

La (in) conveniencia de criminalizar el chantaje

JOSÉ MILTON PERALTA

(Universidad Nacional de Córdoba-CIJC-CONICET)

SUMARIO:I. Introducción: la similitud entre el chantaje y las negociaciones duras.–II. El chantaje como actividad empresarial.–III. Chantaje e invasión de esferas de privacidad.–IV. El chantaje como una actividad ineficiente. 1. *Formas en la que el chantaje es ineficiente.* 2. *La ineficiencia de las tesis eficientistas.*–V. *Conclusión: la inconsecuencia de las tesis consecuencialistas.*

I. INTRODUCCIÓN: LA SIMILITUD ENTRE EL CHANTAJE Y LAS NEGOCIACIONES DURAS

El ilícito chantaje representa un acertijo tanto moral como jurídico. En este, el «autor» (C) trata de conseguir de su «víctima» (V) una conducta lícita bajo la amenaza de, en caso contrario, realizar por sí mismo un acto *lícito* que a esta le resultaría indeseable. El ejemplo prototípico de este delito es el de la amante despechada que se acerca a quien la rechaza y le dice: «Si terminas conmigo, le cuento lo nuestro a tu mujer».

La primera intuición es que C coacciona V y que, por ende, afecta su libertad de decisión. Pero esta idea no resiste un escrutinio un poco más profundo. Para que la libertad de V resulte afectada es necesario que C reduzca sus posibilidades de actuación, cercenándole alternativas de conducta lícitas. En el chantaje esto no ocurre, pues V no tiene derecho a que C no revele la información ni puede hacer nada lícito

para evitarlo. Esa es una conducta que, dado el caso, debería tolerar. Con esto en mente, si C, en lugar de revelar directamente la información, le ofrece a V no hacerlo a cambio de otra conducta, lejos de reducir la libertad de V, la amplía. V ahora cuenta con una alternativa de acción que antes no tenía. Ahora puede evitar lícitamente que C revele la información al decidir no abandonar a su amante (1).

Esto no quiere decir que V esté contenta con la situación en la que se la coloca. Seguramente, preferiría no recibir esa oferta y contar con el silencio de C sin ningún costo. Pero dado el mundo como es (que C cuenta con la información) y las facultades que el derecho nos concede (que C tiene permitido revelarla) el chantaje no reduce la libertad de V.

Por cierto, en el ámbito comercial nos vemos sometidos con frecuencia a situaciones de estas características que no son delito. Estos supuestos se han dado en llamar «negociaciones duras» (*hard bargaining*). Por ejemplo: Usted instala un establecimiento de venta de agroquímicos y pretende comerciar con un producto de una marca mía muy prestigiosa. Yo estoy dispuesto a permitírsele bajo una condición: que usted venda, además, otro de mis productos, uno de segunda marca y escasa reposición. Esto a usted le resulta muy inconveniente, pues implica un capital estancado difícil de soportar financieramente. Pero si no las realiza, yo me abstendré de dejarle vender lo que usted desea y le otorgaré ese derecho a su competidor, algo que para usted sería muy inconveniente.

Aquí amenazo con una conducta lícita a cambio de otra conducta lícita y seguro usted preferiría comercializar mis productos sin estos condicionamientos. Pero dado el mundo como es (yo poseo ese producto) y las facultades que el derecho nos concede (y puedo vendérselo a la competencia en lugar de a usted), mis condicionamientos son opciones adicionales para que usted pueda trabajar. Y por cierto, esto ocurre también en cada regateo comercial o salarial (2).

A pesar de esta similitud, la mayoría de los teóricos afirma que el chantaje deber ser un delito y que las negaciones duras deben estar permitidas (3). Para justificarlo, se esmeran en encontrar una diferencia valorativa entre ambas formas de actuar. Muchos lo hacen buscando

(1) Más profundamente al respecto, PERALTA, *ZStW* 124 (2012), 881, 886 ff.; el mismo en Gimbernat Ordeig, entre otros (eds.), *Homenaje a Schünemann*, TII, *Gaceta Jurídica*, Lima, 2014, p. 497, con referencias ulteriores.

(2) EPSTEIN, *50 U. Chi. L. Rev.* (1983), pp. 553, 557; GREEN, *Lying, Cheating, and Stealing*, Oxford, 2006, S. 216 f.; GORR, *21 Phil & Pub Aff* (1992), 43, 57; SHAVELL, *141 U. Pa. L. Rev.* (1993), pp. 1893 ss.

(3) Excepciones en MACK *Phil. Stud.* 41 (1982), 273, 283; BLOCK/KINSELLA/HOPPE, *Business Ethics Quarterly Band*, 10 Nummer 3 (2000), pp. 593, 593 y *passim*. Ellos afirman que se trata de una negociación regular.

qué tiene de incorrecto *en sí* el chantaje. Otros, en cambio, evalúan cuáles serían las *consecuencias* de su permisión. En lugar diferente me he ocupado en detalle sobre los intentos del primer tipo (4). Creo que hasta ahora han resultado infructuosos. Por eso, aquí me interesa ocuparme de las teorías consecuencialistas. Estas son de índole diversa. Algunas dicen que la permisión del chantaje conduciría a la comisión de más delitos (*infra* II), otras que su legalización funcionaría como un estímulo para invadir esferas de privacidad (*infra* III) y un tercer grupo habla de lo socialmente ineficiente que resultaría admitir esa especie de conductas (punto IV). Mi conclusión será que estas teorías también son insatisfactorias para justificar por qué el chantaje debe ser un delito.

II. EL CHANTAJE COMO ACTIVIDAD EMPRESARIAL

Richard Epstein reconