantizar un estándar de seguridad predeterminado, a su vez se faculta al Superintendente a intervenir en los casos que sea necesario, para la seguridad de los inversores y público en general.

Por otra parte, en la misma norma, se establece un catálogo de potestades del Superintendente, para el ejercicio del control de las empresas licenciadas. Se establece que el Superintendente es la autoridad que decidirá, en base a los antecedentes aportados por las partes, si concederá la respectiva licencia. Igualmente podrá suspender o revocar la licencia, si no se cumplen las normas establecidas y, a su vez, por “Good Cause” (buenas causas), las cuales tienen por objetivo, la protección de los intereses del público. Así, habrá “Good Cause”, cuando: *“el licenciatario tenga incumplidas o es probable que incumpla en sus obligaciones o compromisos financieros o se involucre en actividades ilegales, conductas o prácticas deshonestas, injustas o inequitativas que pueden causar daño al público.”*¹¹⁶

¹¹⁶ *Ibíd.* P.10

Lo anterior, resulta de suma relevancia, puesto que precisa un catálogo de conductas acordes a la naturaleza de la criptomoneda, impidiendo y controlando así, los problemas que se han suscitado previamente, tales como la utilización de las criptomonedas como medio de pago en actividades ilegales¹¹⁷ o estafas piramidales como la ocurrida con la empresa de Trendon Shavers.

Por otra parte, la licencia no podrá ser revocada arbitrariamente, sino que, se establece la obligación de realizar audiencia al respecto, consagrando así, el derecho de las empresas a la defensa y a la bilateralidad de la audiencia.

Además de lo anterior, se establece un catálogo de obligaciones para los licenciarios, las que tienen por objetivo la protección de los distintos actores del mercado. Así, dentro del catálogo de obligaciones se encuentran las siguientes:

- a) Requisitos de Capital: Se establece la obligación de mantener una cantidad de dinero fijo, en base a las operaciones que maneja cada licenciario¹¹⁸. Con ello se respaldan las operaciones y el interés público involucrado.
- b) Custodia y protección de los activos del cliente: Es una extensión del requisito anterior. Sin embargo, en este caso deberán respaldarse en criptoactivo, los criptoactivos que se reciben.
- c) Obligación de informar a la autoridad de las operaciones.
- d) Obligación de mantener libros y registros: Es una forma de tener control sobre las operaciones que realizan las empresas y los usuarios.
- e) Adaptación a los programas de lavado de dinero del Estado.
- f) Obligación de adoptar un programa de ciber seguridad:¹¹⁹ Ello reviste una de las características más importantes de esta regulación, en condiciones a la naturaleza virtual de las criptomonedas y su forma de ser intercambiadas.

¹¹⁷ ANDRADES. Op. Cit.

¹¹⁸ “Cada licenciario mantendrá en todo momento capital en la cantidad y forma que el superintendente determine como suficiente para garantizar la integridad financiera del titular de la licencia y sus operaciones en curso, basadas en una evaluación de los riesgos específicos aplicables a cada licenciario.” NEW YORK DEPARTMENT OF FINANCIAL SERVICES. op. cit. p.20

¹¹⁹ Deben cumplirse 5 obligaciones: (1) identificar riesgos cibernéticos internos y externos identificando, como mínimo, la información almacenada en los sistemas de la empresa, la sensibilidad de dicha información, y cómo y quién puede ser dicha información accedido; (2) proteger los sistemas electrónicos del licenciario y la

g) Obligaciones de publicidad: Se sanciona con la revocación de la licencia a todos aquellos que informen erradamente o generen expectativas irreales respecto a las criptomonedas y los servicios prestados.

Este conjunto de obligaciones tiene busca resguardar el Orden Público Económico, es decir, se orienta hacia el bien común. Desde un punto de vista práctico, tiene como elemento característico la existencia de una única sanción ante cualquier infracción. Lo anterior, no parece deseable desde un punto de vista de protección a la empresa, ya que frente a cualquier acción contraria a los términos a la licencia esta última es revocada. Así, no existe un equilibrio frente a las obligaciones y la legítima actividad de los empresarios.

Por otra parte, se trata el tema de los impuestos de las empresas que se dedican a la compra y venta de criptomonedas, señalándose respecto a quién obtiene ganancias del intercambio de criptomonedas: “si el valor justo de mercado de la propiedad recibida a cambio de moneda virtual excede la base ajustada del contribuyente de la moneda virtual, el contribuyente tiene impuestos ganancia. El contribuyente tiene una pérdida si el valor justo de mercado de la propiedad recibida es menor que la base ajustada de la moneda virtual.”¹²⁰ Es decir, quién se dedique a la compra y venta de criptomonedas deberá al momento de declarar sus impuestos, señalar la existencia de ganancias respecto al valor de convertibilidad al momento de declarar (diferencia de precio entre el momento de la compra y el momento de declaración), pudiendo incluso deducir pérdidas, si las hubiera.

Por último, se han establecido sanciones concretas a quién incumpla con las obligaciones de declaración y pago, señalando: “Los contribuyentes pueden estar sujetos a sanciones por incumplimiento de las leyes tributarias. Además, la falta de declaración oportuna o correcta de las transacciones de moneda virtual cuando sea necesario para hacerlo puede ser sujeto a multas por reportar información falsa o incompleta”¹²¹.

información almacenada en esos sistemas, desde acceso no autorizado, uso u otros actos maliciosos mediante el uso de infraestructura defensiva e implementación de políticas y procedimientos; (3) detectar intrusiones de sistemas, violaciones de datos, acceso no autorizado a sistemas o información, malware, y otros Eventos de Seguridad Cibernética;(4) responder a eventos de seguridad cibernética detectados para mitigar cualquier efecto negativo; y (5) recuperarse de los eventos de seguridad cibernética y restaurar las operaciones y servicios normales.” NEW YORK DEPARTMENT OF FINANCIAL SERVICES. op. cit. p.20

¹²⁰ *Ibidem.* p.3

¹²¹ *Ibidem.* p.5

En conclusión, la normativa de Estados Unidos de Norteamérica ha estado enfocada en el tratamiento de las criptomonedas como un negocio riesgoso, buscando regular a las empresas que se dediquen a la intermediación con criptoactivo. Sin embargo, la regulación de este país deja de lado un tratamiento sistematizado de la criptodivisa en sí, no definiendo su naturaleza jurídica o modos de adquirir su dominio. Mas bien se entiende el negocio de las criptomonedas como una realidad transaccional, propia de los intercambios, excluyendo nociones fundamentales en lo que respecta a una regulación íntegra.

2.2 Venezuela

En el presente trabajo, se han visto reflejados los esfuerzos de la comunidad internacional, a efectos de determinar el tratamiento jurídico de las criptomonedas, en sus diversos aspectos. Sin embargo, ningún país ha sido tan explícito en otorgarle una regulación expresa a la criptomoneda, como lo es Venezuela.¹²²

Este país, ante los problemas ocasionados por su crisis económica y política, vio en las criptomonedas la oportunidad de intercambiar bienes y servicios con los países extranjeros. Así, con fecha 3 de diciembre del año 2017, el presidente Nicolás Maduro anunció la creación del Petro¹²³, la primera criptomoneda creada a instancias de un gobierno. Para ello se creó, con fecha 8 de diciembre de 2017, a través, del Decreto N°3.196, se crea la Superintendencia de los Criptoactivos y actividades conexas venezolana.

El Decreto N°3.196¹²⁴ establece tanto el plan regulatorio del Petro, como a su vez, las características esenciales de esta nueva criptomoneda y en el artículo N°3 del Decreto señala:

“El presente Decreto tiene por objeto, establecer dentro de las políticas del desarrollo integral de la Nación y de manera lícita, las condiciones regulatorias previstas en el Código

¹²² PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. 2017. Decreto N°3196. *Mediante el cual se autoriza la creación de la Superintendencia de los Criptoactivos y actividades conexas venezolana(sic)*. Caracas: s.n., 8 de diciembre de 2017.

¹²³ AGENCIA EFE. 2017. Maduro anuncia la creación del Petro, la criptomoneda de Venezuela. [En línea] 3 de diciembre de 2017. [Citado el: 24 de junio de 2018.] <https://www.efe.com/efe/espana/economia/maduro-anuncia-la-creacion-del-petro-criptomoneda-de-venezuela/10003-3457024>.

¹²⁴ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA, op.cit. p.1

Civil Venezolano la compra/venta de activos financieros, aplicación, uso y desarrollo de tecnologías blockchain (cadena de bloques), minería, desarrollo de nuevas criptomonedas en el país, con la finalidad de apostar por una economía capaz de mantener la cohesión social y la estabilidad política.”¹²⁵

A través de lo anterior, se puede concluir que los principios que orientan a la regulación de las criptomonedas en Venezuela son los siguientes:

i. Subordinación a los intereses de las políticas estatales: a diferencia del resto de las criptomonedas, el Petro se distingue por la naturaleza de su creación y su control. Lo anterior, se debe a que es el Estado de Venezuela quién se encarga de su desarrollo, y es, por lo tanto, quién define sus objetivos. Al respecto, es destacable la instrumentalización política que reviste la creación de esta criptomoneda, siendo el mismo gobierno venezolano quién reconoce este carácter: *“En aras de hacer frente a las sanciones del gobierno supremacista de Donald Trump, el presidente Nicolás Maduro ha anunciado la creación de una cesta de divisas alternativas al dólar y por último el ingreso del Estado venezolano al mercado de las criptomonedas. Estas iniciativas están dirigidas a mejorar la calidad de vida de las y los ciudadanos a través de la protección de los salarios.*”¹²⁶

ii. Legalidad: Se desprende del artículo 3° del Decreto N°3.196, señalando de forma explícita que el desarrollo este nuevo criptoactivo debe estar acorde con la regulación establecida en el Código Civil venezolano.

iii. Regulación integral y armónico de las criptomonedas: Se establece de manera precisa las necesidades regulatorias del nuevo mercado y la necesidad de un control en su desarrollo, uso y disposición a efectos, de que contribuyan al desarrollo de Venezuela.

Por otra parte, en el mismo Decreto en su considerando quinto, se establece una definición de la criptomoneda, con sus características esenciales:

“El ‘PETRO’ es de característica cripto-activo intercambiable por bienes y servicios, y por dinero fiduciario en las casas de intercambio de cripto-activo nacionales e internacionales, y al mismo tiempo ejerce funciones de commodities, ya que se puede utilizar como un

¹²⁵ Ibidem. p.1

¹²⁶ GOBIERNO BOLIVARIANO DE VENEZUELA. 2018. El Petro es independencia. *Ministerio del Poder Popular para la Comunicación e Información*. [En línea] 5 de enero de 2018. [Citado el: 23 de junio de 2018.] <http://minci.gob.ve/wp-content/uploads/2018/01/EL-PETRO-ES-INDEPENDENCIA.pdf>

instrumento de refugio financiero por estar respaldado en barriles de petróleo venezolano, en la forma de un contrato de compra/venta con la posibilidad de ser canjeado por petróleo físico.”¹²⁷

Lo anterior, debe armonizarse con el artículo 4° del Decreto N°3.196, que señala:

“Esta Criptomoneda venezolana el “PETRO”, se trata de petróleo venezolano cotizado en la cesta OPEP, así como otros commodities(sic), entre ellos el oro, diamante, coltán y el gas. Cada unidad de PETRO tendrá como respaldo físico, un contrato compra-venta por un (01) barril de petróleo de la cesta de crudo venezolano o cualquier commodities(sic) que decida la Nación.”¹²⁸

De estos dos preceptos, pueden extraer las características esenciales de la nueva criptomoneda en particular, que serían los siguientes:

- i. Naturaleza del Petro: Es una criptomoneda, a la cual, se le otorga el carácter de medio de pago, es decir, puede intercambiarse por bienes o servicios. Además, se le da el carácter de “commoditie”¹²⁹. Finalmente, se le da el carácter de depósito valor convertible, es decir, permite la reserva de los activos, no siendo necesario gastarlos en el momento de su adquisición, ya que, mantiene sus características físicas intactas, pudiendo acumularse.
- ii. Representación objetiva de valor: Esta es una característica esencial del Petro y que permite calificar al Petro, como una criptomoneda atípica. Esto, se debe a que usualmente las criptomonedas, como ya se explicó anteriormente, no tienen obligaciones de garantía en su valor, sino que, su valor es representativo de la oferta y demanda del criptoactivo, en el mercado. En el caso del Petro, el gobierno venezolano utiliza la naturaleza propia de las criptomonedas, es decir, su valor está determinado por el mercado. Sin embargo, a efectos de dotar de seguridad la transacción, además de la criptomoneda que se obtiene por concepto de compra, se le otorga al adquirente de una criptomoneda un contrato de compraventa de petróleo u otras materias primas, a efectos de dar una garantía ante la inestabilidad el mercado. El contrato, será exigible a la mera voluntad del dueño del Petro.
- iii. Valor de “commoditie”: “todo bien que es producido en masa por el hombre o del cual existen enormes cantidades disponibles en la naturaleza, que tiene valor o utilidad y un

¹²⁷ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA, op.cit..p 2

¹²⁸ Ibidem.

muy bajo nivel de diferenciación o especialización.”¹³⁰ La anterior definición, corresponde a la definición tradicional de “commoditie”, que las considera solo como materias primas, que se intercambian en un mercado común.

Esta definición, no puede ser aplicada en este caso, en condiciones a que, cuando se hace referencia al Petro, se sostiene que es un bien que, por su naturaleza virtual, ya cuenta con un nivel de especialización e intervención humana.

Por lo tanto, se considerará la definición entregada, por el diccionario Económico Financiero de Vicente Cuartas: *“la definición legal de commodity utilizada en los Estados Unidos amplió el concepto de éste, pues se permitió que este término se acuñase a todo aquello que fuese subyacente en un contrato de futuros de una bolsa de commodities establecida. Así, prácticamente cualquier cosa podía considerarse un commodity, llegando a tomar una gran cantidad de activos financieros bajo condición de que no se los tome como valores.”*¹³¹ Así, han adquirido el carácter de commodities *“las divisas (euro, dólar, libra esterlina, franco suizo), las tasas de interés o de referencia (bonos a 30 años, bonos a 10 años), los índices bursátiles (Dow Jones, Nasdaq 100, S&P 500) y productos de inversión parecidos.”*¹³²

En conclusión, uno de los objetivos que se pretende, a través del Petro, es la inserción de éste en los mercados mundiales, constituyéndose como un bien transable en estos.

La regulación del Petro incluye, en sí misma, la caracterización del propietario de la criptomoneda, la forma de compra y venta, además de su factor de convertibilidad. Es decir, el Estado venezolano, ha establecido el mercado, el modo de adquirir el dominio y las divisas, por las que se puede intercambiar.

Así, el decreto que crea el Petro, en su artículo 5° señala: *“El tenedor de los PETRO podrá realizar el cambio del valor de mercado del cripto-activo por el equivalente en otra criptomoneda o en Bolívares al tipo de cambio de mercado publicado por la casa de intercambio de cripto-activo nacional.”*¹³³

Es decir, solo se acepta el intercambio del Petro por la moneda fiduciaria nacional o por otras criptomonedas, excluyéndose otras monedas fiduciarias, como el Peso Chileno, el Dólar o el Euro. Esto altera de manera sustancial la naturaleza descentralizada y desregulada de las

¹³⁰ Ibidem

¹³¹ Ibidem

¹³² Ibidem

¹³³ Ibidem

criptomonedas, que ha sido identificada por expertos y entidades financieras, ya que limita de sobremanera el intercambio libre y sin trabas, que los creadores de las criptomonedas pregonaban en su primer documento.

A pesar de lo anterior, el Estado de Venezuela, a través del decreto que crea el Petro, reconoce como un medio de cambio válido para el intercambio del resto de criptomonedas, la moneda nacional u otra criptomoneda, reconociendo y permitiendo la circulación del resto de criptoactivos, lo que constituye un primer avance en la legalidad de las criptomonedas.

El artículo 5° del Decreto N°3.196, ha sido complementado, en un documento oficial del Gobierno de Venezuela, titulado: “El petro es independencia”¹³⁴. A través de este instrumento, se establece tanto los medios con los que debe contar el tenedor de criptomonedas, como la responsabilidad, en caso de pérdida, señalándose lo siguiente: *“El tenedor de cada PETRO será poseedor de una billetera virtual, la cual será de su entera responsabilidad, así como todos los riesgos asociados al manejo y custodia de la misma.”*¹³⁵

Lo anterior provoca un grave problema a la seguridad en las transacciones, ya que no se plantea en caso alguno un mecanismo de control de los intercambios y tampoco se plantea el desafío en seguridad informática que implican las criptomonedas. Es del caso señalar, que existen precedentes del peligro a la economía de empresas, en lo que respecta a los ataques informáticos, pudiendo ser, en este caso, las consecuencias mucho peores.

A su vez, se regula la institución que se dedicará al intercambio de las criptomonedas, las cuales se denominarán: “Casa de Intercambio”¹³⁶, según el artículo 6° del Decreto 3.196, definiéndolas de la siguiente manera: *“La Casa de Intercambio será la figura que brinde la infraestructura para la negociación secundaria de los cripto-activos (PETRO), donde compradores y vendedores, abrirán y cerraran posiciones, y donde se podrá realizar el cambio del cripto-activo por el equivalente en Bolívares, de conformidad con el tipo de cambio que en esta se maneje. Asimismo, podrá ser intercambiada por su equivalente en criptomonedas.”*¹³⁷ Es decir, el Estado no solo controlará la emisión del criptoactivo, sino que establecerá el mercado donde se transarán las criptomonedas creadas.

¹³⁴ Ibidem

¹³⁵ Ibidem

¹³⁶ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA, op.cit. p.2

¹³⁷ Ibidem

Por último, en lo que respecta al Decreto que establece el Petro, cabe hacer referencia a la emisión y a la custodia de los criptoactivos. Respecto de la emisión, se plantea una colocación inicial de criptomonedas, es decir, existirá un cierto número de criptodivisa circulante mínimo, pudiendo extraerse el resto, a través del procedimiento de minado. Así, el artículo 8° señala: “*La colocación inicial se hará a través de subasta o asignación directa, realizada por la Superintendencia de los Criptoactivos y actividades conexas venezolana, de conformidad con el número de barriles en reservas otorgados como respaldo por el Ejecutivo Nacional para el PETRO, así el número de PETRO que se encuentren en circulación.*”¹³⁸ Atendiendo a lo anterior, es claro que el Estado venezolano está buscando con cautela la circulación del Petro, regulando a nivel institucional el respaldo que este tendrá en el *commoditie* escogido.

Respecto a la custodia, en el artículo 9° se señala: “*La custodia estará descentralizada una vez que la Superintendencia de los Criptoactivos y actividades conexas venezolana haya realizado la subasta inicial y asignado los cripto-activos a los inversionistas.*”¹³⁹ Es decir, el Estado venezolano custodiará personalmente la criptomoneda emitida. Sin embargo, una vez adquirida por particulares, esta será de su exclusiva responsabilidad, homologando a la forma de emisión de dinero fiduciario, que tienen todos los Estados, en la cual los Bancos Centrales son los encargados de la creación y custodia del dinero, hasta que este se encuentra en circulación.

No obstante, el entusiasmo del Gobierno de Venezuela expresado a través del Decreto N°3.196, la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, declaró nula la referida disposición. Así, expresa: “*Que el Gobierno, violando la ley, ya ha expresado que contempla asignar parte de las reservas de petróleo de la Faja Petrolífera del Orinoco, del Bloque Ayacucho Certificado N°1 para respaldar la emisión del Petro.*”¹⁴⁰ A través, de esta declaración se denota la preocupación del poder legislativo venezolano, por la garantía que el Gobierno de este país, ha ofrecido para sustentar el Petro.

¹³⁸ Ibidem

¹³⁹ Ibidem

¹⁴⁰ ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VEEUZELA. 2018. Acuerdo sobre la emisión de la criptomoneda (Petro). *Sitio web de la Asamblea Nacional de Venezuela*. [En línea] 09 de enero de 2018. [Citado el: 2018 de junio de 23.] http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/_acuerdo-sobre-la-emision-de-la-criptomoneda-petro.

A su vez, establece la inconstitucionalidad del mencionado Decreto señalando que el respaldo ofrecido: *“Está taxativamente prohibido en el artículo 12 Constitucional el cual establece que ‘los yacimientos mineros y de hidrocarburos, cualquiera que sea su naturaleza, existentes en el territorio nacional, bajo el lecho del mar territorial, en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental, pertenecen a la República, son bienes de dominio público y, por tanto, inalienables e imprescriptibles.’”*¹⁴¹

Por otra parte, la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, también señaló que, a través del Petro *“intenta evitar el control sobre operaciones de deuda pública, establecido en el artículo 312 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”*¹⁴² La disposición constitucional referida, señala: *“La ley fijará límites al endeudamiento público de acuerdo con un nivel prudente en relación con el tamaño de la economía, la inversión reproductiva y la capacidad de generar ingresos para cubrir el servicio de la deuda pública. Las operaciones de crédito público requerirán, para su validez, una ley especial que las autorice, salvo las excepciones que establezca la ley orgánica. La ley especial indicará las modalidades de las operaciones y autorizará los créditos presupuestarios correspondientes en la respectiva ley de presupuesto. La ley especial de endeudamiento anual será presentada a la Asamblea Nacional conjuntamente con la Ley de Presupuesto. El Estado no reconocerá otras obligaciones que las contraídas por órganos legítimos del Poder Nacional.”*¹⁴³ Es decir, se reconoce un potencial peligro del Petro, que es el sobreendeudamiento del Estado de Venezuela, convirtiéndose en uno de los aspectos más preocupantes de esta nueva criptomoneda.

El día 31 de enero de 2018, se publica a través del sitio oficial del Petro¹⁴⁴, un *White paper* o libro blanco, en donde, el gobierno venezolano explica tanto a inversionistas como a la opinión pública el funcionamiento del Petro.

En primer lugar, se señaló la ventaja comparativa de Venezuela, en lo que respecta a sus recursos naturales y la oportunidad que representa esto, para la creación de un criptoactivo, precisando: *“Los abundantes recursos naturales del país permiten diseñar un criptoactivo*

¹⁴¹ Ibidem.

¹⁴² Ibidem.

¹⁴³ Ibidem.

¹⁴⁴ <http://www.elpetro.gob.ve/>

*poco convencional que aprovecha la tecnología de cadena de bloques para garantizar transparencia, auditabilidad e integridad de la información para ofrecer la estabilidad que aún requiere el volátil mercado de las criptomonedas. De esta manera, promoverá al país como referencia global de soberanía frente a los grandes centros financieros globales. El precio del Petro estará asociado al de la cesta de crudo venezolano, entre otros motivos, porque el Estado aceptará el pago de impuestos, obligaciones, tasas, contribuciones y servicios públicos nacionales en Petros, lo que ofrece ventajas para los inversores en varios frentes.*¹⁴⁵ A su vez, por medio de este *white paper*, se amplía el uso de las criptomonedas, puesto que permitirá que los pagos hacia el Estado venezolano se realicen en Petros.

En segundo lugar, se determina la naturaleza del Petro, señalando las facetas o usos que tendrá:

*“a) Medio de intercambio. Podrá ser usado para adquirir bienes o servicios y será canjeable por dinero fiduciario y otros criptoactivos o criptomonedas a través de casas de intercambio digitales. b) Plataforma digital. Podría ejercer las funciones de una representación digital de mercancías y/o materias primas (e-commodity) y servirá como andamio para crear otros instrumentos digitales orientados al comercio y las finanzas nacionales e internacionales. c) Instrumento de ahorro e inversión. Su valor estable alentará su uso como reserva de valor e inversión financiera.”*¹⁴⁶ De esta manera, se dota al Petro de las características propias de la moneda fiduciaria, es decir, ser un medio de intercambio, depósito valor y como unidad de cuenta. Respecto a las características de ser un medio de intercambio y una reserva o depósito de valor, el *white paper* lo señala explícitamente. En el caso del carácter de unidad de cuenta, esto se desprende de la posibilidad de cumplir obligaciones con el Petro.

Atendiendo a la forma en que, comenzará la distribución del Petro, se señala: *“El lanzamiento del **Petro** se dividirá en dos etapas: una Preventa y una Oferta Inicial (ICO).”*¹⁴⁷

Respecto de la preventa, esta se realizará a través, de una subasta, como ya lo había mencionado, anteriormente el Decreto N°3.196. Por otra parte, en lo que respecta a la Oferta

¹⁴⁵ SUPERINTENDENCIA DE CRIPTOACTIVOS Y OPERACIONES CONEXAS VENEZOLANA. 2018. Whitepaper Petro. Propuesta Financiera y Tecnológica. <http://www.elpetro.gob.ve/>. [En línea] 15 de marzo de 2018. [Citado el: 23 de junio de 2018.] http://www.elpetro.gob.ve/pdf/esp/Whitepaper_Petro_es.pdf, p.3

¹⁴⁶ Ibidem., p.3

¹⁴⁷ Ibidem. p.3

Inicial de Monedas (ICO), se estableció: *“La Oferta Inicial del Petro se realizará posteriormente hasta agotar los ochenta y dos millones cuatrocientas mil (82.400.000) unidades disponibles para la venta. Los Petros en venta durante la Oferta Inicial serán creados y vendidos por medio de un mecanismo auditable en la cadena de bloques.”*¹⁴⁸ A su vez, se generó una restricción fundamental para la existencia de cualquier criptomoneda: *“El Estado venezolano no podrá hacer nuevas emisiones del criptoactivo Petro.”*¹⁴⁹ Es fundamental, porque el resto de la criptomoneda será emitida, a través del proceso de minado, es decir, el resto del Petro que entre en circulación, será la recompensa por prestar los recursos de un computador, para la realización de los cálculos y comprobaciones necesarias, para el funcionamiento de la criptodivisa, hasta llegar a los cien millones de Petros.¹⁵⁰

Por otra parte, se establece el punto más relevante del Petro, es decir, el respaldo otorgado por el Estado venezolano. Señala el texto: *“El aporte más importante del Petro al mercado de los criptoactivos y la nueva economía digital será el respaldo ofrecido por un Estado soberano. La República Bolivariana de Venezuela garantiza que aceptará el Petro como forma de pago de impuestos, tasas, contribuciones y servicios públicos nacionales, tomando como referencia el precio del barril de la cesta venezolana.”*¹⁵¹ Es la primera vez, en la historia de las criptomonedas, en la cual, un Estado además de legalizar una criptomoneda, le otorga un respaldo objetivo y una posibilidad de convertibilidad, lo que remonta a la idea del dinero convertible en oro, que fuera el origen de múltiples crisis económicas.

Finalmente, a través del *white paper*, se establecen una serie de medidas, a efectos de incentivar el desarrollo del Petro, las que traen como consecuencia, la necesidad de profundos cambios legislativos, además, de servir de ejemplo, para eventuales legislaciones en otros países:

En primer lugar, existe la pretensión de fomentar el intercambio del Petro en otros países del mundo.¹⁵² En segundo lugar, se buscará validar al Petro como medio de intercambio, siendo

¹⁴⁸ Ibidem. p.7

¹⁴⁹ Ibidem. p.8

¹⁵⁰ Ibidem. p.11

¹⁵¹ Ibidem. p.15

¹⁵² El Estado venezolano, a través de la Superintendencia y la Tesorería de Criptoactivos, tomará las acciones necesarias para promover el intercambio del Petro en casas de intercambio de criptomonedas internacionales, con especial énfasis en aquellas que operen legalmente en países emergentes y naciones aliadas. Ibid., p.14

una opción para el pago de obligaciones con el Estado venezolano como con empresas privadas.¹⁵³ Otra de las medidas de incentivo al Petro, hace referencia al pago de obligaciones laborales en la criptomoneda, con aprobación expresa del trabajador¹⁵⁴ Esto se puede interpretar, como parte de la intencionalidad política en la creación del Petro.

Por otra parte, se buscará un tratamiento tributario diferenciado, atendiendo a la naturaleza propia de las criptomonedas.¹⁵⁵ Finalmente, se establece un sistema de incentivos a las empresas que utilicen el Petro para el pago de bienes y servicios.¹⁵⁶

No obstante, la existencia de todas estas regulaciones, ninguna de ellas ha tenido aplicación práctica, en condiciones, a que el gobierno de Venezuela aún no anuncia un catálogo concreto de instituciones que reciban el pago del Petro, por lo tanto, no existe una aplicación del Petro como medio de intercambio de bienes y servicios.

La regulación más importante después del decreto que crea el Petro se produce con fecha 9 de abril de 2018, a través del Decreto Constituyente sobre Criptoactivos y la Moneda Soberana Petro. En este decreto se realizan innovaciones importantes, como lo es la expresa legalización de toda criptomoneda y la creación de nuevos mecanismos de control.

En lo que concierne a la legalización de la criptomoneda, el artículo 10 del decreto mencionado, señala: *“Toda persona natural o jurídica, pública o privada, que pretenda crear un criptoactivo, deberá hacer público un documento donde exponga todas las condiciones de su creación, funcionamiento y eventual respaldo.”*¹⁵⁷ Es decir, se permitirá, previa aceptación del ejecutivo venezolano, la creación, venta y circulación de cualquier criptomoneda.

¹⁵³ Se promoverá el uso del Petro por parte de PDVSA (Petróleos de Venezuela Sociedad Anónima) y otras empresas públicas y mixtas, así como entes públicos nacionales y gobiernos regionales y locales. Ibid. p.14

¹⁵⁴ Se estimulará el pago de compromisos y beneficios laborales extraordinarios en **Petro**, así como prestaciones sociales acumuladas, siempre que cuenten con la aprobación individual expresa del trabajador beneficiado. Ibidem. p.14

¹⁵⁵ “Se establecerá la legalidad de la contabilización del Petro como un activo. Este proceso deberá realizarse tomando como referencia el valor de mercado en bolívares del instrumento, con atención al cumplimiento de las políticas nacionales de combate al lavado de dinero y financiamiento del terrorismo y los estándares necesarios para el conocimiento del cliente. Ibidem. p.15

¹⁵⁶ Las empresas prestadoras de bienes y servicios presentes en Venezuela que incorporen el uso de Petro a sus operaciones comerciales podrán recibir incentivos fiscales. Ibidem. p.17

¹⁵⁷ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA, op.cit. p.4

Además de lo anterior, no sólo se establece la legalidad de la criptomoneda, sino que, según señala el artículo 9 del decreto constitutivo: *“El Estado venezolano promoverá, protegerá y garantizará el uso de las Criptomonedas como medios de pago en las instituciones públicas, empresas privadas, mixtas o conjuntas, dentro y fuera del territorio nacional.”*¹⁵⁸ Este compromiso y obligación adquirido por el Estado de Venezuela se ha visto reflejado en acciones que vinculan a la nueva moneda fiduciaria nacional y a los mercados a la criptomoneda; por otra parte, se ha visto reflejado en continuos ofrecimientos a otros Estados de desarrollar nuevas criptomonedas.

Uno de los primeros intentos por vincular al Petro obligatoriamente a la moneda, radica en el establecimiento del salario mínimo en medida del Petro.¹⁵⁹

Por otra parte, el gobierno venezolano, a través de la Gaceta Extraordinaria N°6397 del 21 de agosto de 2018, la cual dentro de sus objetivos establece: *“La reconversión Monetaria y anclaje del Bolívar al Petro.”*¹⁶⁰ *Fijó el precio de 25 productos de la canasta básica de alimentos de Venezuela en su nueva moneda fiduciaria: El Bolívar Soberano y en Petros.*¹⁶¹ *A su vez, dentro de la misma publicación, en su artículo cuatro, se establece: “El incumplimiento de los Precios Acordados que han sido establecidos en esta Resolución será sancionado de conformidad con lo previsto en la Ley Constitucional de Precios Acordados.”*¹⁶²

La relevancia de esta Resolución es que tasa el precio de un conjunto de artículos básicos en Petro, a su vez, sanciona a quién no respete los precios establecidos, limitando enormemente la capacidad de la criptomoneda nacional en lo que concierne a su valor de cambio. Esto es

¹⁵⁸ GOBIERNO BOLIVARIANO DE VENEZUELA. 2018. Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela. Decreto Constituyente Sobre Criptoactivos y La Criptomoneda Petro. [En línea] 9 de abril de 2018. [Citado el: septiembre de 27 de 2018.] https://pandectasdigital.blogspot.com/2018/04/gaceta-oficial-de-la-republica-11.html_.p.4

¹⁵⁹ Así el día 17 de agosto de 2018, el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela señaló: “He fijado el salario mínimo, las pensiones y la base de salario para todas las tablas salariales del país en medio Petro, 1800 Bolívares devengaran los trabajadores y será la base de actualización de todas las tablas salariales.”<http://www.minci.gob.ve/nuevo-salario-minimo-es-el-equivalente-a-1-2-petro/>

¹⁶⁰ GOBIERNO BOLIVARIANO DE VENEZUELA. 2018. Op.cit. P.4

¹⁶¹ GOBIERNO BOLIVARIANO DE VENEZUELA. 2018. Gaceta Oficial de La república Bolivariana de Venezuela N°6397. *Resolución N° VSE-001-2018*. [En línea] 21 de Agosto de 2018. [Citado el: 23 de septiembre de 2018.] <http://www.minci.gob.ve/wp-content/uploads/2018/08/Gaceta-Oficial-Extraordinaria.pdf> p.3

¹⁶² *Ibidem*. p.2

debido a que inhibe la oferta y demanda de la criptomoneda, puesto que los compradores y vendedores no pueden determinar los precios de bienes y servicios.

Por último, dentro de estos mismos esfuerzos, se encuentra una circular que fue enviada a todas las instituciones bancarias de Venezuela, emitida por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario de la República Bolivariana de Venezuela (Sudebam), en la cual, se obliga a todas las instituciones bancarias a: *“Realizar las adecuaciones correspondientes en la plataforma tecnológica que soporta la página web de la Institución, al efecto de mostrar en las diferentes pantallas de consulta de los instrumentos de captación, colocación y fideicomisos de los clientes, usuarios y usuarias del Sistema Bancario Nacional, como información adicional, todas las operaciones, transacciones y/o movimientos en la unidad de cuenta “PETRO”, así como, se presenta en Bolívares (Bs. S).”*¹⁶³ Es decir, se obliga a todos los bancos e instituciones financieras la adopción del Petro como un sistema válido de pagos.

Los mencionados intentos de legitimación de la criptomoneda Petro, conllevan una importante limitación a la libertad de empresa de los obligados a adoptar la criptodivisa como un medio de pago, en beneficio de la legitimación de esta última. Se restringe absolutamente la libertad de los sujetos de cotizar sus productos o transacciones, en los precios determinados por los oferentes y demandantes, siendo una plena manifestación de la profunda crisis política y económica que ha vivido este país.

A través del caso venezolano existe una multiplicidad de factores que se han de tomar en consideración al efecto de la regulación de las criptomonedas y, sobre todo, el rol de los Estados en su establecimiento, difusión y mecanismos de seguridad. Es de suma importancia señalar que, hasta el día de hoy, el Petro no es un asunto pacífico en Venezuela. Sin embargo, el presidente Maduro continúa incitando a su proliferación.

2.3 Bolivia

¹⁶³ REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. 2018. Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario. *SIB-II-GGR-NP-14226*. [En línea] 23 de agosto de 2018. [Citado el: 27 de septiembre de 2018.] <http://www.eluniversal.com/economia/18655/sudeban-ordena-a-entidades-bancarias-reflejar-estados-de-cuenta-en-petros>.

Como se ha tenido la oportunidad de señalar, el desarrollo de las criptomonedas ha estado asociado al desarrollo del internet y los medios de transmisión digitales y, en este sentido, su mayor influencia se radica en países con cultura tecnológica, quienes conviven diariamente con las innovaciones que son ofrecidas. Sin embargo, las criptomonedas han penetrado negativamente en aquellos países, en los cuales el acceso a la información y a la internet es escaso.¹⁶⁴ En estas condiciones, las criptomonedas son tomadas como un problema, puesto que muchos de sus ciudadanos, ante el desconocimiento de este nuevo activo, fueron objeto de estafas, siendo las más conocidas Bitcoin Cash¹⁶⁵ y Pay Diamond, plataformas de estafa piramidal, que prometían amplias ganancias en el mercado de las criptomonedas a cambio de la entrega de cifras de dinero. Es en este contexto, el Banco Central de Bolivia advierte: *“Que se ha detectado en algunos países el uso de monedas virtuales como el Bitcoin (...), que no pertenecen a ningún Estado, país o zona económica, en consecuencia, su uso y emisión no está regulado, pudiendo ocasionar pérdidas a sus tenedores.”*¹⁶⁶

En este sentido, la institución, ha tomado una postura frente a los riesgos inherentes a las criptomonedas y que han sido detectados en otros países, haciendo hincapié en la peligrosidad que supone para el interés público su circulación.

Por otra parte, hace referencia a la protección del Orden Público Económico de su legislación, señalando: *“Las actividades de intermediación financiera, la prestación de servicios financieros y cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión del ahorro, son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme con la Ley.”*¹⁶⁷ Así, frente a la desregulación de nuevas plataformas de negocios, el Banco Central boliviano opta por indicar que, en virtud del interés público que

¹⁶⁴ En el caso boliviano, se hace patente el desconocimiento y falta de acceso a la red. Así, el año 2017, el 65,5% de la población de Bolivia puede ser considerada como internauta, lo que implica que un amplio grupo de la población desconoce el uso del internet. AGENCIA DE GOBIERNO ELECTRÓNICO Y TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN. 2017. Encuesta Nacional de Opinión Sobre Tecnologías de Información y Comunicación (TIC. AGETIC. [En línea] 2017. [Citado el: 17 de Noviembre de 2018.] https://agetec.gob.bo/pdf/dia_internet_encuesta.pdf. P.4

¹⁶⁵ PERIODICO PAGINA SIETE. 2017. Página 7 online. *Juez envía a prisión a líderes de la estafa con Bitcoin Cash.* [En línea] 30 de Junio de 2017. [Citado el: 17 de Noviembre de 2018.] <https://www.paginasiete.bo/economia/2017/6/30/juez-envia-prision-lideres-estafa-bitcoin-cash-142860.html>.

¹⁶⁶ BANCO CENTRAL DE BOLIVIA. 2014. RESOLUCIÓN DE DIRECTORIO N°044/2014. *Sitio Web Banco Central de Bolivia.* [En línea] 6 de Mayo de 2014. https://www.bcb.gob.bo/webdocs/01_resoluciones/044%202014.PDF.p.4

¹⁶⁷ BANCO CENTRAL DE BOLIVIA, op. cit. p.4

reviste la materia, solo es el legislador el autorizado para decidir sobre estas materias. Esto es de sumo relevante, en condiciones a que se le otorga a la criptomoneda un carácter contrario al Orden Público, lo cual implica directamente su prohibición absoluta.

Es en este contexto, que con fecha 6 de mayo de 2014 se decide: *“A partir de la fecha queda prohibido el uso de criptomonedas no emitidas o reguladas por estados, países o zonas económicas y de órdenes de pago electrónica en monedas y denominaciones no autorizadas por el BCB en el ámbito del sistema de pagos nacional.”*¹⁶⁸

Así, Bolivia se constituye en uno de los pocos países que tienen vedado el uso de criptomonedas, junto con China, Islandia y Ecuador. Sin embargo, resulta curiosa la denominación utilizada para prohibir las criptomonedas, ya que no existe un rechazo a todas las criptomonedas, sino únicamente a las desreguladas, que constituyen casi todas las criptomonedas en circulación, con excepción de la criptomoneda venezolana: El Petro.

Concluyendo, el análisis que realiza el Banco Central boliviano responde a una realidad propia de este país, en la cual sus ciudadanos han sido objeto de perjuicio gracias a la desinformación y desregulación en torno a las criptomonedas. Sin embargo, la referida situación responde a una realidad actual en torno a la criptodivisa, situación que puede ser corregida en base a una regulación que equilibre la adecuada protección de los ciudadanos y de quienes legítimamente vean en las criptomonedas una oportunidad de negocio.

¹⁶⁸ BANCO CENTRAL DE BOLIVIA, op. cit. p..

CAPÍTULO III

CONFLICTOS JURÍDICOS RELACIONADOS CON LAS CRIPTOMONEDAS EN CHILE

En los párrafos anteriores se han destacado aspectos característicos tanto del concepto de criptomonedas, como de su historia y desarrollo, en los que se han manifestado diversos problemas en torno a éstas. Es por esto, por lo que en este apartado se mencionarán y desarrollarán ciertos aspectos que a lo largo del desarrollo del criptoactivo, han despertado la preocupación de autoridades estatales y privados.

1. La naturaleza jurídica de las criptomonedas o criptoactivos

Una de las preguntas fundamentales respecto de las criptomonedas responde a su tratamiento como bien propiamente tal. Al respecto se puede señalar que resulta relevante por su regulación en los contratos, transacciones de otro tipo, verificabilidad de las operaciones realizadas con ellas y la eventualidad de ser transferidas por diversos títulos.

En Chile no se ha definido, pero, si se han dado ciertos atisbos de lo que se entiende como criptomonedas. Así, el día 5 de abril de 2018 el Consejo de Estabilidad Financiera señala al respecto: *“Las denominadas criptomonedas son representaciones digitales de valor y pretenden servir como dinero virtual.”*¹⁶⁹

Además, se ha señalado que *“si bien es cierto no puede considerarse como moneda, esto, no quiere decir que no puedan tener cabida como elemento apto para adquirir bienes o servicios en Chile. En primer lugar, porque al ser susceptible de apreciación pecuniaria puede ser permutada por otra especie y, en tal caso, debemos recordar que el Código Civil hace aplicables las reglas de la compraventa a dicho contrato en lo que no se oponga a su naturaleza y, en segundo lugar, porque nada obsta a que el precio pactado en dinero después*

¹⁶⁹ CONSEJO DE ESTABILIDAD FINANCIERA. 2018. El Consejo de Estabilidad Financiera advierte al público sobre los riesgos asociados a la adquisición y tenencia de las denominadas criptomonedas. *SBIF Web*. [En línea] abril de 2018. [Citado el: 23 de abril de 2018.] <https://www.sbif.cl/sbifweb/internet/docs/Prensa/20180405-CEF-Comunicado-Criptomonedas.pdf>.

*se pague mediante otra forma.*¹⁷⁰ Es decir, no se le reconoce el carácter de moneda propiamente tal. A pesar de lo anterior, la criptomoneda puede considerarse un bien mueble por su naturaleza, consumible, fungible, principal, divisible, aún comerciable cuyo intercambio no se ha prohibido mediante ley y apropiable.

Teniendo claro lo anterior, se puede concluir, que sus características en cuanto a la clasificación típica de los bienes es igual que la moneda fiduciaria. Sin embargo, se distingue por el poder liberatorio de esta última, ya que es el medio de pago obligatorio en caso de la compraventa. No obstante, cabe preguntarse si existe algún inconveniente en pactar el pago en criptomonedas, tal como se haría en otro tipo de moneda (por ejemplo, en dólares), que en el normal desenvolvimiento de las operaciones se puede realizar, o si al pactar el pago en criptomonedas de manera principal, sin dar la alternativa de la convertibilidad.

Al respecto se ha señalado: *“En esta situación no existe la facultad que conceda al comprador para pagar en pesos o en bitcoins, sino que necesariamente el pago deberá realizarse en bitcoins. Lo que se está haciendo por las partes es cambiar lo que se vende por otra forma de pago (el bitcoin), con la salvedad de que se estaría avaluando previamente esta última, por lo cual existiría una permuta y no una compraventa. En opinión de Alessandri, la alternativa que se da al comprador es esencial. Si el precio es fijado en pesos, pero en el mismo contrato o en un acto posterior se otorga la posibilidad de pagar con otra forma de pago, dicho acto es una compraventa porque el objeto del contrato fue el precio y esa forma de pago no es sino uno de los medios que el comprador tiene para cumplir su obligación.”*¹⁷¹

Atendiendo a este primer aspecto, se debe mencionar que existe la posibilidad de pactar contratos, como el de compraventa con criptomonedas, pero siempre ha de atenderse a su factor de convertibilidad dando la alternativa de pagar en la moneda fiduciaria correspondiente, so pena de que el contrato devenga en uno distinto.

Por otra parte, se ha señalado que la naturaleza jurídica de la criptomoneda en la legislación de Chile, podría ser homologable a un programa computacional: *“Las criptomonedas son,*

¹⁷⁰ LASAGNA, Diego. 2017. *El Bitcoin en el Mercado Nacional*. El Mercurio Online. [En línea] 18 de septiembre de 2017. [Citado el: 22 de mayo de 2018.] <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2017/09/08/El-bitcoin-en-el-mercado-nacional-Parte-II.aspx>.

¹⁷¹ Ibidem. p. 1

jurídicamente hablando, programas computacionales en los términos contemplados en la letra t) de la ley N° 17.336 de Propiedad Intelectual, esto es, un conjunto de instrucciones para ser usadas directa o indirectamente en un computador a fin de efectuar u obtener un determinado proceso o resultado, contenidas en un cassette, diskette, cinta magnética u otro soporte material.”¹⁷²

Además de las anteriores Francisco Bedecarratz ha señalado: *“Pareciera más acertado reconocer a las monedas virtuales(criptomonedas) como una especie de bien incorporal sui generis que como una moneda, las cuales pueden ser empleadas como un commodity y ser objeto de transacciones e inversiones.”¹⁷³*

Considerando el régimen general de bienes establecido en el Código Civil, la forma de representación en la realidad y las características específicas de las criptomonedas, se puede señalar que son:

- a) Muebles: Atendiendo a lo establecido en el artículo 567 del Código Civil¹⁷⁴, en condiciones, a que las criptomonedas están destinadas a la simple circulación, pudiendo transportarse de forma virtual.
- b) Cosas principales: En este sentido, resulta discutible la aplicación de esta categoría de los bienes, ya que las criptomonedas se encuentran en forma de datos, dentro de una “billetera virtual”, por lo que podría considerarse que estas acceden a la billetera. No obstante, la “billetera virtual” es un mero mecanismo para permitir el intercambio de criptoactivos, no siendo esencial para la transferencia de la representación de valor que es la criptodivisa.
- c) Divisibles: Las criptomonedas son físicamente divisibles en unidades menores, pues pueden ser transferidas partes de estas a terceros. Respecto a su capacidad de ser intelectualmente divisible, se concluye, considerando su actual naturaleza de reserva de valor que puede dividirse su utilidad.

¹⁷² CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO.2018. *Causa rol N° 23834-2018 (protección)*, [En línea] 05 de abril de 2018. [Citado el: 23 de abril de 2018.] [en: www.poderjudicial.cl]

¹⁷³ BEDECARRATZ. op.cit. p. 82

¹⁷⁴ Art 567 Código Civil: “Muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas, como los animales (que por esto se llaman semovientes), sea que solo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas

- d) Consumibles: Al igual que con el dinero fiduciario, las criptomonedas al ser intercambiadas desaparecen del patrimonio de quién las detenta, produciéndose una destrucción ficta.
- e) Fungibles: al ser las criptomonedas un valor abstracto, es absolutamente reemplazable por cualquier otra de su especie.
- f) Comerciable: Puede ser objeto de actos jurídicos, puesto que no existe ninguna prohibición sobre ellas.
- g) Apropiables: En este sentido, hay que distinguir dos categorías dentro de las criptomonedas: las criptomonedas existentes y las criptomonedas minables. Las primeras, son aquellas que se encuentran actualmente distribuidas en el mercado, ya sea por haberse generado, a través de una Oferta Inicial de Criptomonedas o por haber sido minadas previamente. Estas criptomonedas pueden catalogarse como apropiadas, en condiciones a que acceden a un patrimonio en particular. Por otra parte, las criptomonedas minables, son aquellas que pueden ser obtenidas mediante un procedimiento llamado “minado”, que consiste en otorgar los recursos de una CPU o computador, con el objetivo de verificar las transacciones con criptomonedas y aportar a la creación de estas. En este sentido se puede señalar que estas criptomonedas serían inapropiadas, puesto que no pertenecen a nadie. Sin embargo, es discutible el caso de las criptomonedas minables, puesto que estas acceden a un conjunto de datos preconcebidos por parte del creador de la criptomoneda, por lo que podrían acceder a su patrimonio. No obstante, se consideran bienes apropiables, en consideración a que los creadores de cada criptomoneda dejan de tener el control de éstas, una vez se encuentran en circulación.

Teniendo presente las posiciones de los autores, se puede concluir que la naturaleza jurídica de las criptomonedas no puede ser homologable al dinero, en condiciones a que no posee el poder liberatorio de este último. Sin embargo, puede ser categorizado bajo las clasificaciones establecidas en el régimen general de bienes que se encuentra regulado en el Código Civil y, por lo tanto, le serían aplicables las garantías y obligaciones de todo tipo de bien. Lo anterior, es sumamente relevante, puesto que es un elemento fundamental para el tratamiento o propuestas que se den alrededor de las criptomonedas y los actos jurídicos que puedan recaer sobre ellas.

2. Riesgos Delictivos

Un conflicto habitual y muy importante en lo que concierne a las criptomonedas, es el riesgo de delito que conlleva su utilización y desarrollo. En nuestro país, si bien es cierto no existe una regulación estricta de las criptomonedas, el riesgo delictivo de estas ha sido protagonista en las acciones efectuadas por diversos actores al referirse al mercado de las criptomonedas.

Al respecto, distintas instituciones han dado entender que se harían aplicables a los emisores, intermediarios y compradores, normas sobre prevención de ciertos delitos. Al respecto, el Comité de Estabilidad Financiera ha señalado: *“advierte a los intermediadores, emisores y compradores que, a pesar de no existir actualmente una regulación específica para las denominadas criptomonedas, éstas deben cumplir con el marco legal y normativo que les sea supletoriamente aplicable, y se encuentran sujetas al cumplimiento del marco regulatorio general, el que incluye, entre otros, la prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo, la normativa tributaria y, en tanto realicen operaciones de cambios internacionales, la legislación y normativa cambiaria del Banco Central de Chile. Así, éstas se exponen a sanciones legales y acciones judiciales en caso de incumplir la normativa referida, u otra que les fuere aplicable.”*¹⁷⁵

Por otra parte, el Banco Central de Chile ha indicado: *“De hecho, las preocupaciones sobre lavado de activos y financiamiento del terrorismo son de primer orden. El alcance global que tienen los cryptoactivos facilita que grandes cantidades de recursos sean transferidas de manera transfronteriza, y muchas de ellas son pseudo-anónimas. Vale decir, si bien es posible conocer y seguir todos sus movimientos, no necesariamente es posible conocer la identidad de los propietarios de las cuentas o billeteras electrónicas en las que depositan estos recursos.”*¹⁷⁶

En el apartado de historia de las criptomonedas se realizaron referencias a continuos casos, en los cuales la criptomoneda, ha sido protagonista en transacciones ilegales. Esto se debe, a la especial naturaleza de este activo, en condiciones a que su emisión y las transacciones que

¹⁷⁵ CONSEJO DE ESTABILIDAD FINANCIERA. op. cit.p.1

¹⁷⁶ BANCO CENTRAL DE CHILE. op.cit. p.79

se realizan con ella no se encuentran reguladas, ni vigiladas por ningún organismo estatal o privado con obligaciones de control, como sucede en el caso de los Bancos.

Atendiendo a lo anterior, cabe referirse a la falta de control de las criptomonedas. Esta se debe a la forma en la cual se vinculan las transacciones, es decir, cómo se verifica el movimiento de una criptomoneda desde el patrimonio de una persona al de otra.

Se puede señalar respecto a estas, que mantienen un grado de anonimato lo suficientemente alto, como para que no se tenga certeza respecto a quien compra y vende, esto se debe a la forma de funcionamiento de estas monedas.

Respecto al bitcoin, el esquema que permite el anonimato se plantea de la siguiente manera: *“La transacción usualmente tiene dos salidas, el primer destino de salida es la dirección (clave pública) del destinatario, la otra pertenece al remitente de los bitcoins, a su vez para aumentar el anonimato del usuario, se implementa la llamada billetera bitcoin, un software que gestiona direcciones y facilita el envío de transacciones, siempre que se requiera una dirección para el cambio.”*¹⁷⁷ Remitiéndose al apartado de explicación del funcionamiento de las transacciones con criptomonedas, queda claro que, al existir un control descentralizado, que es realizado por individuos independientes, sin coordinación previa y con el incentivo de generar nuevo criptoactivo, no existe un control de las transacciones focalizado. Por otra parte, existe un mecanismo automatizado que utiliza los recursos de los computadores para evitar el doble gasto de una misma criptomoneda. A su vez, al no existir un control impositivo de las criptomonedas, no existe la posibilidad de saber, que es lo que realizan los individuos o empresas que compran o venden criptomonedas.

La anterior explicación resulta compleja, pero para entenderla se puede poner en términos de transacciones con moneda fiduciaria. Por ejemplo: la compra de un equipo de música puede realizarse mediante la transferencia electrónica, la cual va asociada a una cuenta corriente bancaria común. Sin embargo, si hiciéramos esta transacción en criptomoneda, reemplazaríamos la cuenta corriente bancaria, por una billetera, la cual está asociada a una dirección aleatoria, que cambia continuamente y que la única manera de verificar su ingreso efectivo al patrimonio de la persona que vende, es la vigilancia y la gestión que este haga

¹⁷⁷ MOSSER, Malter. 2013. Anonymity of Bitcoin Transactions. *Semantic Scholar*. [En línea] julio de 2013.

respecto de sus múltiples direcciones, no pudiendo existir ninguna forma de controlar las transacciones por agentes externos a la transacción eliminando así cualquier indicio de su existencia, sin contar con los elementos materiales.

Tomando en consideración lo anteriormente señalado, son riesgos delictivos asociados a las criptomonedas el financiamiento del terrorismo y el lavado de activos.

En cuanto al financiamiento del terrorismo, este se encuentra regulado en el artículo 8° de la Ley 18.314¹⁷⁸, norma que establece sanciones hacia quienes, soliciten, recauden o provean fondos para ser utilizados en operaciones terroristas.

El riesgo radica en el carácter relativamente anónimo de las criptomonedas, el que fuera, ya previamente analizado en el aparato de características del criptoactivo.

Al respecto, señala Bedecarratz: *“En este tipo de delitos, las monedas virtuales también pueden generar un efecto facilitador o incluso criminógeno.”*¹⁷⁹ Al respecto, resulta sencillo imaginar el impacto de las criptomonedas en delitos como los terroristas, ya que, al no existir controles centralizados, resulta casi imposible controlar las transferencias de capital entre un individuo y otro.

Para el mejor entendimiento, se explica respecto a estos delitos: *“Las fuentes para procurar los recursos necesarios para mantener estas organizaciones pueden ser tantas como la imaginación permita. Sin embargo, pueden clasificarse principalmente en cuatro: donaciones, ingresos provenientes de delitos, rentas provenientes de empresas que realizan actividades ilícitas y la explotación del territorio controlado.”*¹⁸⁰ Considerando lo anterior, los tres primeros mecanismos implican el movimiento de capital entre sujetos. Sin embargo, todas estas actividades encuentran algún nivel de control en la legislación actual, los cuales pueden requerir la entrega directa de información a alguna institución estatal, por parte de los que realizan las transferencias o puede existir algún control a las instituciones que prestan algún servicio de intermediación, como en el caso de los bancos. Por lo tanto, la utilización de algún mecanismo regulado de manera formal permite detectar movimientos sospechosos o solicitar información a fin de obtener la certeza del movimiento del capital. Lo anterior, ha

¹⁷⁸ BEDECARRATZ. op.cit. p.82

¹⁷⁹ BEDECARRATZ. op.cit. p.82

¹⁸⁰ BEDECARRATZ. op.cit. p.84

hecho que las formas de transferencia de capital se intenten realizar de la forma más anónima posible. Al respecto, se señala *“Los recursos obtenidos requieren ser traspasados a las arcas de la organización terrorista, lo cual puede lograrse mediante el contrabando físico de dineros u otros activos, la transferencia bancaria con ocultamiento de la identidad del emisor o receptor y la transferencia de dineros a través de sistemas no regulados.”*¹⁸¹

En el caso de las criptomonedas, los controles son escasos. En el esquema de transacciones de las transacciones con criptomonedas se intenta replicar un sistema de pagos de persona a persona, sin intermediarios, en el cual, solo los intervinientes sepan el precio y objeto de la transacción. Por lo tanto, en este sentido las criptomonedas representan una oportunidad única para la comisión de este delito.

Atendiendo a lo anterior, Bedecarratz señala: *“Con la irrupción de las monedas virtuales, es posible financiar una organización terrorista burlando todos los controles convencionales. Basta descargar un cliente Bitcoin, adquirir monedas virtuales por cualquier medio y transferirlas a la dirección de destino, sin que exista control alguno de la operación.”*¹⁸²

Entonces, se puede concluir que este riesgo es inherente a la naturaleza y características propias de las criptomonedas, por lo que su control constituye un elemento básico para cualquier eventual regulación.

En segundo lugar, se encuentra el lavado de activos, riesgo particularmente destacado en la mayoría de las publicaciones referentes a las criptomonedas, puesto que está fuertemente arraigado en las características de las criptomonedas. En nuestro país, el lavado de activos como delito, se encuentra tipificado en el artículo 27 de la Ley 19.913¹⁸³, teniendo como

¹⁸¹ BEDECARRATZ. op.cit. p.84

¹⁸² BEDECARRATZ. op.cit.p.85

¹⁸³ Artículo 27 Ley 19.913.- Será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales: a) El que de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en la ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; en la ley N° 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad; en el artículo 10 de la ley N° 17.798, sobre control de armas; en el Título XI de la ley N° 18.045, sobre mercado de valores; en el Título XVII del decreto con fuerza de ley N° 3, del Ministerio de Hacienda, de 1997, ley General de Bancos; en el artículo 168 en relación con el artículo 178, N° 1, ambos del decreto con fuerza de ley N° 30, del Ministerio de Hacienda, de 2005, que aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley N° 213, del Ministerio de Hacienda, de 1953, sobre Ordenanza de Aduanas; en el inciso segundo del artículo 81 de la ley

elemento definitorio, el ocultamiento de bienes obtenidos directa o indirectamente de ciertos ilícitos en particular.

Se ha establecido que el delito de lavado de activos se compone de tres etapas: *“colocación (placement), la cual está encaminada a introducir los activos criminalmente obtenidos en el comercio legal mediante cualquier tipo de negocio; estratificación (layering), que tiene por fin ocultar el origen de los activos y borrar las huellas contables del mismo a través de un gran número de transacciones lo más complejas posible; y finalmente integración (integration), que implica conferir una apariencia de legalidad a los activos al integrarlos al sistema bancario como producto de una actividad económica lícita.”*¹⁸⁴

En este esquema, las criptomonedas aparecen como un mecanismo idóneo para la ejecución de este delito, debido a que su naturaleza se adapta a estas. Así, cualquier bien que cumpla los elementos del tipo penal, puede ser intercambiado por criptomonedas. Al no existir mayor necesidad que la voluntad de quienes intercambian los bienes, no existiendo ningún control respecto a las transacciones, ni ningún tipo de registro. Es decir, la desintermediación y descentralización de las criptomonedas, constituyen el carácter más atractivo para los usos ilegales de la criptomoneda.

Señala Bedecarratz: *“En este proceso, las características de las monedas virtuales son útiles para lograr el efecto buscado mediante el lavado de activos, especialmente en la etapa de estratificación. En efecto, los activos ilegalmente obtenidos pueden cambiarse a monedas virtuales en casas de cambio, transferirlas luego a una red de cuentas ubicadas en el extranjero mediante la red Tor usando al mismo tiempo servicios de mezclado, para finalmente cambiarlas a moneda de curso legal en otra casa de cambio o bien adquirir con ellas bienes y servicios a través de internet. En este proceso, el anonimato en las transacciones y la posibilidad de efectuarlas de manera transfronteriza son aspectos propicios para disimular el rastro documentado, la fuente y la propiedad de los recursos*

Nº 17.336, sobre propiedad intelectual; en los artículos 59 y 64 de la ley Nº 18.840, orgánica constitucional del Banco Central de Chile; en el párrafo tercero del número 4º del artículo 97 del Código Tributario; en los párrafos 4, 5, 6, 9 y 9 bis del Título V y 10 del Título VI, todos del Libro Segundo del Código Penal; en los artículos 141, 142, 366 quinquies, 367, 374 bis, 411 bis, 411 ter, 411 quáter, 411 quinquies, y los artículos 468 y 470, Nº 8, ambos en relación al inciso final del artículo 467 del Código Penal, o bien, a sabiendas de dicho origen, oculte o disimule estos bienes.

¹⁸⁴ BEDECARRATZ, op.cit., p.87

Estas características generan mayores dificultades para las labores de investigación y, con ello, mejores posibilidades de impunidad para los actores.”¹⁸⁵

Por último, Bedecarratz ha destacado otro riesgo delictivo. Este autor, menciona a las criptomonedas como un factor de riesgo para la comisión de delitos informáticos de la Ley N°19.223 en los siguientes términos: *“El uso de monedas virtuales propiamente tal no configura una conducta punible en la forma de un delito informático de los sancionados en la Ley 19.223, pues no encuadra en ninguna de las figuras típicas contempladas en la norma. Sin embargo, es posible observar el empleo de monedas virtuales como un importante accesorio en la comisión del delito de sabotaje informático, tipificado en sus diversas modalidades en los artículos 1 y 3 de la ley citada.*”¹⁸⁶

La razón de la opinión del autor radica en un hecho ocurrido en los meses de abril y mayo de 2017, donde un pirata informático desarrolló un software capaz de infectar a una gran cantidad de computadores, bloqueando el acceso a los equipos y exigiendo el depósito de una cantidad de la criptomoneda Bitcoin para recuperar el acceso, todo esto con un plazo límite y bajo la amenaza de perder toda la información del equipo. El software fue catalogado como troyano¹⁸⁷ y su nombre asociado fue *“Wannacry”*.

No obstante lo anterior, las criptomonedas constituyen solo un factor de riesgo para los efectos de la seguridad informática, por lo tanto, su influencia en el desarrollo de software perjudicial parece ser mínima, considerando que cada día este sector evoluciona y advirtiendo que los objetivos de estos softwares revisten las más variadas e indeterminadas formas.

Por lo tanto, los riesgos identificados constituyen elementos circunstanciales que pueden ser utilizados como medios para la comisión de un delito. Sin embargo, la existencia de riesgos no impide el desarrollo de esta nueva forma de hacer negocios, sino que, implica un desafío para quienes decidan utilizarlas, a efectos de destacar el potencial de las criptomonedas frente a los eventuales riesgos.

¹⁸⁵ BEDECARRATZ. op.cit.p..87

¹⁸⁶ BEDECARRATZ. op.cit.p. 88

¹⁸⁷ Según Panda Security (empresa dedicada al desarrollo de software antivirus), un troyano es un “tipo de malware cuyo objetivo es introducir e instalar otras aplicaciones al equipo infectado, para permitir su control remoto desde otros equipos.” <https://www.pandasecurity.com/spain/homeusers/security-info/classic-malware/trojan/>

3. El tratamiento tributario de las criptomonedas

Una de las mayores preocupaciones de los Estados y expertos ha sido el tratamiento tributario de las criptomonedas, mostrándose entusiastas en innovar sobre la materia

El problema radica en el anonimato relativo que permiten las transacciones en criptomonedas, puesto que, puede devenir en un método de elusión de las normas tributarias básicas de cualquier país, siendo un activo atractivo para el no pago de los impuestos respectivos.

Desde esta perspectiva, el Servicio de Impuestos Internos, a través del oficio N°963, ha señalado: *“el bitcoin es un activo digital o virtual, soportado en un registro digital único denominado blockchain, desregulado, desintermediado y no controlado por un emisor central, cuyo precio está determinado por la oferta y la demanda.”*¹⁸⁸ Considerando lo anterior, es claro que el Servicio de Impuestos Internos a efectos de establecer la regulación respecto a las criptomonedas, ha considerado estas atendiendo a su naturaleza digital, estableciendo una definición tomando en cuenta, sus rasgos fundamentales.

En cuanto, a su tributación el Servicio de Impuestos Internos, a través del oficio N° 963 de 14 de mayo de 2018, emitido por la Subdirección Normativa del Departamento de Impuestos Directos, ha indicado atendiendo a la Ley de Impuesto a la Renta : *“Las rentas obtenidas en la compra y venta de bitcoins o de otros activos virtuales o digitales, se clasifican en el N° 5, del artículo 20 de la Ley sobre Impuesto a la Renta (LIR), debiendo afectarse, consecuentemente, con los impuestos generales de dicha ley, esto es, con el Impuesto de Primera Categoría (IDPC) y el Impuesto Global Complementario (IGC) o Impuesto Adicional (IA), según corresponda.”*¹⁸⁹ No obstante, lo anterior constituye una aplicación de las reglas generales aplicables a toda empresa, esta información constituye un precedente positivo, respecto a las criptomonedas y su eventual regulación, ya que el Servicio de

¹⁸⁸ SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. 2019. Oficio N°963. *Administrador de Contenido Normativo Servicio de Impuestos Internos*. [En línea] 14 de abril de 2019. [Citado el: 23 de mayo de 2018.] http://www.sii.cl/normativa_legislacion/jurisprudencia_administrativa/ley_impuesto_renta/2018/ja963.html

¹⁸⁹ Ibidem.

Impuestos Internos, a través de este acto legitima la compra y venta de criptomonedas, además de la utilidad que reporta esta actividad.

Por otra parte, considerando el Impuesto al Valor Agregado, el Servicio de Impuestos Internos, ha señalado *“El artículo 8°, en concordancia con el N° 1, del artículo 2° de la Ley de Impuesto a las Ventas y Servicios (LIVS), grava con Impuesto al Valor Agregado (IVA) las ventas, entendiéndose por tales, en lo pertinente, toda convención independiente de la designación que le den las partes, que sirva para transferir a título oneroso el dominio de bienes corporales muebles e inmuebles, excluidos los terrenos. En este contexto, y de acuerdo con lo manifestado en el primer párrafo del presente análisis, el bitcoin, al igual que cualquier otro activo digital o virtual, carece de corporalidad. Luego, considerando que el hecho gravado “venta” contenido en el N° 1, del referido artículo 2°, requiere que ésta recaiga sobre bienes corporales, la venta de bitcoins o activos virtuales o digitales, no se encuentra afectada a IVA.”*¹⁹⁰ Por lo tanto, la naturaleza digital de las criptomonedas excluye su tributación en lo que respecta al IVA, ya que, no se encuentra incluida en las categorías establecidas en la ley, para el pago de este impuesto.

Por último, considerando las normas establecidas para la compra y venta de bienes exentos de IVA, se introduce una obligación para las empresas de compra y venta de criptomonedas, que se traduce en evitar la elusión impositiva, al respecto, se señala: *“debe tenerse presente que, de acuerdo a lo dispuesto en la Resolución Ex. N° 6080 de 1999, las personas naturales o jurídicas y los entes sin personalidad jurídica que deban tributar de acuerdo con las normas establecidas en el artículo 20 N° 1, letras a) y b), y N°s 3, 4 y 5 del mismo artículo, de la LIR y aquellos que sean contribuyentes del impuesto establecido en el título II de la LIVS, por las operaciones que realicen que se encuentren no afectas o exentas de los impuestos establecidos en este último cuerpo legal, deberán otorgar por dichas operaciones las facturas o boletas que se establecen en la señalada resolución, en las oportunidades que indica el artículo 55 de la LIVS.”*¹⁹¹

En conclusión, se debe hacer hincapié en que, en legislación tributaria chilena, aún no tiene un tratamiento definido para la tributación de las criptomonedas. No obstante, existe

¹⁹⁰ Ibidem.

¹⁹¹ Ibidem.

regulación de las empresas de compra y venta de criptomonedas, en base a las leyes que establecen los impuestos en nuestro país, siendo confirmado por una resolución administrativa, que viene a explicar la normativa aplicable.

A su vez, al poder someter a las empresas de compra y venta de criptomonedas a las normas generales, se realiza un reconocimiento a la legitimidad de la actividad y utilidades de estas empresas. Esto como correlato de la obligación de tributar.

Este tema se mantiene en continuo desarrollo, en parte, gracias a la actividad de las mismas empresas de criptomonedas, que han recurrido de manera constante a las autoridades administrativas, para legitimar la actividad que desarrollan.

4. Regulación de las empresas que se dedican de manera habitual a la compra y venta de criptomonedas

En párrafos anteriores, se han señalado potenciales peligros del criptoactivo, atendiendo a su naturaleza de moneda de emisión descentralizada y con un grado de anonimato que resulta proclive a la perpetración de actividades ilícitas. Esto hace necesaria la existencia de una regulación en específico a las empresas que se dedican a estas actividades, más allá de las reglas generales otorgadas por el derecho, en lo que respecta a las obligaciones de constitución de las empresas.

La legislación chilena, frente a la novedad de estas instituciones, no tiene una regulación en específico. Sin embargo, las empresas que se han dedicado al giro, a efectos de hacerse cargo de los peligros que reviste este nuevo mercado, se han sometido a estándares de autorregulación nacionales e internacionales al efecto, los cuales serán analizados en este apartado.

A través de las demandas presentadas, tanto por SURBTC SpA¹⁹² (que opera bajo el sitio web Buda.com) y la empresa CRYPTOMKT SpA¹⁹³, se ha hecho patente el esfuerzo de estas empresas de adaptarse de la mejor manera posible a la legislación nacional.

En primer lugar, ambas empresas se someten voluntariamente como sujetos obligados ante la Unidad de Análisis Financiero de Chile, la cual se encuentra regulada en la Ley N° 19.913, actualizada por la ley N° 20.119 y que expresa en su primer artículo: *“Crease la Unidad de Análisis Financiero (UAF), con el objeto de prevenir e impedir la utilización del sistema financiero y de otros sectores de la actividad económica, para la comisión de alguno de los delitos descritos en el artículo 27 de esta ley, y en el artículo 8° de la Ley N° 18.314”*¹⁹⁴. Los delitos a que se hace referencia son los de: ocultamiento del origen ilícito de bienes a sabiendas de su origen, la posesión de dichos bienes y las de financiamiento del terrorismo, materias que han sido la principal preocupación y argumento de los detractores de las criptodivisas.

En segundo lugar, cabe destacar la relevancia de la adscripción a la Unidad de Análisis Financiero por parte de las empresas, ya que en el caso de SURBTC SpA. permitió el otorgamiento de una categoría a la empresa. Al respecto señalan: *“Dado que no existía (y aún no existe) a esa fecha una categoría de sujeto obligado que cupiera en el giro de buda.com. Y, dado que manteníamos cuentas corrientes facultadas para recibir dólares, es que explicamos esta situación a la UAF y la misma aceptó categorizarnos como ‘casas de cambio y otras entidades que están facultadas para recibir moneda extranjera’.*”¹⁹⁵

¹⁹² TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2018. *Demanda de SURBTC SpA contra Banco del Estado de Chile y otros*. Rol: C-349-2018, Portal de consultas Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, [En línea] 05 de abril de 2018. [Citado el: 23 de abril de 2018.] <http://consultas.tdlc.cl>

¹⁹³ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2018. *Demanda de CRYPTOMKT SpA contra Banco del Estado de Chile y otros*. Rol: C-350-2018, Portal de consultas Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, [En línea] 05 de abril de 2018. [Citado el: 23 de abril de 2018.] <http://consultas.tdlc.cl>

¹⁹⁴ Ley N° 19.913. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile. 29 de octubre de 2016. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=219119>. Consultada el 12 de mayo de 2018.

¹⁹⁵ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2018. *Demanda de SURBTC SpA contra Banco del Estado de Chile y otros*. Rol: C-349-2018, Portal de consultas Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, [En línea] 05 de abril de 2018. [Citado el: 23 de abril de 2018.] <http://consultas.tdlc.cl>

Sumado al estándar legal establecido en la ley N°19.913, existen otros que las empresas han suscrito, a efectos de brindar la seguridad necesaria. Así, por ejemplo, SURBTC SpA. ha señalado: *“A modo ejemplificador de nuestro compromiso con la prevención de lavado de activos y financiamiento, a esta fecha toda transacción dentro de la plataforma debe realizarse a través de transferencias bancarias a nombre del titular de la cuenta, por lo que no existen abonos ni retiros en efectivo u otro medio de pago que nos impida saber con certeza la fuente y destino de los fondos transados.”*¹⁹⁶

Lo anterior, se basa en las normas establecidas en el comité de autorregulación financiera de la Comisión de Mercado Financiero, establecido en el título V del Decreto Ley N°3.538, conforme al texto actualizado por la Ley N° 21.000 de 2017, que en palabras de la propia Comisión de Mercado Financiero: *“El objetivo de la autorregulación establecida por ley es implementar buenas prácticas en materia de gobierno corporativo, ética empresarial, transparencia, y competencia leal entre los distintos actores del mercado financiero.”*¹⁹⁷ Cabe destacar que la integración a este comité, es absolutamente voluntaria y que tanto, la empresa SURBTC SpA como la empresa CRYPTOMTK SpA, decidieron participar de él.¹⁹⁸

A su vez, las empresas de criptomonedas, en la búsqueda de legitimar su negocio recurrieron al Servicio de Impuestos Internos, a efectos de aclarar sus obligaciones tributarias, el cuál respondió a través del oficio N° 963 de 14 de mayo de 2015¹⁹⁹.

Por lo tanto, se denota una enorme deficiencia en lo que respecta a la regulación de las empresas de compra y venta de criptomonedas. Sin embargo, esta deficiencia de regulación ha sido sustituida por medio de la iniciativa de las propias empresas, las cuales para potenciar su rubro han tomado iniciativa directa en lo que respecta a los estándares de seriedad y eficiencia, requeridos para el desarrollo de cualquier actividad económica. Lo anterior,

¹⁹⁶ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2018. *Demanda de SURBTC SpA contra Banco del Estado de Chile y otros*. Rol: C-349-2018, Portal de consultas Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, [En línea] 05 de abril de 2018. [Citado el: 23 de abril de 2018.] <http://consultas.tdlc.cl>

¹⁹⁷ COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO. 2018. Comité de autorregulación financiera. [En línea] 8 de marzo de 2018. [Citado el: 23 de mayo de 2018.] http://www.cmfchile.cl/institucional/comite_auto/comite_autorregulacion.php.

¹⁹⁸ Según consta en el sitio del Comité http://www.cmfchile.cl/institucional/comite_auto/comite_autorregulacion.php. Consultado el 23 de mayo de 2018.

¹⁹⁹ SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. op. cit. p.3

constituye un antecedente de suma importancia para la aplicación de una futura regulación, que deberá considerar las prácticas y buenos usos desarrollados por las empresas, a efectos de ser una regulación eficiente y acorde a la naturaleza del negocio.

5. Autotutela de las empresas frente a los riesgos de un nuevo mercado

El lunes 23 de marzo de 2018, se dió a conocer la noticia que los bancos Scotiabank e Itaú, cerraron las cuentas corrientes bancarias de dos empresas que se dedicaban a la compra y venta de criptomonedas en Chile, denominadas CryptoMKT y Buda.com.

Por parte del Banco Scotiabank señaló su director ejecutivo: *“No se trata de un evento a una empresa que comercialice criptomonedas, el banco sigue procedimientos estándar a toda la base de clientes que tiene. Hace el mismo procedimiento con una empresa industrial, con una pyme, con una agencia de viajes o un casino. En este caso tocó a una empresa de criptomonedas.”*²⁰⁰

En definitiva, no se trataría de una persecución a la empresa en particular, por el contrario, la decisión sería motivada por circunstancias distintas, señalando que se debe a la falta de una explicación en cuanto al origen de los ingresos de la empresa. Al respecto el director ejecutivo de Scotiabank declaró: *“Los procedimientos son los que tenemos normados por Compliance (conjunto de normas que buscan evitar el lavado de dinero) y por la regulación bancaria. Uno de ellos es obtener de parte este cuentacorrentista cuáles son los orígenes de sus ingresos.”*²⁰¹

Se puede concluir a través de estas declaraciones, que la decisión fue motivada por el particular carácter de las criptomonedas que es su anonimato, el cual no permitiría a las empresas que operan con criptomonedas justificar de manera eficiente sus ingresos, en

²⁰⁰ MARCHETTI, Patricia. 2018. Scotiabank y cierre de cuenta a la plataforma de criptomonedas Su explicación del origen de los ingresos no fue clara. *El Mercurio Online*. [En línea] 27 de marzo de 2018. [Citado el: 15 de abril de 2018.] <http://www.emol.com/noticias/Economia/2018/03/27/900257/Scotiabank-y-cierre-de-cuenta-a-plataforma-de-criptomonedas-Su-explicacion-del-origen-de-los-ingresos-no-fue-clara.html>.

²⁰¹ Ibidem. p. 2

condiciones que no existirían los registros pertinentes para ubicar la causa de las transacciones de las criptomonedas.

Por otra parte, desde el punto de vista de los operadores de criptomonedas, carecería de justificación e incluso tendría características de boicot, habiéndose pronunciado la Asociación Bitcoin Chile (organización que agrupa a las empresas SURBTC SpA, CRYPTOMKT SpA Y OrionX SpA.). En estos términos, a su vez, uno de los operadores SURBTC SpA. (que opera en el sitio Buda.com) a través, de su gerente buscó instar una mesa de trabajo declarando lo siguiente: *“Yo entiendo que hay mucha gente haciendo estafas, que hay personas aprovechándose de esto, pero hay que separar la paja del trigo, sino vamos a pagar justos por pecadores y vamos a ahogar una tecnología que podría traer muchos beneficios al país.”*²⁰²

En cuanto a la otra empresa perjudicada, CRYPTOMKT, esta decidió recurrir de protección en contra del banco Scotiabank alegando: *“El Banco Scotiabank, a través de un acto arbitrario e ilegal, decidió cerrar nuestra cuenta corriente, aun cuando tenía cabal desarrollo de nuestro negocio”*. A su vez, en el mismo recurso se señala: *“En consideración a la actividad económica que desarrollamos, una acción como esta significa una perturbación esencial a nuestra operación y, al mismo tiempo, altera nuestras proyecciones y prioridades, dejándonos en absoluta indefensión. Como consecuencia, desde ese momento hasta ahora, nos encontramos en un total (aunque injustificado) estado de incertidumbre.”*²⁰³

Después del anuncio de los bancos Scotiabank e Itaú, el Banco del Estado de Chile decidió cerrar la cuenta corriente de otra empresa, en este caso la empresa OrionX, la que con fecha 2 de abril del año 2018, también recurrió de protección de protección motivada por esta decisión, exponiendo una naturaleza jurídica diferente de la criptomoneda, tratándolas como programas computacionales, sometiéndolas a la Ley de Propiedad Intelectual N°17.336 y

²⁰² Ibidem. p..2

²⁰³ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2018. *Causa rol N° 23834-2018 (protección)*, [En línea] 05 de abril de 2018. [Citado el: 23 de abril de 2018.] [en: www.poderjudicial.cl]

haciendo hincapié en la necesidad de las empresas que operan con criptomonedas de contar con cuentas corrientes bancarias.²⁰⁴

Posteriormente a la interposición a los recursos de protección, en espera de la resolución final, las empresas SURBTC SpA (que opera a través del sitio Buda.com) y CRYPTOMTK SpA, decidieron recurrir al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Lo anterior, a efecto de obtener resoluciones favorables a sus pretensiones, en vista que, a través de los recursos de protección presentados, no se obtuvo una Orden de No Innovar, que permitiera la reapertura de las cuentas corrientes bancarias, a efectos de seguir operando sus plataformas.

En las demandas presentadas en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, se han manifestado nuevos antecedentes respecto a las conductas de los bancos hacia las empresas de criptoactivos, llegando al punto de ser los sujetos pasivos de estas demandas prácticamente la totalidad de los bancos del país.²⁰⁵ Esto en razón a que, el Banco del Estado de Chile, el Banco Itaú y el Banco Scotiabank, decidieron unilateralmente cerrar las cuentas corrientes bancarias que mantenían con ambas empresas, estas últimas han recibido el rechazo para la apertura de nuevas cuentas bancarias en todos los bancos a los que se recurrieron, en la mayoría de los casos sin una justificación suficiente. En el caso de SURBTC, se señala respecto a la solicitud al Banco BICE: *“Así, ocurrió, por ejemplo, Banco BICE a fines de octubre de 2014. Al efecto remitimos una serie de correos electrónicos y antecedentes a la División Empresas y Sucursales de dicha empresa, e incluso se solicitó sostener reuniones acerca de la actividad comercial desarrollada por SURBTC SpA, sin que finalmente tuviéremos respuesta positiva alguna para la apertura de las cuentas corrientes que nuestra representada requería”*²⁰⁶.

²⁰⁴ C.Santiago. 02 de abril 2018. *Causa* rol N° 23834-2018 (*protección*), [En línea] 05 de abril de 2018. [Citado el: 23 de abril de 2018.] [en: www.poderjudicial.cl]

²⁰⁵ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2018. *Demanda de SURBTC SpA contra Banco del Estado de Chile y otros*. Rol: C-349-2018, Portal de consultas Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, [En línea] 05 de abril de 2018. [Citado el: 23 de abril de 2018.] <http://consultas.tdlc.cl>

²⁰⁶ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2018. *Demanda de SURBTC SpA contra Banco del Estado de Chile y otros*. Rol: C-349-2018, Portal de consultas Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, [En línea] 05 de abril de 2018. [Citado el: 23 de abril de 2018.] <http://consultas.tdlc.cl>

Atendiendo a lo anterior, se puede señalar que, existe un ejercicio de autotutela por parte de las empresas bancarias, ya que, frente a eventuales riesgos basados en la naturaleza del negocio, han decidido en su conjunto proscribir materialmente la actividad de las empresas que se dedican a la compra y venta de criptomonedas, basados en criterios propios, no precisados por la legislación, ni por autoridad. Esto fue alegado tanto por SURBTC SpA. Como por CRYPTOMKT SpA. En la demanda presentada ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por parte de SURBTC SpA., se señala lo siguiente: *“Sin perjuicio del análisis particular que se hará a continuación, cabe indicar- en primer término- que el comportamiento de las demandadas constituye una típica práctica de autotutela, rechaza por nuestra legislación de manera general”*²⁰⁷. Se sostiene, además, que existe esta autotutela y haciendo referencia a la improcedencia legal de que los actores de mercado intenten bloquear actividades económicas desarrolladas a partir de nuevas tecnologías.

Lo anterior, ha sido reconocido por diversas sentencias, una de ellas, de la Corte de Apelaciones de Concepción, en la cual se señaló lo siguiente: *“Que, así las cosas, al haber procedido el recurrido a cerrar el camino por sí y ante sí, sin requerir la intervención de los tribunales ordinarios de justicia, ha incurrido en un acto de autotutela que contraviene lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Política de la República que entrega a los tribunales de justicia establecidos por la ley, de manera exclusiva, la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado.”*²⁰⁸

En conclusión, la legislación y tribunales han proscrito las prácticas que buscan impedir la realización de negocios, en vistas del riesgo que pueden conllevar. No obstante, siempre se reconocerá la posibilidad de recurrir a los tribunales ordinarios, en caso de que alguno de que las operaciones traigan consigo actividades abiertamente ilegales, lo que, en el caso de la legislación chilena y las criptomonedas, aún no se ha resuelto en su totalidad. A su vez, respecto al punto anterior, cabe dejar en claro, que mientras el legislador no asuma un papel activo en la regulación del criptoactivo, este mantiene plena legalidad.

²⁰⁷ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2018. *Demanda de SURBTC SpA contra Banco del Estado de Chile y otros*. Rol: C-349-2018, Portal de consultas Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, [En línea] 05 de abril de 2018. [Citado el: 23 de abril de 2018.] <http://consultas.tdlc.cl>

²⁰⁸ CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. 2018. *Causa rol N° 2045-2013 (protección)*, [En línea] 14 de agosto de 2013. [Citado el: 23 de abril de 2018.] [en: www.poderjudicial.cl]

6. El deber de protección al ahorro público y el funcionamiento del sistema de pagos

La legislación bancaria y societaria en Chile es bastante estricta respecto de los deberes que deben cumplir aquellos que se dedican a captar activos del público. Así, la Ley General de Bancos exige a las entidades bancarias variados y estrictos requisitos a efectos de constituirse, funcionar, captar dineros del público y emitir distintos instrumentos que pueden ser utilizados como medios de pago. A su vez, la Ley de Sociedades Anónimas, establece requisitos de publicidad para la protección de los socios y su participación tanto en las decisiones, como en el reparto de utilidades a prorrata de la acción o acciones adquiridas. Sin embargo, en el caso de las criptomonedas, al existir un vacío legislativo, no hay certeza respecto de las obligaciones que las empresas de compra y venta de criptomonedas tienen con sus clientes, respaldo frente a las pérdidas de la inversión realizada, ni un estándar de seguridad respecto a ataques de delincuentes, en este caso hackers. Lo anterior, plantea un desafío no solo en el sentido de la responsabilidad pecuniaria eventual que pueden tener los exchanges o empresas que se dediquen a la compra y venta de estos activos, también plantea un desafío para la legislación chilena en lo que concierne a la seguridad informática con miras a la protección del orden público, la propiedad y la confianza del público en general.

Como se señaló anteriormente, una de las características principales de las criptomonedas, es que *“a diferencia de todas las representaciones de dinero conocidas por la humanidad, por primera vez este dinero ‘vive’ en un medio digital, lo que le otorga propiedades inéditas, tales como permitir almacenar riqueza de manera gratuita (con solo estar conectado a internet las personas pueden tener de forma gratuita una ‘billetera’ de criptomonedas, en donde pueden almacenar las mismas de forma segura)”*²⁰⁹. Lo anterior, implica una relación directa con el deber de protección del ahorro público, ya que, al existir la representación de valor en un medio exclusivamente digital, es potencialmente más corruptible, lo que se ha visto manifestado de manera enorme en la alta volatilidad de sus precios.

²⁰⁹ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2018. *Demanda de SURBTC SpA contra Banco del Estado de Chile y otros*. Rol: C-349-2018, Portal de consultas Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, [En línea] 05 de abril de 2018. [Citado el: 23 de abril de 2018.] <http://consultas.tdlc.cl>

Al respecto, el Banco Central de Chile en su Informe de Estabilidad Financiera, por primera vez se refirió a las criptomonedas manifestando una gran preocupación, señalando lo siguiente: *“Los criptoactivos no son un buen medio de pago, ya que su aceptación es limitada. Ningún país los ha reconocido como moneda de curso legal, por lo que nadie está obligado a aceptarlas para extinguir una obligación. Además, su forma de funcionamiento implica que validar una transacción tome más tiempo que las alternativas tradicionales. Asimismo, la alta volatilidad que tienen sus precios impide que puedan cumplir adecuadamente un rol de unidad de cuenta, y ser un buen depósito de valor. Esto ocurre en parte porque no existe un emisor que vele por la estabilidad del valor de estos activos.”*²¹⁰

Lo señalado anteriormente, tiene una relación fundamental en la futura regulación legislativa en Chile, ya que, la autoridad encargada de la política monetaria y de cambio internacional por mandato constitucional, tiene una visión de preocupación respecto a la criptodivisa. Esta concepción, se expresa mediante una publicación oficial, negándole la idoneidad necesaria para convertirse en algún caso en una moneda propiamente tal, alejándose así, de las pretensiones de los defensores de las criptomonedas, que las ven como un medio de cambio eficiente y previniendo a eventuales compradores y vendedores de las transacciones con criptomonedas.

Para terminar, se debe dejar en claro, que en la legislación chilena existe un fuerte resguardo al ahorro público, representando los bancos por su rigurosa normatividad, el mecanismo idóneo para su ejecución. Sin embargo, las criptomonedas por su naturaleza descentralizada y el valor de mercado que posee constituyen una posibilidad de convertirse en una alternativa de ahorro gratuita, reduciendo los costos de transacción propios de las operaciones de los bancos. No obstante, para que esta posibilidad se convierta en una realidad, se hace necesaria la existencia de un consenso general en su aceptación, tanto de privados como de organismos públicos.

²¹⁰ BANCO CENTRAL DE CHILE. 2018. Informe de Estabilidad Financiera. [En línea] mayo de 2018. [Citado el: 2018 de mayo de 19.] <http://www.bcentral.cl/-/informe-de-estabilidad-financiera-primer-semester-2018.P.79>

CAPITULO V

CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y LAS CRIPTOMONEDAS

A través de este trabajo se han manifestado distintas implicancias en el desarrollo de estos activos, estando aún en discusión tanto técnica como jurídicamente. En este apartado, se desarrollarán las implicancias de las criptomonedas en el sentido de su relación con los derechos fundamentales a partir de los casos suscitados en la materia. Pretendiendo alcanzar de la manera óptima el espectro de derechos fundamentales relacionados. Se considerarán, tanto los derechos fundamentales cuestionados a partir de la introducción de las criptomonedas al mercado como los expuestos a raíz de las relaciones entre privados.

1. Artículo 19° N°21 de la Constitución Política de la República: El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica

La Constitución Política asegura a todas las personas, el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regule.

La garantía establecida en el artículo 19 N°21 resulta tan esencial, que en la Ley N°18.971 se establece el Recurso de Amparo Económico, acción que tiene por objetivo resguardar las vulneraciones a esta garantía constitucional. Este mecanismo responde a la necesidad de protección de los llamados límites extrínsecos o expresos del derecho a la libertad de empresa, siendo estos: *“Aquellos definidos previa y externamente por la norma, comenzando por la Carta Fundamental.”*²¹¹

A lo anterior, hay que agregar la norma establecida en el Decreto Ley N°211, que fija las normas para la defensa de la libre competencia, que son una directa manifestación de la garantía establecida en el artículo 19 N°21. Al respecto es el mismo Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, que señala en la Resolución N°368: *“Que la finalidad de la legislación antimonopolios, contenida en el cuerpo legal citado (DL N°211), no es solo la de*

²¹¹ FERMANDOIS, Arturo. 2001. *Derecho Constitucional Económico*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2001. p.29

*resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes o consumidores, con el fin último de beneficiar a la colectividad toda.*²¹² Lo anterior, respaldado por los llamados límites intrínsecos a la libertad de empresa, lo que en doctrina se ha señalado como *“aquellos inmanentes al ejercicio de la misma, dentro de los cuales se encuentra el ejercicio de la misma libertad por otros agentes.”*²¹³ Lo anterior, en palabras del profesor Arturo Fermanois se ve reflejado en que: *“La legislación antimonopólica chilena no tiene una fuente expresa en la CPR, pero su legitimidad arranca del mismo tácito concepto de límite inmanente que constituye la posibilidad del ejercicio de la misma libertad de empresa por todos los ciudadanos.”* Por lo tanto, se considerarán para este trabajo, la existencia de ambos límites en el ejercicio de la libertad de empresa.

El precepto constitucional señalado cobra relevancia, ya que constituye, por una parte, el ejercicio de la garantía establecida en él, debiendo las empresas de compra y venta de criptomonedas desarrollar su actividad, respetando los límites tanto intrínsecos, como extrínsecos. Lo anterior, es lo que ha generado la alerta, tanto en expertos como en autoridades estatales y empresas privadas, ya que, como se ha visto reflejado a través de la historia de las criptomonedas, éstas se han visto relacionadas con casos de financiamiento al terrorismo, lavado de dinero, elusión de impuestos, etc.

Por otra parte, cobra importancia, la garantía establecida en el artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República, por los límites intrínsecos que operan respecto del resto de los actores del mercado, puesto que, en nuestro país, las entidades financieras han limitado el negocio de las empresas de compra y venta de criptomonedas, basadas en los riesgos de infringir en algún caso las limitaciones expresas con el ejercicio de su actividad. El debate respecto al presente precepto constitucional se ha generado en torno, a la decisión unilateral de diversos bancos chilenos de cerrar las cuentas corrientes bancarias, de tres de las empresas que se dedicaban a la compraventa de criptomonedas, como se ha señalado

²¹² TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2018. *Demanda de SURBTC SpA contra Banco del Estado de Chile y otros*. Rol: C-349-2018, Portal de consultas Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, [En línea] 05 de abril de 2018. [Citado el: 23 de abril de 2018.] <http://consultas.tdlc.cl>

²¹³ FERMANDOIS, op. cit. p.79

precedentemente. Todas estas empresas interpusieron recursos de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

En el caso de OrionX, una de estas empresas, ha señalado a través de un recurso de protección en contra del Banco del Estado de Chile, lo siguiente: *“Como lo ha expresado el Tribunal Constitucional, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica significa que toda persona sea natural o jurídica, tiene la facultad de iniciar y mantener con libertad cualquier actividad lucrativa en las diversas esferas de la vida económica, garantizando, por consiguiente, la norma constitucional, entre otras actividades, la realización de actividades productivas, de servicios y de comercialización de todo tipo de bienes, bajo dos grandes condiciones: la primera, que la actividad a realizar no sea, considerada en sí misma, ilícita, y lo son solo las que la propia Constitución menciona genéricamente, esto es, las contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad nacional, y la segunda, que la actividad económica a realizar se ajuste a las normas legales que la regulen.”*²¹⁴ Lo anterior, constituye un aspecto fundamental en el debate, puesto que radica la discusión y legitima la posición de las empresas, en el cumplimiento de las limitaciones extrínsecas al derecho a la libertad de empresa. A su vez, aclara que el riesgo eventual en la actividad, mientras sea ajustado a lo establecido en normas jurídicas, no legitima una actuación limitativa del derecho establecido en el artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República, por parte de privados, puesto que, es el legislador quien determina los límites.

Respecto a estos recursos, las sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago han sido distintas. En el caso de la empresa OrionX, la sentencia de 11 de julio de 2018, pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, acogió el recurso de protección, ordenando al Banco del Estado a proceder a la reapertura de las cuentas corrientes cerradas. En la sentencia mencionada no se concluye que exista una vulneración a la garantía del artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República. Sin embargo, en el considerando décimo la Corte hace referencia a la legitimidad del negocio de las criptomonedas y su desarrollo, señalando: *“Que esta Corte no puede soslayar las aprensiones que existen respecto de las transacciones en criptomonedas, sin embargo, los nuevos modelos de negocios que las comprenden, producto del desarrollo tecnológico y del ingenio humano, en*

²¹⁴ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2018. *Causa rol N° 23834-2018 (protección)*, [En línea] 05 de abril de 2018. [Citado el: 23 de abril de 2018.] [en: www.poderjudicial.cl]

*que se vislumbran como nuevas formas de inversión y de pago no constituyen en sí una actividad económica ilícita y no pueden ser identificadas necesariamente con la comisión de hechos delictuales. Desde esta perspectiva, cerrar la cuenta de depósito a la vista al recurrente, impide a éste el desarrollo de una actividad que si bien no está regulada, no es óbice para que el banco adopte medidas de resguardo de menor intensidad como la elaboración de programas de seguimiento y control efectivo antes del cierre definitivo de la cuenta.*²¹⁵ Lo anterior, es de sumo importante, ya que intenta equilibrar los riesgos de la actividad con el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica, concluyendo que el riesgo es propio de la innovación, por lo tanto han de buscarse métodos para reducirlo sin la necesidad de hacerlo inoperante.

A la vez, la Corte de Apelaciones de Santiago, busca establecer un paradigma básico para operar en torno al riesgo, señalando: *“Que el fin legítimo que persigue la entidad bancaria recurrida -evitar el lavado de activos o el financiamiento del terrorismo-, puede cumplirse por vías menos gravosas que la adoptada y en consecuencia, el acto de cierre de la cuenta de depósito a la vista de la actora deviene en arbitraria, por falta de razonabilidad, e ilegal, por vulnerar el contrato pactado con su cliente, al no configurarse las causales en virtud de las cuales podía cerrar la cuenta.*²¹⁶ Con esto la Corte de Apelaciones de Santiago, reconoce íntegramente la legitimidad del Banco del Estado de cumplir objetivos de prevención y reducción del riesgo de la actividad de la compra y venta de criptomonedas, sin embargo, reconoce como límites el cumplimiento de los contratos y la aplicación de los métodos menos gravosos para la actividad desarrollada.

Sin embargo, dicha sentencia fue revocada con fecha 3 de diciembre de 2018, replicando lo ocurrido con los recursos de protección impetrados por SURBTC SpA y CRYPTOMKT SpA, los cuales también fueron desestimados por los siguientes argumentos: “Que en lo que dice relación con el examen de legalidad del fundamento de la decisión adoptada por el recurrido, resulta útil recordar que el artículo 3 de la Ley N°19.913, modifica diversas

²¹⁵ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2018. *Causa* rol N° 23834-2018 (*protección*), [En línea] 05 de abril de 2018. [Citado el: 23 de abril de 2018.] [en: www.poderjudicial.cl]

²¹⁶ *Ibidem*

disposiciones en materia de lavado de activos, obliga a los bancos -entre otras personas- a reportar operaciones sospechosas que adviertan en el ejercicio de sus actividades.”²¹⁷

Ante la existencia de la referida obligación, no corresponde desde un punto de vista legal proceder unilateralmente al cierre de las cuentas corrientes, si no informar a los organismos pertinentes, procurando resguardar la integridad de las empresas y tomar acciones en caso de que se reporten actividades ilegales.

Por otra parte, en el mismo fallo se invoca: “ El capítulo 1-14 de la Recopilación Actualizada de Normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, desarrolla exhaustivamente las obligaciones que los bancos deben cumplir en aras de prevenir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, y señala que las instituciones bancarias, por la naturaleza de sus funciones, pueden ser usadas para depositar y transferir fondos a fin de legitimar activos provenientes del narcotráfico u otras operaciones ilícitas circunstancias que originan riesgos de reputación, operativos y legales a los que puede exponerse la entidad financiera comprometiendo su estabilidad y viabilidad económica.”²¹⁸ Llama la atención que la sentencia nuevamente haga referencia a normas que tienen por objetivo la prevención de ciertos delitos, que bajo ninguna circunstancia constituyen una habilitación para el cierre de las cuentas corrientes bancarias, esenciales para el giro del negocio.

La Corte Suprema, continúa analizando la Recopilación Actualizada de Normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras señalando: “Los bancos deben adoptar precauciones para tener un adecuado conocimiento de sus clientes, de las actividades que desarrollan y de las características más relevantes de las operaciones que éstos realizan. Asimismo, deben interiorizarse sobre los fundamentos en que se apoyan esas operaciones cuando no sean concordantes con el giro o profesión del cliente o, aun siéndolo, parezcan desmedidas o inusuales, sea por su monto, su frecuencia o sus destinatarios, en el caso de transferencias de fondos.”²¹⁹

Lo anterior, es una carga para los bancos, el deber de vigilar y denunciar, no obstante atendiendo las características de las criptomonedas estas operaciones pueden parecer imposibles. La Corte Suprema igualmente aseveró que “el giro de la actora comprende la

²¹⁷ CORTE SUPREMA. 2018. *Causa rol N° 16.857-2019 (protección)*, [En línea] 03 de diciembre de 2019. [Citado el: 14 de diciembre de 2018.] [en: www.poderjudicial.cl]

²¹⁸ Ibidem.

²¹⁹ Ibidem

compra y venta sobre monedas virtuales y criptodivisas tales como Ethereum, Ripple, Litecoin y Bitcoin, todas consistentes –según se señala en el propio recurso- en programas computacionales, específicamente algoritmos que, como tales, carecen de manifestaciones físicas y no tienen valor intrínseco como tampoco –generalmente- uno que cuente con respaldo de algún gobierno en particular o de alguna compañía, siendo definidas y controladas por un grupo descentralizado de usuarios que utilizan el protocolo de Bitcoin en internet, a lo que se suma que actualmente las actividades financieras que se realizan con ellas efectivamente carecen de marco regulatorio.”²²⁰ En este sentido, cabe señalar que la no existencia de un marco regulatorio, no genera la proscripción de la compra y venta de las criptomonedas, atendiendo a que mientras no exista una prohibición son bienes totalmente legales, atendiendo a la garantía establecida en el artículo 19 N°24 inciso segundo, que establece claramente que solo la ley puede disponer las limitaciones a la propiedad.

Finalmente se concluye: “Estas características y elementos determinan, por ende, la imposibilidad actual para el Banco recurrido de cumplir las obligaciones ya referidas, pues obstan a que pueda conocer a fondo las actividades financieras relativas a criptomonedas que desarrolla la recurrente, las características más relevantes de sus operaciones, los fundamentos en que éstas se apoyan y, por último, si sus montos son desmedidos o no. Y es precisamente esta imposibilidad de conocimiento y de cumplir con los deberes que pesan sobre el banco lo que da sustento a la decisión de cierre de la cuenta bancaria de la actora, que en consecuencia no puede ser tildada de arbitraria.”²²¹

Atendiendo a anterior, es pertinente señalar que existe una cláusula en el contrato de cuenta corriente bancaria, que permite al banco cerrar unilateralmente la cuenta corriente cuando lo estime conveniente. Sin embargo, desde un punto de vista holístico de las garantías constitucionales y del mandato legal hacia los bancos de controlar la actividad de sus clientes, no existe una justificación razonable, puesto que los bancos deben adoptar medidas conducentes al control de las operaciones por las vías menos invasivas y más respetuosas de la actividad de su cliente, reduciendo el perjuicio que la decisión tomada actualmente.

En conclusión, respecto de la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago y de la Corte Suprema, es destacable que se justifica por el desconocimiento de la actividad de las

²²⁰ Ibidem

²²¹ Ibidem

empresas de compra y venta de criptomonedas y de la criptomoneda en sí misma, siendo esencial para la adecuada protección de la libertad de empresa de quienes se dediquen a su intercambio, a efectos de poder considerar de la forma más razonable las alternativas a tomar, decisión que le corresponde al legislador.

Una nueva arista de esta discusión, posterior a los recursos de protección se encuentra en pleno desarrollo en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, donde las empresas SURBTC SpA y CRYPTOMKT SpA, han demandado no solo a los bancos que cerraron las cuentas bancarias que estas empresas utilizaban a efectos de prestar el servicio de compra y venta de diversas criptomonedas, sino que, además a los bancos que se negaron a abrir nuevas cuentas corrientes.

En las demandas presentadas se justifica la decisión de recurrir al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por parte de SURBTC SpA, señalando: *“Así las cosas, es claro que la institucionalidad de defensa de la libre competencia, se ha creado como una herramienta de protección de los mercados, su libertad y su eficiencia (...), lo que lleva, asimismo a vincular dicha protección con la garantía constitucional establecida en el artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República, referida a la libertad para desarrollar actividades económicas.”*²²²

Además de lo anterior, es de suma relevancia el significado que se le da a la garantía constitucional: *“Constituye el título habilitante para actuar válidamente a las personas naturales y entes jurídicos en sus emprendimientos, incluso en aquellas áreas económicas cuya regulación no está perfectamente delimitada o definida.”*²²³

Lo señalado precedentemente constituye uno de los ejes fundamentales de este trabajo, en condiciones en que tanto los recursos de protección como las demandas interpuestas ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por parte de las empresas de compra y venta de criptomonedas, OrionX SpA., SURBTC SpA y CRYPTOMKT SpA., han sido una plataforma de discusión jurídica sobre los alcances del derecho a la libertad de empresa y la

²²² TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2018. *Demanda de SURBTC SpA contra Banco del Estado de Chile y otros*. Rol: C-349-2018, Portal de consultas Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, [En línea] 05 de abril de 2018. [Citado el: 23 de abril de 2018.] <http://consultas.tdlc.cl>

²²³ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2018. *Demanda de CRYPTOMKT SpA contra Banco del Estado de Chile y otros*. Rol: C-349-2018, Portal de consultas Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, [En línea] 05 de abril de 2018. [Citado el: 23 de abril de 2018.] <http://consultas.tdlc.cl>

actuación de los privados. Lo anterior, basado en criterios de pertinencia, idoneidad y legalidad de la actuación de los privados (en este caso los bancos) y el derecho que sustentan las personas naturales y jurídicas en sus emprendimientos.

Un indicio de la importancia de este derecho se manifestó en las medidas cautelares otorgadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en los casos ya mencionados. En específico, en lo que concierne a la empresa CRYPTOMTK SpA. se ordenó la siguiente medida cautelar: *“A lugar, con citación, solo en cuanto se ordena al Banco del Estado de Chile y al Banco Scotiabank Chile celebrar un nuevo contrato de cuenta corriente con CryptoMKT SpA, en los mismos términos de los contratos suscritos entre dichas partes anteriormente. Lo anterior, por cuanto la medida cautelar solicitada es necesaria para impedir los eventuales efectos negativos de las conductas sometidas a conocimiento de este Tribunal”*.²²⁴ En el caso de SURBTC SpA, también se decreta la medida cautelar señalada anteriormente, pero respecto de los bancos del Estado de Chile e Itaú.²²⁵ Cabe destacar, que los efectos negativos a los que hace referencia el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, son la imposibilidad de las empresas de operar sin cuentas corrientes bancarias, impidiéndoles desarrollar su actividad de manera absoluta.

Lo anterior, demuestra de forma categórica que el sistema de defensa de la libre competencia tiene por objetivo no sólo la protección de la competitividad de los mercados por los efectos negativos de los mercados anticompetitivos, sino que también, viene a proteger a las empresas de las consecuencias perniciosas de la actividad de otros privados.

Para concluir este punto, se ha de señalar que el mecanismo de protección, establecido para la protección de este derecho, no solo tiene implicancias para las empresas, sino también tiene un objetivo social. En el caso de las empresas de compra y venta de criptomonedas, constituye la vía para la protección de sus intereses y el de sus clientes, a su vez, constituye la primera oportunidad para que un tribunal chileno, se pronuncie de manera definitiva

²²⁴ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2018. *Demanda de SURBTC SpA contra Banco del Estado de Chile y otros*. Rol: C-349-2018, Portal de consultas Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, [En línea] 05 de abril de 2018. [Citado el: 23 de abril de 2018.] <http://consultas.tdlc.cl>

²²⁵ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2018. *Demanda de SURBTC SpA contra Banco del Estado de Chile y otros*. Rol: C-349-2018, Portal de consultas Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, [En línea] 05 de abril de 2018. [Citado el: 23 de abril de 2018.] <http://consultas.tdlc.cl>

respecto a las criptomonedas y determine, si la conducta de los bancos chilenos es la apropiada frente a los riesgos eventuales.

2. Artículo 19° N°24 de la Constitución Política de la República

Previamente en el presente trabajo se estableció la necesidad de una legislación para proteger la propiedad representada por las criptomonedas, en consideración a su carácter de unidad de cuenta o propiedad intelectual. No obstante, esta necesidad de protección se torna más amplia, en consideración a los intereses de las empresas que se dedican o se dedicarán a la compra y venta de estos activos, los cuales pueden verse afectados o beneficiados dependiendo de las decisiones tomadas desde la legislación y a las decisiones de privados.

En el caso del cierre de cuentas corriente bancaria efectuada en contra la empresa de compra y venta de criptomonedas Orion X, se manifiesta de manera certera la existencia de una necesidad de protección a las empresas en este sentido, ya que en el Recurso de Protección interpuesto ante el peligro inminente de perjuicio patrimonial que significa el acto de los privados contra la empresa, se expresa lo siguiente: *“Ahora bien, la especial característica de una criptomoneda es que ella es comercializada a través del mercado electrónico según se expresó más atrás. En otras palabras, no es sino el mercado electrónico el mecanismo - único- a través del cual pueden comercializarse estos derechos personales o créditos. El mercado tradicional no es apto para comercializarlos, toda vez que su colocación en el mercado supone, en su sentido más esencial, una comercialización electrónica, lo que implica, también, un acceso a las plataformas bancarias regulares, las que sirven de base para el fondo del negocio.*

En otras palabras, no puede existir comercio electrónico sin acceso a los bancos y a sus plataformas electrónicas. Se trata del medio natural y esencial de este tipo de comercio. La restricción de acceso a este medio significa, en consecuencia, una restricción al acceso al comercio electrónico y, a su vez, al derecho a desarrollar actividades económicas.”²²⁶.

²²⁶ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2018. *Causa rol N° 23834-2018 (protección)*, [En línea] 05 de abril de 2018. [Citado el: 23 de abril de 2018.] [en: www.poderjudicial.cl]

En consecuencia, las restricciones realizadas por privados pueden terminar por sepultar el patrimonio de las empresas al no permitirles realizar ningún tipo de actividad, lo que termina generando pérdidas inminentes en sus activos y, por lo tanto, lesionando el legítimo derecho a la propiedad que la Constitución garantiza.

CAPITULO VI

ASPECTOS DOCTRINARIOS: LOS LIMITES A LA LIBERTAD DE EMPRESA

1. El Orden Público Económico

Para analizar el derecho a la libertad de empresa, es necesario, en primer lugar, hacerlo respecto del Orden Público Económico, pues la garantía constitucional de la libertad de empresa es una de las que lo conforma.

El profesor Cea Egaña, define al Orden Público Económico como *“el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultad a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución.”*²²⁷ Cabe destacar que el mismo autor, hace hincapié en la vocación de igualdad que posee el Orden Público Económico y, al respecto señala: *“la finalidad del Orden nombrado es institucionalizar con rango de máxima jerarquía jurídica, un sistema que asegure a todas las personas el respeto y promoción de los valores de libre iniciativa y apropiabilidad de los bienes, de isonomía o igualdad de oportunidades.”*²²⁸ Atendiendo a lo anterior, es innegable el aspecto de control que rescata este autor, puesto que dentro de un sistema de garantías, la legitimación para exigir su aplicación pertenece a quienes han visto vulneradas dichas garantías.

Por otra parte, el profesor Aruro Fernandois, define al Orden Público Económico como: *“El adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad, que permita a todos los agentes económicos, en la mayor medida posible y en un marco subsidiario, el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana.”*²²⁹ Respecto a esta definición, se puede destacar la noción holística del Orden Público Económico, es decir, la consideración de todos los actores y agentes económicos, para el ejercicio de los derechos, apuntando al fin fundamental del Estado: el bien común.

²²⁷ CEA, José. 1998. *Tratado de la Constitución de 1980*. Santiago : Editorial Jurídica de Chile, 1998. p.12

²²⁸ Cea, JOSÉ. 1982. *Notas sobre el Orden Público Económico*. Santiago : s.n., 1982, Gaceta jurídica. N°135

²²⁹ FERNANDOIS. op.cit. p. 84

2. Principios del Orden Público Económico

La doctrina ha distinguido los siguientes principios del orden público económico:

*“a) Principio de libertad económica; b) Principio de subsidiariedad económica del Estado; Principio del derecho de propiedad privada; d) Principio de la no discriminación económica arbitraria; e) Principio de la disciplina del gasto fiscal; f) Principio de la política monetaria independiente; g) Principio de la reserva legal de la regulación económica; h) Principio de la revisión judicial de la regulación económica.”*²³⁰

Atendiendo la naturaleza del trabajo, se tratará como núcleo fundamental el principio de libertad económica desde su perspectiva de garantía, considerando la naturaleza que ha adquirido la criptomoneda como reserva de valor. Sin embargo, esto no significa que el resto de las garantías o principios no sean considerados; al contrario, el análisis desde la perspectiva de la libertad económica implica atender a un contexto armónico de desarrollo normativo. Teniendo presente lo anterior, los principios del Orden Público Económico pueden ser considerados desde dos perspectivas:

- a) Positiva o de garantía: Implica la protección al ejercicio de las facultades que la Constitución Política de la República reconoce a toda persona.
- b) Negativa o restrictiva: La correlación entre la protección de garantías y el ejercicio de las actividades económicas implica, en algunos casos, que ciertas actividades queden vedadas a otros actores. Así, en el caso del principio de reserva legal de la regulación económica, se limita a toda autoridad, ya sea judicial o administrativa a intervenir en los aspectos regulatorios.

Por lo tanto, no puede entenderse el derecho a la libertad de empresa sin considerar principios como el de reserva legal de la regulación económica. En este sentido, las criptomonedas son un foco de conflicto, ya que, en la actualidad, no existe ningún tipo de regulación para su aspecto económico, sino que se ha tendido a aplicar la analogía para categorizar su naturaleza jurídica de bien, el tratamiento tributario al que deben someterse, etc.

²³⁰ FERMANDOIS. op.cit. p. 59

Al contrario de lo que ocurre en legislaciones extranjeras, en que los Estados han reconocido a las criptomonedas como una innovación que requiere control, en Chile no existe ningún indicio por parte del legislador de querer hacerlo. Ante este panorama, se debe considerar como aspecto fundamental la existencia de personas naturales y jurídicas, que han visto en las criptomonedas una oportunidad de negocio, por lo que es necesario, tomar en primer lugar de consideración el conjunto de garantías del Orden Público Económico, a efectos de generar un tratamiento holístico del criptoactivo, que sea capaz de garantizar el efectivo derecho de quienes legítimamente quieran operar con él, ya sea como intercambiadores (empresas de compra y venta de criptomonedas) o utilizándolas como un medio de cambio en reemplazo del dinero fiduciario.

3. La libertad de empresa como garantía

Como se señaló previamente, el derecho a la libertad de empresa debe ser comprendido en el contexto del Orden Público Económico. Al respecto se puede señalar: *“Ciertamente, tal como el resto de los preceptos del artículo 19, el N°21 no constituye una disposición aislada, sino está en particular ubicada en el centro de las disposiciones de la Carta. Luego, la libertad económica debe ser interpretada en sus alcances, ámbito, límites, bondad o eventual reprochabilidad constitucionales, en armonía con el resto de los principios y normas constitucionales.”*²³¹ Es decir, para considerar a la libertad de empresa, es necesario emprender una interpretación sistemática de los preceptos que forman el Orden Público Económico.

La importancia de estas consideraciones radica en la relevancia que los privados tienen para el desarrollo económico. Dado a lo anterior, el profesor Fermanois, distingue que, a partir de la vigencia de la Constitución de 1980, la garantía de la libertad económica abandonó la naturaleza pretérita de garantía individual, entendiéndose actualmente, que la actividad económica emprendida por privados interesa a toda la comunidad, en condiciones a que resulta útil para ella y su desarrollo. Por lo anterior, es esencial comprender que toda actividad económica debe tender al bien común.

²³¹ FERMANDOIS. op.cit. p. 87

En este sentido, puede comprenderse la garantía del derecho a la libertad de empresa como la suma de los siguientes derechos:

“a) *Derecho a emprender actividades económicas*”²³²: Este derecho constituye, el título habilitante de los individuos para poder participar en la economía.

“b) *Derecho a que las actividades económicas emprendidas por las personas sólo se limiten en nombre de la moral, el orden público y la seguridad nacional*”²³³: En este sentido, implica una garantía positiva de no perturbación a la actividad desarrollada.

“c) *Derecho a que la actividad económica sólo se regule por ley, y no por normas de rango inferior*”²³⁴: Corresponde al principio de reserva legal, al igual que el derecho anteriormente mencionado, corresponde a una garantía positiva, en este caso, corresponde a que las eventuales perturbaciones sean determinados mediante la legislación, más no por autoridades administrativas o de otro tipo.

Si bien ello es cierto, puede apreciarse una tendencia individualista de la sistematización anterior. No obstante, en esta se encuentra intrínsecamente la noción de bien común, en condiciones a que establece un incentivo al desarrollo de las actividades económicas, en un contexto de respeto a los derechos fundamentales.

Por otra parte, en el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, ha señalado: “*La antes referida garantía constitucional, a la que se le ha llamado de la libre iniciativa o libertad de empresa, es de contenido vasto, ya que comprende la libre iniciativa y prosecución de cualquiera actividad económica, sea productiva, comercial, de intercambio o de servicio, habiendo sido introducida por el Constituyente de 1980 con especial énfasis y estudio, según consta de la historia fidedigna del proyecto.*”²³⁵

En este aspecto, las empresas de compra y venta de criptomonedas se encuentran absolutamente amparadas en el ejercicio de esta libertad, habiendo cumplido las exigencias

²³² FERMANDOIS. op.cit. p. 84

²³³ FERMANDOIS. op.cit. p. 85

²³⁴ FERMANDOIS. op.cit. p. 85

²³⁵ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO.1994. Causa Rol N°4017-1995(protección). 3 de abril de 1994 [En Gaceta Jurídica N° 192]. P.25.

que la ley les impone. En el caso de las empresas CRYPTOMKT, ORIONX y SURBTC, éstas adoptaron la forma de Sociedad por Acciones, haciéndoles extensibles lo establecido en la Ley N° 18.046 sobre sociedades anónimas, que señala en su artículo 9°: *“La sociedad podrá tener por objeto u objetos cualquiera actividad lucrativa que no sea contraria a la ley, moral, al orden público o seguridad del Estado.”*²³⁶

Es decir, las empresas anteriormente mencionadas, al cumplir los requisitos de constitución, inscripción y publicación necesarias para la vigencia de las sociedades, lo hicieron bajo un objeto lícito, no contrario a los límites expuestos anteriormente.

Por lo tanto, la compra y venta de criptomonedas como objeto de nuevas empresas, no solo es lícita, sino que está protegida por las garantías del derecho de la libertad de empresa, además de las garantías propias del orden público económico.

4. Límites intrínsecos

Los límites intrínsecos: *“Son aquellos inmanentes al ejercicio de la misma (libertad de empresa), dentro de los cuales se encuentra el ejercicio de la misma libertad por otros agentes.”*²³⁷ Así, este límite está construido, en base a permitir a los otros actores del mercado, intervenir en este y poder ejercer la misma actividad económica.

En este sentido, se puede identificar un aspecto pasivo y un aspecto activo en los límites intrínsecos de la libertad de empresa.

Así, el aspecto pasivo se ve representado por quienes pueden verse perjudicados o constreñidos en el ejercicio del derecho por otros actores del mercado. A modo de ejemplo, los actores con menor participación en el mercado en un mercado monopólico. Sin embargo, el aspecto pasivo, no solo se ve representado por el ejercicio abusivo de posición de mercado, sino que también, puede revestir otras formas, como el uso de cláusulas de contratos de adhesión.

²³⁶ FERMANDOIS. op.cit. p. 84

²³⁷ FERMANDOIS. op.cit. p. 92

Desde el punto de vista activo, el límite se encuentra en el comportamiento del propio actor en el mercado, debiendo este mantener ciertos patrones de conducta, con el objetivo de que el resto de los actores pueda ejercer su legítimo derecho.

Uno de los límites intrínsecos fundamentales y el más relacionado con el tema de este trabajo, es la prohibición de afectar otras actividades económicas con maquinaciones y fraudes, es decir, ejercer la propia libertad económica de forma perjudicial para otras.

Este criterio no encuentra disposición expresa en la legislación, sino que se encuentra reconocida en la jurisprudencia. Al respecto cabe recoger lo señalado por la Corte de Apelaciones de Santiago en el año 1992: *“Una persona, natural o jurídica, que desarrolla una actividad económica dentro de la ley sólo puede salir de ella voluntariamente o por ineficiencia empresarial que la lleve al cierre o quiebra. Pero es contrario a esta libertad, y la vulnera, el empleo por otros empresarios de arbitrios, como pactos, acuerdos, acciones y toda clase de operaciones que tengan por objeto o den o puedan dar como resultado dejar al margen de los negocios a quien está cumpliendo legalmente una tarea en la economía del país.”*²³⁸

A través del fallo anterior, se pueden distinguir los requisitos para la aplicación de dicho criterio:

- a) Que una persona, natural o jurídica, que desarrolla una actividad económica dentro de la ley sea la perjudicada: en este sentido, cabe el cuestionamiento respecto a si los privados, en el ejercicio de sus funciones empresariales, pueden ejercer conductas conducentes a la marginalidad de un actor de mercado. Considerando la naturaleza del derecho a la libertad de empresa, no cabe duda, de que los privados no están habilitados para ello, en condiciones al principio de reserva legal en la libertad de empresa, debiendo ser la ley la encargada de regular dichos aspectos y las sanciones al incumplimiento de las restricciones que ella indique.
- b) Existencia de arbitrios, pactos, acuerdos o acciones: al respecto, se cuestiona la amplitud de la noción de estos, ya que estos actos *“en la medida que no atenten contra la*

²³⁸ CORTE SUPREMA. 1998. Causa Rol N°1909.[En línea] 7 Junio 1998 [Citado el 17 noviembre 2018] [En: Suprema.pjud.cl]

libre y justa competencia, pueden perfectamente tener como consecuencia la salida de otros agentes de su actividad, precisamente por menor eficiencia económica”²³⁹. A su vez, cabe preguntarse, si en algún caso la omisión constituiría una infracción al derecho de la libertad de empresa. Desde una perspectiva práctica, la omisión no constituiría un atentado contra este derecho, ya que las omisiones en el contexto de un mercado competitivo técnicamente no pueden tener la entidad suficiente para afectar a una empresa o actor de mercado.

c) Que tenga por objeto o den o puedan dar como resultado dejar al margen de la vida de los negocios: En este sentido, la noción establecida por la Corte de Apelaciones es demasiado amplia, en condiciones a que, como señala el profesor Fermanois; *“responsabiliza objetivamente al agente supuestamente agresor de un potencial daño en otro agente económico, descuidando la necesaria causalidad que en todo caso debe exigirse al agresor para proscribir su actividad económica.”*²⁴⁰

d) Intencionalidad y causalidad: Como se ha podido desprender del análisis anterior, para que se produzca efectivamente la vulneración a la norma constitucional, mediante acuerdos, pactos, arbitrios o acciones, es necesario, en primer lugar que exista una intención por parte del agente económico activo a efectos de proscribir la actividad económica del perjudicado, esta intencionalidad tiene que ir directamente dirigida al perjuicio por lo que, deben desecharse todas aquellas acciones conducentes a la eficiencia y productividad de las empresas, que pudieran ocasionar daños no controlables a terceros. Por otra parte, es necesaria la existencia de la causalidad, es decir que las acciones y sus consecuencias, deben tener una incidencia directa en la situación, debiendo tener el sujeto activo, es decir, aquel que provoca el daño en el perjudicado, sin considerar otros elementos azarosos que pudieran devenir en consecuencias nefastas.

En Chile, se ha visto representado el problema de los límites intrínsecos, en condiciones que nuevos actores del mercado como lo son las empresas de compra y venta de criptomonedas, se han visto constreñidos, en el ejercicio de su libertad de empresa, por parte de los bancos e instituciones financieras, quiénes, considerando los eventuales riesgos que conlleva la

²³⁹FERMANDOIS. op.cit. p..99

²⁴⁰FERMANDOIS. op.cit. p. 100

actividad, hicieron uso de las cláusulas contractuales, impidiendo a los nuevos actores del mercado continuar sus operaciones por un periodo considerable de tiempo.

En este caso, se hace patente el aspecto pasivo de los límites a la libertad de empresa. Un nuevo actor del mercado se ve impedido de continuar su actividad, debido al ejercicio de cláusulas contractuales genéricas, que actúan sobre el eventual riesgo de la actividad, a su vez, es una demostración del aspecto activo de la libertad de empresa, en la cual los actores preponderantes del mercado debieran ejercer sus potestades sin menoscabar la actividad de otros, sin motivos fundados. Lo anterior, fue objeto de recursos de protección por parte de las empresas CRYPTOMKT SpA, SURBTC SpA y ORION X SpA., además de demandas ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Si bien la Corte de Apelaciones de Santiago desechó los recursos impetrados por las empresas ORIONX SpA, SURBTC SpA y CRYPTOMKT SpA, los desestimó en base a las cláusulas contractuales acordadas por las empresas de compra y venta de criptomonedas, sin analizar los límites a la libertad de empresa. Es clave en este sentido considerar que el mercado de la compra y venta de criptomonedas entra en directa relación con el mercado de servicios financiero, debiendo adaptarse el mercado de servicios financieros a este nuevo negocio, a efectos de poder realizarse un efectivo ejercicio del derecho a la libertad de empresa.

Respecto a lo anterior, la Corte de Apelaciones de Santiago es concluyente: *“Que esta Corte no puede soslayar las aprensiones que existen respecto de las transacciones en criptomonedas, sin embargo, los nuevos modelos de negocios que las comprenden, producto del desarrollo tecnológico y del ingenio humano, en que se vislumbran como nuevas formas de inversión y de pago no constituyen en sí una actividad económica ilícita y no pueden ser identificadas necesariamente con la comisión de hechos delictuales. Desde esta perspectiva, cerrar la cuenta de depósito a la vista al recurrente, impide a éste el desarrollo de una actividad que, si bien no está regulada, no es óbice para que el banco adopte medidas de resguardo de menor intensidad como la elaboración de programas de seguimiento y control efectivo antes del cierre definitivo de la cuenta.”*²⁴¹

²⁴¹ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO., 2018, rol N° 23834-2018 [En línea] 11 de junio de 2018. [Citado el: 23 de septiembre de 2018] [en: www.poderjudicial.cl]-

Es decir, la misma Corte de Apelaciones de Santiago, reconoce la necesidad de adaptación al nuevo mercado que representan las criptomonedas, en base a los siguientes argumentos:

i. Aunque se presentan aprehensiones, las innovaciones como las criptomonedas no constituyen en ningún caso una actividad económica ilícita: como se expuso anteriormente en la sección de riesgos delictivos, el que una actividad tenga asociada riesgos, no implica su ilegalidad a priori, sino que es un llamado al legislador a regular la respectiva actividad minimizando sus eventuales riesgos, siendo la declaración de ilegalidad la ultima ratio, en consideración a la restricción del derecho fundamental a la libertad de empresa.

A su vez, los privados en el ejercicio de sus facultades no son los llamados a controlar la legalidad de una actividad si el legislador no lo ha hecho previamente. En este sentido, el rol que les cabe a los privados es la constatación y denuncia de las actividades sospechosas²⁴², tal como lo señala el artículo 3° de la Ley N°19.913.²⁴³No obstante lo anterior, la legitimación para denunciar proviene de una decisión del legislador, a efectos de tener un control previo y necesario de ciertas actividades, más no implica una legitimación activa para constreñir un negocio.

ii. A efectos de un mayor control de la actividad los bancos e instituciones financieras, debieran optar por medidas menos gravosas. En este sentido, la Corte de Apelaciones de

²⁴² Señala el artículo 3° de la Ley 19.913: “Se entiende por operación sospechosa todo acto, operación o transacción que, de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad de que se trate, resulte inusual o carente de justificación económica o jurídica aparente o pudiera constituir alguna de las conductas contempladas en el artículo 8° de la ley N° 18.314, o sea realizada por una persona natural o jurídica que figure en los listados de alguna resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, sea que se realice en forma aislada o reiterada.”

²⁴³ “Las personas naturales y las personas jurídicas que se señalan a continuación, estarán obligadas a informar sobre operaciones sospechosas que adviertan en el ejercicio de sus actividades: los bancos e instituciones financieras; empresas de factoraje; empresas de arrendamiento financiero; las empresas de securitización; las administradoras generales de fondos y las sociedades que administren fondos de inversión privados; las casas de cambio y otras entidades que estén facultadas para recibir moneda extranjera; las emisoras u operadoras de tarjetas de crédito, tarjetas de pago con provisión de fondos o cualquier otro sistema similar a los referidos medios de pago; las empresas de transferencia y transporte de valores y dinero; las bolsas de valores y las bolsas de productos, así como cualquier otra bolsa que en el futuro esté sujeta a la supervisión de la Superintendencia de Valores y Seguros; los corredores de bolsa; los agentes de valores; las compañías de seguros; los administradores de fondos mutuos; los operadores de mercados de futuro y de opciones; las sociedades administradoras y los usuarios de zonas francas; los casinos, salas de juego e hipódromos; los titulares de permisos de operación de juegos de azar en naves mercantes mayores, con capacidad de pernoctación a bordo, y que tengan entre sus funciones el transporte de pasajeros con fines turísticos; los agentes de aduana; las casas de remate y martillo; los corredores de propiedades y las empresas dedicadas a la gestión inmobiliaria; los notarios; los conservadores las administradoras de fondos de pensiones; las organizaciones deportivas profesionales, regidas por la ley N° 20.019; las cooperativas de ahorro y crédito; las representaciones de bancos extranjeros y las empresas de depósito de valores regidas por la ley N° 18.876.”

Santiago busca legitimar actividades de intervención, pero equilibrando estas últimas con el legítimo ejercicio de la libertad de empresa de las empresas de compra y venta de criptomonedas. Al respecto, es clave considerar el modelo de negocios de los intercambiadores o empresas de compra y venta de criptomonedas, tomando en consideración que sus operaciones se realizan mediante transferencias bancarias, a través de internet, siendo las cuentas corrientes bancarias un mecanismo indispensable, sin ellas no es posible realizar el intercambio de dinero fiduciario por criptomonedas.

En conclusión, respecto a los límites intrínsecos hay que poner hincapié en que su legitimación, viene dada por la correlación que tienen los actores en el mercado, ya sea exploten el mismo negocio o no, buscándose con estos un adecuado equilibrio en sus actuaciones, derechos y deberes.

5. Límites extrínsecos

Como señala el profesor Fermanois, los límites extrínsecos “*aquellos definidos previa y externamente por la norma, comenzando por la Carta fundamental.*”²⁴⁴ Es decir, estos límites tienen, al contrario de los intrínsecos, una certeza y reconocimiento legales, teniendo el carácter de normas imperativas o prohibitivas, que influyen directamente en la realización de la actividad económica y en todos sus procesos y desarrollos.

De acuerdo con la doctrina, se distinguen dos clases de limitaciones expresas o límites extrínsecos:

- a) Prohibiciones: “*Aquellas fundadas en la moral, el orden público y la seguridad nacional.*”” son llamadas prohibiciones: *Por cuanto el derecho a la libertad se encuentra vedado en estos casos bajo todo respecto.*”²⁴⁵
- b) Limitaciones: “*Aquellas emanadas de las regulaciones legales de la actividad económica.*”²⁴⁶

²⁴⁴ FERMANDOIS.. op.cit. p. 93

²⁴⁵ FERMANDOIS. op.cit. p. 93

²⁴⁶ FERMANDOIS. op.cit. p. 93

Atendiendo a lo anterior, es necesario analizar el caso de las criptomonedas a la luz de las prohibiciones y limitaciones, con el objetivo de determinar la legalidad de la conducta de las empresas que se dedican a la compra y venta de criptomonedas.

En conclusión, respecto a los límites extrínsecos se puede señalar que constituyen condiciones fundamentales de restricción, prohibición o limitación del ejercicio del derecho a la libertad de empresa, que tienen como característica principal remitirse a condiciones explícitas establecidas por el constituyente o por el legislador. Por lo tanto, deben ser interpretadas en un sentido estricto y taxativo, considerando su carácter restrictivo del derecho fundamental a la libertad de empresa.

6. Las prohibiciones

En cuanto a las prohibiciones, es menester considerar el contenido fundamental de ellas, es decir, la moral, el orden público y la seguridad nacional. En este sentido, las criptomonedas pueden sufrir cuestionamientos, en condiciones a que gracias a su anonimato relativo y la facilidad que brindan a las transacciones, permitirían atentar fácilmente contra las prohibiciones, cuestionamientos que se advierten a través de este trabajo, en cuanto al financiamiento de organizaciones terroristas y el narcotráfico.

Además de lo anterior, siendo el eje fundamental de este trabajo la relación de las criptomonedas con el derecho a la libertad de empresa consagrado en la Constitución. Es necesario hacer referencia al orden público, en particular en su vertiente económica, puesto que la criptodivisa se plantea como un medio alternativo al sistema financiero. Por lo tanto, como condición básica de su funcionamiento las criptomonedas deben ser capaces de adaptarse a las garantías del Orden Público Económico que protegen las actividades económicas de todas las personas naturales y jurídicas del país y, a su vez, estas garantías deben recaer sobre quienes se dediquen a la compra y venta de criptomonedas, ya sea de manera habitual como los intercambiadores o a personas naturales que tengan como objetivo el realizar transacciones con ellas.

Son garantías del Orden Público Económico reconocidas en la Constitución Política de la República:

i. Artículo 19 N° 21: “El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no se oponga a la moral, al orden público o a la seguridad nacional.”

En este apartado se han analizado los límites a la libertad de empresa, pues toda actividad económica que se encuadre en los límites establecidos está garantizada por el Orden Público Económico.

ii. Art.19 N° 22: “La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”

Esta garantía tiene un doble contenido, de acuerdo a lo fallado por el Tribunal Constitucional *“Las finalidades que se tuvieron en vista al incorporar este precepto en la nueva Constitución fueron fundamentalmente dos: 1) Establecer que, aun cuando no se trate de una discriminación arbitraria, se requerirá de una ley para otorgar un beneficio directo o indirecto a un sector, actividad o zona geográfica determinada o para establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras, y 2) consagrar expresamente, y en forma particular el principio de la igualdad ante la ley en materias económicas, en atención a que dicho principio no habría sido ‘valorado suficientemente por los tribunales de justicia en lo relativo a evitar las discriminación injustas causadas por las leyes y los actos de la autoridad.’”*²⁴⁷

Frente a lo anterior, se pueden desprender dos aspectos fundamentales de este precepto constitucional: 1) Establece el principio de legalidad en materia de regulación económica, lo que reviste un aspecto fundamental en lo que respecta a las criptomonedas, en razón a la naturaleza de su actividad resultando claro que solo la ley podrá determinar las cargas y gravámenes a los que puede ser sometida. 2) Presenta una igualdad formal en el ejercicio de los derechos a las empresas como un mandato de optimización, es decir, implica que los tribunales de justicia se ven obligados a tener en consideración el derecho fundamental explicado.

iii. Artículo 19 N° 23: La libre accesibilidad a la propiedad de los bienes corporales e incorporarles: La relevancia de esta garantía radica en el hecho de que es un elemento básico

²⁴⁷ PFEFFER, Emilio.1993. *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas: Constitución de la República de Chile 1980*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p.78

e indispensable para el desarrollo de cualquier actividad económica, ya sea de intercambio de bienes o prestación de servicios. La restricción a la propiedad de bienes, como las criptomonedas, implica una restricción a las actividades relacionadas a ella, ya que como se ha visto, el principal emprendimiento relacionado ha sido el intercambio de estas. Así, las criptomonedas no han demostrado tener ningún efecto pernicioso, sino que han sido particulares, quiénes han utilizado a las criptomonedas y el desconocimiento de ellas, como un medio para la comisión de delitos como la estafa.

iv. Artículo 19 N° 24. El derecho de propiedad: como el acceso a la propiedad es condición fundamental para la existencia de los emprendimientos su protección reviste el mismo carácter. Cualquier perturbación al derecho de propiedad puede significar un perjuicio inconmensurable al ejercicio de la libertad de empresa, teniendo en cuenta la relación entre ambas. En el caso de las criptomonedas, ello se dificulta, ya que atendiendo al desarrollo del negocio que las envuelve y a la naturaleza que revisten, la protección del derecho de propiedad se vuelve difícil e incluso difusa, al ser datos dentro de un sistema informático. Por lo tanto, para la adecuada protección de dicha garantía es necesario el establecimiento de una visión omnicomprensiva de la naturaleza material, económica y jurídica de las criptomonedas.

v. Artículo 19 N°20: La igualdad, justicia y no afectación tributaria: Dentro de las preocupaciones usuales en lo concerniente a las nuevas tecnologías, está el tratamiento tributario que se les debe otorgar. Así, las nuevas aplicaciones han recibido fuertes críticas en torno a su obligación de tributar y al aprovechamiento de la ventaja comparativa de la desregulación en materia tributaria, provocando disputas con los competidores directos de estas nuevas aplicaciones. Es importante señalar, que el tratamiento tributario a todo tipo de emprendimiento es materia exclusiva de ley, estando el legislador obligado a generar una carga tributaria acorde a los principios de la justicia e igualdad frente a las innovaciones, de modo que no perjudiquen la actividad económica de forma extensiva. En el caso de las criptomonedas, en Chile se ha optado por la aplicación de las normas generales de tributación a la forma societaria adoptada por quienes han decidido dedicarse a la compra y venta de criptomonedas de manera habitual. Ante lo anterior, cabe señalar que la solución adoptada por el Servicio de Impuestos Internos es la correspondiente al estado actual de la legislación que aún no regula las criptomonedas.

Es fundamental señalar que en nuestro país las criptomonedas no han atentado en ningún caso contra la moral, el orden público o la seguridad nacional y, tampoco lo han hecho las empresas que se dedican a la compra y venta de criptomonedas de manera habitual. Atendiendo a lo anterior, la prohibición no constituye el paradigma mediante el cual deba darse tratamiento a las criptomonedas, puesto que solo su uso abusivo es el que puede llegar a trasgredir el mandato constitucional referido.

Las criptomonedas, pueden ser utilizadas como un medio a priori para la comisión de delitos, según lo acontecido en la historia de éstas. Sin embargo, de acuerdo a lo tratado en este trabajo, la existencia de empresas de compra y venta de criptomonedas y de las criptomonedas propiamente tal, no es condición a priori para la comisión de estos delitos, sino que son las características intrínsecas de las criptomonedas, las que convierten a estos activos en un riesgo, por lo que, para resguardar el resto de las garantías del Orden Público Económico, se hace necesario regularlas.

7. Las limitaciones

La segunda clase de límites extrínsecos está constituida por las llamadas limitaciones, que como anteriormente se señaló, son aquellas restricciones que encuentran su origen en la ley. Su fundamento constitucional se encuentra establecido en el artículo 19 N°26 de la Constitución Política de la República, que señala: *“La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”*²⁴⁸ De este precepto constitucional se pueden extraer los siguientes aspectos:

a) El límite en las limitaciones legales a los derechos fundamentales: El legislador no podrá afectar los derechos en su esencia o impedir su libre ejercicio. Atendiendo a lo anterior, es que se pueden distinguir las limitaciones de las prohibiciones, en el sentido, de que estas últimas tienen como elemento sustancial, en materia económica, la proscripción de la actividad determinada, por éstas afectar el orden público, la seguridad nacional y la moral. Al respecto la doctrina señala: *“Es claro, entonces, que el legislador no goza de facultades*

²⁴⁸ FERMANDOIS. op.cit. p. 84

para operaciones distintas de las anotadas, y que si excede en este respectivo mandato, la ley será, además de inconstitucional, nula absolutamente por aplicación de lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 7° de la Constitución.”²⁴⁹

b) El legislador puede limitar, restringir, regular y complementar las garantías constitucionales: En materia económica, implica el establecimiento de un conjunto de cargas que tendrán incidencia fundamental en el desarrollo de la actividad, ya sea en un sentido positivo (estableciendo beneficios) o negativo (restringiendo o limitándolas). Respecto a la regulación, se ha señalado: *“Que si bien ‘regular’, conforme al Diccionario de la Real Academia, debe entenderse: ‘Ajustado y conforme a reglas’, ello no podrá jamás interpretarse en el sentido de que impida el libre ejercicio de derecho.*”²⁵⁰ Se reitera la idea de que las limitaciones constituyen una intervención del derecho a la libertad de empresa menos gravosa que la prohibición. A su vez, se determina el alcance del concepto, siendo su elemento principal la creación de un conjunto de reglas, a las que los agentes deberán ajustarse en el ejercicio de su actividad.

Por otra parte, en cuanto a la noción de restricción o limitación, la misma encuentra una definición en el artículo 12 de la Ley N°18.415, que señala en su inciso segundo: *“Entiéndase que se restringe una garantía constitucional cuando, durante la vigencia de un estado de excepción, se limita tu ejercicio en fondo o en la forma”*.²⁵¹ Al respecto la doctrina señala: *“Es decir, hay restricción cuando el derecho sufre disminución en su ejercicio, sea en la forma o en el fondo, cuando se limita. Como se ve, la limitación de un derecho parece ser más débil que la restricción, constituyendo una especie dentro del género de la restricción.*”²⁵²

Atendiendo el caso de las criptomonedas es absolutamente necesaria la determinación de la naturaleza del gravamen que debe recibir el ejercicio de la libertad de empresa, en condiciones a que es una actividad que envuelve altos riesgos, por lo que, es necesaria una regulación proporcional, que tienda a disminuir los peligros sin proscribir la actividad, en base al mandato constitucional del artículo 19 N° 24.

²⁴⁹ FERMANDOIS. op.cit. p. 109

²⁵⁰ FERMANDOIS. op.cit. p. 109

²⁵¹ FERMANDOIS. op.cit. p. 109

²⁵² FERMANDOIS. op.cit. p. 110

Así, una limitación en este caso debe recoger las características que envuelven el criptoactivo, como lo es el anonimato relativo, su incierta naturaleza jurídica y económica, la descentralización, su carácter de medio de pago alternativo y su desregulación tributaria, entre otros.

Una regulación o limitación de las criptomonedas propiamente tales y de las empresas que se dediquen a la compra y venta de criptomonedas implica un correcto equilibrio entre los derechos de las empresas y personas jurídicas, con el legítimo mandato al legislador de controlar la actividad económica, a efectos de dotar de seguridad a las instituciones y a las personas.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

El trabajo abarca aspectos fundamentales y contingentes respecto a las criptomonedas, su historia, características, forma de realizar transacciones, función económica, su tratamiento en el derecho comparado y la relación de éstas con el ordenamiento jurídico chileno.

A partir de lo expuesto, se puede extraer que la criptodivisa está en constante desarrollo, discutiéndose constantemente su tratamiento jurídico y económico, su definición y funciones, siendo un desafío para las legislaciones el hacer frente a esta innovación.

Respecto de la definición de criptomoneda, se ha intentado establecer una definición amplia que contemple los aspectos fundamentales, considerando su actual realidad, la cual según se dijo, ha variado con el tiempo, adoptando diversos caracteres. Sin embargo, paulatinamente el estudio y desarrollo de la criptodivisa, ha permitido adscribirla a categorías económicas y jurídicas conocidas, lo que en un futuro próximo permitirá reconocerlas en la realidad normativa.

El desarrollo de las criptomonedas se ha visto opacado por hechos delictivos, los cuales, constituyen una de las barreras más relevantes, a efectos de su introducción a los mercados. Con todo, estos hechos no deben ser percibidos como defectos de la criptomoneda, sino que como manipulaciones fraudulentas de personas inescrupulosas, que se aprovechan de la creación de nuevas tecnologías para la comisión de delitos, situación que se ha repetido en la historia desde la creación de la imprenta. Por tanto, es necesario para el estudio y desarrollo de las criptodivisas y tecnologías asociadas, considerar los riesgos asociados a las criptomonedas desde una perspectiva positiva, perfectible, como toda innovación tecnológica que tiene por objetivo, facilitar la vida y en este caso, los intercambios económicos.

Respecto a las características de las criptomonedas, es necesario considerarlas como un elemento descriptivo y que está en continua evolución. Rasgos como la descentralización, desregulación y convertibilidad, dependen única y exclusivamente de las decisiones de las autoridades económicas, legislativas o judiciales de cada Estado, quienes deberán velar por el resguardo del bien común de todas las personas que los integran.

Es destacable, que dentro del desarrollo de las criptomonedas, esta ha adoptado una forma de funcionamiento particular, nunca antes conocida, que ha permitido intercambios entre

personas de múltiples partes del mundo, siendo tristemente conocidos los casos de transacciones ilegales. No obstante, las criptodivisas han cumplido el objetivo de sus creadores: transformarse en un medio de cambio descentralizado y relativamente anónimo, que permite ahorrar los costos de la intermediación de bancos e instituciones financieras. A su vez, la criptomoneda se ha mezclado con categorías de negocios conocidas como la venta de acciones, pero solo en lo que concierne a su aspecto público y especulativo, así son las llamadas: “ICOs” u Ofertas Iniciales de Moneda.

A través del análisis del tratamiento jurídico de las criptomonedas en el derecho comparado, se ha podido constatar la situación de variedad normativa en la que se encuentra, existiendo cuatro posturas al respecto: la prohibición parcial, representada por Bolivia; la desregulación y aplicación de reglas generales de los ordenamientos jurídicos, como es el caso de los países de la Unión Europea; la legalidad parcial con normas especiales, como sucede en Estados Unidos de Norteamérica y, finalmente la legalidad total e intervención del Estado, cuyo primer exponente es Venezuela. Cada uno de estos modelos representa una realidad jurídica, social y económica diferente. Sin embargo, todas coinciden en la necesidad de control de los riesgos asociados a las criptomonedas, reconociendo un peligro potencial que en su historia se ha visto reflejado.

En dicho sentido, cada modelo establece restricciones de diversa índole, siendo los focos principales de todas las regulaciones el comercio ilegal y el financiamiento del terrorismo. No obstante, solo la regulación norteamericana ha logrado sintetizar de mejor manera un cúmulo de reglas y procedimientos aplicables en vistas de la protección de los usuarios, el ahorro público y la seguridad nacional, pero no ha tomado determinaciones que resultan indispensables para una entera regulación de las criptomonedas, como lo es definir las y dar razón de su naturaleza jurídica. A su vez, desnaturaliza las criptomonedas al permitir a los bancos ser la primera opción para obtener una licencia, transformando a las criptomonedas en un activo intermediado.

Por otra parte, el modelo desregulado, se apoya en normas jurídicas aplicables a toda la Unión Europea cuya tradición jurídica, ha desarrollado un sistema lo suficientemente flexible para la resolución de conflictos relacionados a innovaciones como las criptodivisas, por ejemplo, extendiendo las normas generales en materia tributaria contenidas en la llamada Normativa

del IVA. Sin embargo, esta regulación dista mucho de ser completa, ya que no atiende a las particularidades del medio de cambio, provocando una situación de desprotección absoluta a quienes legítimamente se vean interesados en adquirir criptodivisas o intercambiarlas, en condiciones a que las criptomonedas requieren un tratamiento jurídico especial.

En el caso del modelo venezolano, se ha presentado como una novedad el reconocimiento de las criptomonedas como un activo respaldado por el Estado, teniendo objetivos tanto de política económica como de producción de normas jurídicas. Sin embargo, a pesar de lo destacable del reconocimiento de las criptomonedas, su naturaleza y la creación de una criptomoneda nacional, el gobierno venezolano aún no ha podido poner en práctica dichas normas jurídicas, no pudiendo conocer las implicancias prácticas de las regulaciones anunciadas. A su vez, tampoco existen normas relativas al control de los peligros asociados a las criptomonedas, lo que reviste un serio peligro para la integridad de los inversores, tan sólo se plantea un respaldo material en el caso del Petro, que aún no entra en circulación.

Intyeresante resulta igualmente hacer referencia a la prohibición establecida por el Banco Central de Bolivia, que tiene como antecedente casos de estafas a ciudadanos de dicho país. Esta decisión radical, limita de sobremanera las oportunidades que brinda la criptomoneda como un medio de pago descentralizado en base a los riesgos que conlleva. Desde un punto de vista de los peligros asociados a las criptomonedas, constituye la forma más efectiva de controlarlo, ya que se elimina toda posibilidad de circulación de las criptomonedas por medios legales. Sin embargo, no parece ser la forma más efectiva, en condiciones a que los riesgos son inherentes a toda innovación tecnológica, debiendo permitir a los creadores buscar soluciones para todos aquellos peligros asociados, pudiendo desde este punto de vista, crear bienestar para todos los usuarios.

En resumen, respecto del tratamiento jurídico de las criptomonedas en el derecho comparado, es claro que resulta fundamental la creación de criterios comunes para el control de sus riesgos, equilibrándolo con las características propias e idóneas de la criptodivisa, considerando la oportunidad que representan para los intercambios.

En lo que respecta a Chile, se ha analizado la naturaleza jurídica de la criptomoneda, no existiendo un consenso en la doctrina para definirlo. Desde un punto de vista de las categorías de bienes establecidas en el Código Civil y el estudio de las características de las

criptomonedas, es posible considerarlas como: bienes muebles, principales, divisibles, comerciables, fungibles, consumibles y apropiables. Sin embargo, es claro que la decisión de la autoridad resultará clave para la determinación de la naturaleza jurídica final del criptoactivo, destacando lo que respecta a su comerciabilidad. Atendiendo a los derechos fundamentales establecidos en los artículos 19 N° 21 y 19 N° 24 de la Constitución Política de la República y demás garantías del Orden Público Económico, el legislador deberá tomar la determinación que cause menor perjuicio a quienes desarrollan actividades relacionadas y a quienes son dueños actuales de criptomonedas.

A la luz de los análisis de los riesgos delictivos de las criptomonedas, resulta claro que estas últimas pueden tender a la facilitación de ciertos tipos penales. Sin embargo, es de suma importancia comprender que la producción, comercialización y publicidad de las criptomonedas no es constitutivo de delito, sino que existe un riesgo real de que, a través de estas acciones y del aprovechamiento de la falta de información respecto a las criptomonedas, se dé pie a actividades delictivas. Este riesgo, es una de las razones fundamentales para una regulación extensiva de las criptomonedas, que imponga obligaciones a quienes quieran dedicarse a su compra y venta masiva, pudiendo controlar los movimientos que vayan en directo perjuicio de las personas y el Estado.

En consideración del tratamiento tributario de las criptomonedas, es necesario enfatizar que su propiedad en este momento no se encuentra afecta a impuestos, sino que las empresas de compra y venta de criptomonedas deben pagar impuesto a la renta según las reglas generales. No obstante, se desprende claramente la falta de una regulación extensiva, que permita controlar a las personas naturales que adquieren criptomonedas, en condiciones a que la inexistencia de controles formales puede devenir en la elusión de las obligaciones tributarias, al convertir dinero fiduciario en criptodivisa, ocultando así el patrimonio.

En lo que respecta a la relación entre los actores actuales del mercado financiero y los nuevos actores representados por los intercambiadores o empresas de compra y venta de criptomonedas, debe considerarse la obligación de los primeros de respetar y no constreñir de forma arbitraria con las herramientas contractuales la actuación de los nuevos actores, aspecto fundamental, que en Chile no ha sido reconocido, en virtud de las sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago hacia las empresas SURBTC SpA y CRYPTOMKT SpA.

y por parte de la Corte Suprema en el Caso de OrionX SpA., que concluyeron que el cierre unilateral de cuentas corrientes bancarias está dotado de legalidad y justificación, al no poder conocerse el origen de los fondos de las criptomonedas. Ello es solucionable única y exclusivamente con un sistema que permita un registro de compradores de criptomonedas desde ciertos montos, a fin de mantener un control del origen de los ingresos.

Lo anterior, también complementaría al deber de ahorro público y al funcionamiento del sistema de pagos, en condiciones a que dotaría de seriedad a la comercialización de las criptomonedas, pudiendo saber, al menos en el país, cuantas criptomonedas circulan. Sin embargo, por si sola esta medida no es una solución a largo plazo, como se indicó, las criptodivisas se han transformado en un elemento especulativo, al no tener control sobre su precio real en moneda fiduciaria, por lo que se hace necesaria la existencia de un control global sobre ellas, que permita de algún modo la estabilidad de sus precios. En este sentido, resulta de sumo útil la tecnología que respalda, ya que, existiendo un sistema automatizado en su origen, para controlar la producción y circulación, siendo este sistema debidamente certificado, haría las veces de una certificación de fe pública, que permitiría el funcionamiento económico de las criptomonedas confiable.

En lo que respecta a la relación de las criptomonedas con los derechos fundamentales consagrados en el artículo 19 N°21 y N°24, es esencial comprender que estos se encuadran como garantías del Orden Público Económico, teniendo especial relevancia, en base al hecho del cierre de las cuentas corrientes bancarias de los intercambiadores de criptomonedas constituidos como empresas. Así, el ejercicio de estas garantías se ha visto constreñido directamente por el ejercicio de una cláusula contractual genérica de los bancos involucrados y a la justificación de no poder ejercer control sobre sus actividades. Lo anterior, reviste una de las preocupaciones fundamentales que hay que considerar al momento de desarrollar cualquier legislación o regulación atingente, el derecho a la libertad de empresa y el derecho de propiedad, deben tener prioridad en cuanto a cualquier regulación. Es del caso, que con el cierre de cuentas corrientes realizado, atendiendo a la necesidad de realizar transacciones remotas, al efecto de realizar la compra y venta de criptomonedas, constituye no solo una limitación al ejercicio, sino su proscripción, es decir empresas privadas como los bancos chilenos, han prohibido de manera unilateral, sin una declaración de la autoridad y sin atentar

contra el Orden Público, seguridad nacional o moral, una actividad realizada por privados. En este mismo sentido, la Corte Suprema y la Corte de Apelaciones de Santiago, han amparado esta decisión, en base a una cláusula contractual genérica y a ciertas obligaciones que la ley establece para los bancos, de las cuales, ninguna se refiere a realizar una actividad extensiva que produzca perjuicio como el cierre de cuentas a una empresa que la requiere de manera obligatoria para funcionar, atendiendo a mecanismos técnicos. Es del caso, que dicho cierre, no se encontraría justificado, si existiera una regulación acorde al modelo de negocios y a la naturaleza jurídica de la criptomoneda, más no es competencia de los tribunales de justicia atender a esta falla, sino que es un llamado al legislador a regular la materia,

Por último, cabe atender al derecho a la libertad de empresa, de emprendimiento o económica, consagrada en el artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República, que tiene como principio fundamental permitir el ejercicio de los actores en el mercado y más aún, incentivar y dar protección a quienes produzcan riqueza legítima, en condiciones a que el desarrollo de los emprendimientos influye directamente en el bien común.

No obstante, para la protección del bien común puede ser necesario en forma justificada la limitación del ejercicio de la referida garantía. Como se ha visto reflejado en este trabajo, la proscripción total de una actividad reviste la ultima ratio en cuanto, un emprendimiento o empresa resultan objetivamente contrarios al Orden Público, moral o seguridad nacional. Si lo anterior no se cumple, corresponderá al legislador establecer los límites extrínsecos, dictando normas que permitan controlar el riesgo asociado a los negocios, como en este caso la compra y venta de criptomonedas.

En conclusión y como propuesta principal, es necesario el establecimiento de una regulación legal de las criptomonedas, que pondere los riesgos asociados a ella, enfocándose en:

1. Su naturaleza jurídica, a estos efectos debe describirse el tipo de activo con todas sus características.
2. Respetar en lo esencial las características de las criptomonedas: la regulación debe mantener las características propias de la tecnología que reviste a las criptomonedas. Sin embargo, factores como su convertibilidad deben ser controlados, con el fin de conocer las actividades que están relacionadas con el comercio de criptomonedas.

3. Normas de control sobre las ofertas iniciales de moneda: en este sentido, debiera existir un registro de las criptomonedas que circulan en el país y de las que surjan. Lo anterior, con el objetivo, de prevenir inversiones riesgosas en criptoactivos que carezcan de real existencia.

4. Adoptar criterios del derecho comparado en cuanto a las criptomonedas: En este sentido, conviene tener presente la regulación de Estados Unidos de América y de Venezuela, en cuanto la primera establece un carácter de obligaciones que dan garantía de seriedad y protegen a los usuarios e inversores de eventuales peligros, debiendo la empresa soportar en gran parte los riesgos de pérdida provocados por el incumplimiento de las obligaciones que se les asigna; en cuanto a la segunda, conviene recoger su tratamiento jurídico, relativo a la definición de criptomoneda, autoridades encargadas y principios económicos aplicables, siendo ajenas las implicancias políticas otorgadas al Petro.

5. Control de riesgos delictivos: Es necesario generar cambios en la investigación criminal, capacitando al personal encargado en el funcionamiento de las criptomonedas y en forma en las que estas podrían facilitar la comisión de ciertos delitos.

6. Libre competencia: Permitir a quién cumpla los requisitos que se establezcan, emprender y generar nuevas empresas relacionadas al rubro de las criptomonedas, sin que existan actores de mercado que puedan causar distorsiones.

7. Protección del ahorro público: A quienes se les autorice para establecer una empresa relacionada con las criptomonedas, deben resguardar los intereses y capital invertido. No obstante, dicha protección debe estar limitada a casos fortuitos y de mala administración, que hagan correr riesgo a las inversiones por motivos asociados al comportamiento de las personas, más no a los peligros propios asociados al mercado, inherentes a cualquier actividad económica.

Este catálogo, considera los aspectos esenciales e inherentes a la realidad de las criptomonedas en el mundo. A su vez, constituye una concreción del comportamiento de la criptodivisa en su desarrollo. Por lo tanto, exige considerar la evolución constante de las tecnologías y de las criptomonedas como tal, permitiendo el desarrollo de nuevas innovaciones y la adaptación de la realidad jurídica chilena a estas, siendo lo suficientemente flexibles para atender a las nuevas oportunidades que ofrece la tecnología con protección a los intereses de la población.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AGENCIA DE GOBIERNO ELECTRÓNICO Y TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN. 2017. Encuesta Nacional de Opinión Sobre Tecnologías de Información y Comunicación (TIC. *AGETIC*. [En línea] 2017. [Citado el: 17 de Noviembre de 2018.] https://agetic.gob.bo/pdf/dia_internet_encuesta.pdf. P.4
2. AGENCIA EFE. 2017. Maduro anuncia la creación del Petro, la criptomoneda de Venezuela. [En línea] 3 de diciembre de 2017. [Citado el: 24 de junio de 2018.] <https://www.efe.com/efe/espana/economia/maduro-anuncia-la-creacion-del-petro-criptomoneda-de-venezuela/10003-3457024>.
3. ANDRADES, Fran. 2013. El Cierre de Silkroad: El gran supermercado de las rogas en internet. *Eldiario.es*. [En línea] octubre de 2013. [Citado el: 20 de abril de 2018.] https://www.eldiario.es/turing/Silk-Road-supermercado-drogas-internet_0_183731705.html.
4. ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VEEUZELA. 2018. Acuerdo sobre la emisión de la criptomoneda (Petro). *Sitio web de la Asamblea Nacional de Venezuela*. [En línea] 09 de enero de 2018. [Citado el: 2018 de junio de 23.] http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/_acuerdo-sobre-la-emision-de-la-criptomoneda-petro.
5. BANCO CENTRAL DE BOLIVIA. 2014. RESOLUCIÓN DE DIRECTORIO N°044/2014. *Sitio Web Banco Central de Bolivia*. [En línea] 6 de Mayo de 2014. https://www.bcb.gob.bo/webdocs/01_resoluciones/044%202014.PDF.p.4
6. BANCO CENTRAL DE CHILE. 2018. Informe de Estabilidad Financiera. [En línea] mayo de 2018. [Citado el: 2018 de mayo de 19.] <http://www.bcentral.cl/-/informe-de-estabilidad-financiera-primer-semester-2018.P.79>
7. BANCO CENTRAL EUROPEO. 2016. Sobre una Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. *Dictamen del Banco Central Europeo*. [En línea] 12 de Octubre de 2016. [Citado el: 12 de Abril de 2018.] https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex_52016ab0049_es_txt.pdf.p.12

8. BANCO CENTRAL EUROPEO. 2016. sobre una propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por. *Dictamen del Banco Central Europeo*. 12 de diciembre de 2016.
9. BBC ONLINE. 2013. World's First Bitcoin ATM opens- and other tech news. [En línea] 1 de noviembre de 2013. [Citado el: 2018 de abril de 22.] <http://www.bbc.com/news/av/technology-24756030/world-s-first-bitcoin-atm-opens-and-other-tech-news>
10. BEDECARRATZ, Francisco.2018. *Riesgos Delictivos de las Monedas Virtuales*. 1. Santiago: Revista Chilena de Derecho y Tecnología, 2018. Vol.7. p. 81
11. BUNDESMINISTERIUM DER FINANZIERER. 2015. *Umsatzsteuerliche Behandlung von Bitcoin und anderen sog. virtuellen Währungen; EuGH-Urteil vom 22. Oktober 2015, C-264/14, Hedqvist. Bundesministerium der Finanzen*. [En línea] 22 de octubre de 2015. [Citado el: 20 de abril de 2018.] https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Steuerarten/Umsatzsteuer/Umsatzsteuer-Anwendungserlass/2018-02-27-umsatzsteuerliche-behandlung-von-bitcoin-und-anderen-sog-virtuellen-waehrungen.pdf?__blob=publicationFile&v=1.
12. CEA, José. 1982. *Notas sobre el Orden Público Económico*. Santiago : s.n., 1982, Gaceta jurídica. N°135
13. CEA, José. 1998. *Tratado de la Constitución de 1980*. Santiago : Editorial Jurídica de Chile, 1998. p.12
14. COMISIÓN NACIONAL DE MERCADO DE VALORES DE ESPAÑA. 2018. Comunicado conjunto de la CNMV y del Banco de España sobre "criptomonedas" y "ofertas iniciales de criptomonedas" (ICOs). [En línea] 8 de febrero de 2018. [Citado el: 25 de junio de 2018.], p.1
15. COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO. 2018. Comité de autorregulación financiera. [En línea] 8 de marzo de 2018. [Citado el: 23 de mayo de 2018.] http://www.cmfchile.cl/institucional/comite_auto/comite_autorregulacion.php.

16. CONSEJO DE ESTABILIDAD FINANCIERA. 2018. El Consejo de Estabilidad Financiera advierte al público sobre los riesgos asociados a la adquisición y tenencia de las denominadas criptomonedas. *SBIF Web*. [En línea] abril de 2018. [Citado el: 23 de abril de 2018.] <https://www.sbif.cl/sbifweb/internet/docs/Prensa/20180405-CEF-Comunicado-Criptomonedas.pdf>.
17. CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. 2018. *Causa rol N° 2045-2013 (protección)*, [En línea] 14 de agosto de 2013. [Citado el: 23 de abril de 2018.] [en: www.poderjudicial.cl]
18. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2013. *Causa N°134922-2013 (protección)*. [En línea] 05 de abril de 2018. [Citado el: 23 de abril de 2018.] [en: <http://www.vlex.cl>]
19. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2018. *Causa rol N° 23834-2018 (protección)*, [En línea] 05 de abril de 2018. [Citado el: 23 de abril de 2018.] [en: www.poderjudicial.cl]
20. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO., 2018, rol N° 23834-2018 [En línea] 11 de junio de 2018. [Citado el: 23 de septiembre de 2018] [en: www.poderjudicial.cl]-
21. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO.1994. *Causa Rol N°4017-1995(protección)*. 3 de abril de 1994 [En Gaceta Jurídica N° 192]. P.25.
22. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO.2018. *Causa rol N° 23834-2018 (protección)*, [En línea] 05 de abril de 2018. [Citado el: 23 de abril de 2018.] [en: www.poderjudicial.cl]
23. CORTE SUPREMA. 1998. *Causa Rol N°1909*. [En línea] 7 Junio 1998 [Citado el 17 noviembre 2018] [En: Suprema.pjud.cl]
24. CORTE SUPREMA. 2018. *Causa rol N° 16.857-2019 (protección)*, [En línea] 03 de diciembre de 2019. [Citado el: 14 de diciembre de 2018.] [en: www.poderjudicial.cl]
25. DEPARTMENT OF THE TREAUSARY, FINANCIAL CRIMES ENFORCEMENT NETWORK. 2013. Application of FinCEN's Regulations to Persons Administering Exchanging or Using Virtual Currencies. *FinCEN webpage*. [En línea] marzo de 2013. [Citado el: 20 de abril de 2018.] : <https://www.fincen.gov/sites/default/files/shared/FIN-2013-G001.pdf>.

26. EL ECONOMISTA ONLINE. 2013. El Gobierno Alemán reconoce oficialmente la moneda virtual bitcoin. *El Economista*. [En línea] agosto de 2013. [Citado el: 20 de abril de 2018.]
27. ETHERUM. Todo sobre las ICO. [En línea] [Citado el: 30 de junio de 2018.] <https://miethereum.com/blockchain/ico/>.
28. EUROPA PRESS. 2018. Las plataformas de criptomonedas como el bitcoin deberán identificar a sus usuarios, según el notariado. *Mercadofinanciero Europapress*. [En línea] 25 de enero de 2018. [Citado el: 2018 de junio de 30.] <http://www.europapress.es/economia/finanzas-00340/noticia-plataformas-criptomonedas-bitcoin-deberan-identificar-usuarios-notariado-20180125140701.html>.
29. EUROPEAN BANKING AUTHORITY. 2014. EBA Opinion on 'virtual currencies'. *EBA Opinion*. [En línea] junio de 2014. [Citado el: 20 de abril de 2018.] <https://www.eba.europa.eu/documents/10180/657547/EBA-Op-2014-08+Opinion+on+Virtual+Currencies.pdf>. p.12.
30. FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION, INTELLIGENCE ASSESMEN. 2012. (U) Bitcoin Virtual Currency: Unique Features Present Distinct Challenges for Deterring Illicit Activity. *FBI Cyberintelligence Section and Criminal Intelligence Section*. [En línea] abril de 2012. [Citado el: 26 de abril de 2018.] https://www.wired.com/images_blogs/threatlevel/2012/05/Bitcoin-FBI.pdf. P.3
31. FERMANDOIS, Arturo. 2001. *Derecho Constitucional Económico*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2001. p.29
32. GLOUDEMANN, Lauren. 2014. Bitcoin's Uncertain Future in China. *US. China Economic and Security N°4*. [En línea] mayo de 2014. [Citado el: 20 de abril de 2018.] <https://www.uscc.gov/sites/default/files/Research/USCC%20Economic%20Issue%20Brief%20-%20Bitcoin%20-%202005%2012%2014.pdf>
33. GOBIERNO BOLIVARIANO DE VENEZUELA. 2018. El Petro es independencia. *Ministerio del Poder Popular para la Comunicación e Información*. [En línea] 5 de enero de 2018. [Citado el: 23 de junio de 2018.] <http://minci.gob.ve/wp-content/uploads/2018/01/EL-PETRO-ES-INDEPENDENCIA.pdf>

34. GOBIERNO BOLIVARIANO DE VENEZUELA. 2018. Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela. Decreto Constituyente Sobre Criptoactivos y La Criptomoneda Petro. [En línea] 9 de abril de 2018. [Citado el: septiembre de 27 de 2018.] https://pandectasdigital.blogspot.com/2018/04/gaceta-oficial-de-la-republica_11.html. p.4
35. GOBIERNO BOLIVARIANO DE VENEZUELA. 2018. Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela. Decreto Constituyente Sobre Criptoactivos y La Criptomoneda Petro. P.4
36. GOBIERNO BOLIVARIANO DE VENEZUELA. 2018. Gaceta Oficial de La república Bolivariana de Venezuela N°6397. *Resolución N° VSE-001-2018*. [En línea] 21 de Agosto de 2018. [Citado el: 23 de septiembre de 2018.] <http://www.minci.gob.ve/wp-content/uploads/2018/08/Gaceta-Oficial-Extraordinaria.pdf> p.3
37. GRANTHORNTON. 2016. Digital, virtual and crypto currencies: issues and accounting risks. *Grantthornton*. [En línea] mayo de 2016. [Citado el: 27 de septiembre de 2018.] <https://www.grantthornton.co.uk/globalassets/1.-member-firms/united-kingdom/pdf/publication/2016/undisputed-may-2016-crypto-currencies.pdf>. p.1
38. GREENBERG, Andy. 2010. Visa, Mastercard Move to Choke Wikileaks. *Revista Forbes Online*. [En línea] diciembre de 2010. [Citado el: 22 de abril de 2018.] <https://www.forbes.com/sites/andygreenberg/2010/12/07/visa-mastercard-move-to-choke-wikileaks/#1a6a5e7d2cad>.
39. GREENBERG, Andy. 2011. WikiLeaks Asks for Anonymous Bitcoin Donations. *Revista Forbes Online*. [En línea] junio de 2011. [Citado el: 22 de abril de 2018.] <https://www.forbes.com/sites/andygreenberg/2011/06/14/wikileaks-asks-for-anonymous-bitcoin-donations/#55d974ec4f73>
40. GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL. 2015. Directrices para un enfoque basado en riesgo para monedas virtuales. *FAFT/OECD*. [En línea] junio de 2015. [Citado el: 20 de abril de 2018.] <http://www.eba.europa.eu/documents/10180/657547/EBA-Op-2014-08+Opinion+on+Virtual+Curriencies.pdf>. p.27
41. HOMELAND SECURITY DEPARTMENT. 2014. Daily Open Source Infrastructure Report. *DHS Online*. [En línea] abril de 2014. [Citado el: 20 de abril de 2018.]

- <https://www.dhs.gov/sites/default/files/publications/nppd/ip/daily-report/dhs-daily-report-2013-04-01.pdf>.
42. JAPANTIMES. 2016. Japans oks recognizing virtual currencies are similar real money. *Japantimes Online*. [En línea] septiembre de 2016. [Citado el: 20 de abril de 2018.]
 43. LARRAÍN, Felipe y SACHS, Jeffrey. 2003. *Macroeconomía en la Economía Global*. Buenos Aires: Pearson Education, 2003. p.136-137
 44. LASAGNA, Diego. 2017. *El Bitcoin en el Mercado Nacional*. *El Mercurio Online*. [En línea] 18 de septiembre de 2017. [Citado el: 22 de mayo de 2018.] <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2017/09/08/El-bitcoin-en-el-mercado-nacional-Parte-II.aspx>.
 45. Ley N° 19.913. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile. 29 de octubre de 2016. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=219119>. Consultada el 12 de mayo de 2018.
 46. MARCHETTI, Patricia. 2018. Scotiabank y cierre de cuenta a la plataforma de criptomonedas Su explicación del origen de los ingresos no fue clara. *El Mercurio Online*. [En línea] 27 de marzo de 2018. [Citado el: 15 de abril de 2018.] <http://www.emol.com/noticias/Economia/2018/03/27/900257/Scotiabank-y-cierre-de-cuenta-a-plataforma-de-criptomonedas-Su-explicacion-del-origen-de-los-ingresos-no-fue-clara.html>.
 47. MICROSOFT. 2018. Add Money to your Microsoft Account with Bitcoin. [En línea] marzo de 2018. [Citado el: 11 de mayo de 2018.] <https://support.microsoft.com/es-cl/help/13942/microsoft-account-add-money-with-bitcoin>.
 48. MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA DE ESPAÑA. 2018. Resolución de 8 de enero de 2018, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueban las directrices del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero. *Boletín Oficial del Estado*. [En línea] 23 de enero de 2018. [Citado el: 2018 de junio de 22.] <https://www.boe.es/boe/dias/2018/01/23/pdfs/BOE-A-2018-792.pdf>.
 49. MOSSER, Malter. 2013. Anonymity of Bitcoin Transactions. *Semantic Scholar*. [En línea] julio de 2013.

50. NAKAMOTO, SATOSHI. 2018. Bitcoin: Un sistema de dinero en efectivo electrónico peer-to-peer. *bitcoin.org*. [En línea] junio de 2018. [Citado el: 20 de abril de 2018.] http://bitcoin.org/files/bitcoin-paper/bitcoin_es.pdf. p.12
51. NEW YORK STATE DEPARTMENT OF FINANCIAL SERVICES. 2017. Department of Financial Services. [En línea] 12 de diciembre de 2017. [Citado el: 21 de septiembre de 2018.]
52. NEW YORK STATE DEPARTMENT OF FINANCIAL SERVICES. 2017. Department of Financial Services About Us. [En línea] 12 de diciembre de 2017. [Citado el: 21 de septiembre de 2018.] https://www.dfs.ny.gov/about/dfs_about.html
53. NEW YORK STATE DEPARTMENT OF FINANCIAL SERVICES. 2017. New York Codes, Rules And Regulations. Department of Financial Services. Part. 200: Virtual Currencies About Us. [En línea] 21 de julio de 2018. [Citado el: 21 de septiembre de 2018.] <https://www.dfs.ny.gov/legal/regulations/adoptions/dfsp200t.pdf>.
54. PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. 2015. Directiva (UE) 2015/849. *eur-lex.europa*. [En línea] 20 de mayo de 2015. [Citado el: 2018 de junio de 30.] <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L0849&from=ES>. p.3
55. PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO. 2015. Directiva (UE) 2015/849. *eur-lex.europa*. [En línea] 20 de mayo de 2015. [Citado el: 2018 de junio de 30.] <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L0849&from=ES>.
56. PERIODICO PAGINA SIETE. 2017. Página 7 online. *Juez envía a prisión a líderes de la estafa con Bitcoin Cash*. [En línea] 30 de Junio de 2017. [Citado el: 17 de Noviembre de 2018.] <https://www.paginasiete.bo/economia/2017/6/30/juez-envia-prision-lideres-estafa-bitcoin-cash-142860.html>.
57. PFEFFER, Emilio.1993. *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas: Constitución de la República de Chile 1980*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. p.78
58. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. 2017. Decreto N°3196. *Mediante el cual se autoriza la creación de la Superintendencia de los Criptoactivos y actividades conexas venezolana(sic)*. Caracas: s.n., 8 de diciembre de 2017.

59. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. 2017. Decreto N°3196. *Mediante el cual se autoriza la creación de la Superintendencia de los Criptoactivos y actividades conexas venezolana(sic)*. Caracas: s.n., 8 de diciembre de 2017.
60. REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. 2018. Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario. *SIB-II-GGR-NP-14226*. [En línea] 23 de agosto de 2018. [Citado el: 27 de septiembre de 2018.] <http://www.eluniversal.com/economia/18655/sudeban-ordena-a-entidades-bancarias-reflejar-estados-de-cuenta-en-petros>.
61. REUTERS. 2018. Any rule on Bitcoin must be global, Germany's central bank says. *REUTERS ONLINE* [En línea] 15 de enero de 2018. [Citado el: 26 de septiembre de 2018.]
62. RODRÍGUEZ, Teresa. El crowdfunding: una forma de financiación colectiva, colaborativa. (Universitaria de Buenos Aires), n° 3 (2013).
63. SÁNCHEZ, Jaime. 2014. *Bitcoins. ¿Revolución o Historia? Tesis (Grado en Administración y Dirección de Empresas)*. Madrid: Pontificia Universidad de Comillas ICAI- ICADE. Facultad de Derecho y Empresariales, 2014.
64. SECRETARÍA DE ESTADO DE HACIENDA, DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS. 2016. Consulta V3625-16. [En línea] 31 de agosto de 2016. [Citado el: 17 de abril de 2018.] https://petete.minhfp.gob.es/consultas/?num_consulta=V3625-16.
65. SENADO DE LAS CORTES GENERALES DE ESPAÑA. 2018. BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. SENADO. XII LEGISLATURA. *Del GRUPO PARLAMENTARIO POPULAR EN EL SENADO, por la que se insta al Gobierno a valorar la regulación de las criptomonedas para garantizar la seguridad y evitar fraudes*. [En línea] 12 de febrero de 2018. [Citado el: junio de 22 de 2018.] http://www.senado.es/legis12/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_12_201_1588.PDF.
66. SENADO DE LAS CORTES GENERALES DE ESPAÑA. 2018. BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. SENADO. XII LEGISLATURA. *Del GRUPO PARLAMENTARIO POPULAR EN EL SENADO, por la que se insta al Gobierno a valorar la regulación de las criptomonedas para garantizar la seguridad*

- y evitar fraudes. [En línea] 12 de febrero de 2018. [Citado el: junio de 22 de 2018.] http://www.senado.es/legis12/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_12_201_1588.PDF.
67. SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. 2019. Oficio N°963. *Administrador de Contenido Normativo Servicio de Impuestos Internos*. [En línea] 14 de abril de 2019. [Citado el: 23 de mayo de 2018.] http://www.sii.cl/normativa_legislacion/jurisprudencia_administrativa/ley_impuesto_renta/2018/ja963.html
68. SUPERINTENDENCIA DE CRIPTOACTIVOS Y OPERACIONES CONEXAS VENEZOLANA. 2018. Whitepaper Petro. Propuesta Financiera y Tecnológica. <http://www.elpetro.gob.ve/>. [En línea] 15 de marzo de 2018. [Citado el: 23 de junio de 2018.] http://www.elpetro.gob.ve/pdf/esp/Whitepaper_Petro_es.pdf. p.3
69. THE ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION. About EFF. *The Electronic Frontier Foundation website*. [En línea] [Citado el: 22 de abril de 2018.] <https://www.eff.org/es/about>.
70. THE ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION. *EFF and Bitcoin. The Electronic Frontier Foundation website*. [En línea] [Citado el: 22 de abril de 2018.] <https://www.eff.org/es/deeplinks/2011/06/eff-and-bitcoin>.
71. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2018. *Demanda de CRYPTOMKT SpA contra Banco del Estado de Chile y otros*. Rol: C-350-2018, Portal de consultas Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, [En línea] 05 de abril de 2018. [Citado el: 23 de abril de 2018.] <http://consultas.tdlc.cl>
72. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2018. *Demanda de CRYPTOMKT SpA contra Banco del Estado de Chile y otros*. Rol: C-350-2018, Portal de consultas Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, [En línea] 05 de abril de 2018. [Citado el: 23 de abril de 2018.] <http://consultas.tdlc.cl>
73. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2018. *Demanda de SURBTC SpA contra Banco del Estado de Chile y otros*. Rol: C-349-2018, Portal de consultas Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Tribunal de Defensa de la

- Libre Competencia, [En línea] 05 de abril de 2018. [Citado el: 23 de abril de 2018.] <http://consultas.tdlc.cl>
74. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2018. *Demanda de SURBTC SpA contra Banco del Estado de Chile y otros*. Rol: C-349-2018, Portal de consultas Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, [En línea] 05 de abril de 2018. [Citado el: 23 de abril de 2018.] <http://consultas.tdlc.cl>
75. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 2015. *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. C-264/14, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=170305&doclang=ES>: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2015.
76. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 2015. *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. C-264/14, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=170305&doclang=ES>: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2015.
77. U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. 2014. Investor Alerts: Bitcoins and Other Virtual Currency-Related. *Investor.gov*. [En línea] 4 de julio de 2014. [Citado el: 23 de septiembre de 2018.] <https://www.investor.gov/additional-resources/news-alerts/alerts-bulletins/investor-alert-bitcoin-other-virtual-currency>.
78. UNITED STATES DISTRICT COURT EASTERN, DISTRICT OF TEXAS. 2013. Securities and Exchange Commission against Trendon T. Shavers. *U.S Securities and Exchange Commission webpage*. [En línea] Julio de 2013. [Citado el: 22 de abril de 2018.] <https://www.sec.gov/litigation/complaints/2013/comp-pr2013-132.pdf>.
79. UNITED STATES DISTRICT COURT EASTERN DISTRICT OF TEXAS SHERMAN DIVISION. 2014. *Securities And Exchange Commission v. Trendon T. Shavers and Bitcoin Savings and Trust*. Case No.: 4:13-CV-4016. SEC WEBSITE: United States District Court Eastern District of Texas Sherman Division, 2014. p.3
80. WEI DAI. 1998. B-Money. <http://www.weidai.com/bmoney.txt>. [En línea] 1998. [Citado el: 13 de abril de 2018.] <http://www.weidai.com/bmoney.txt> .

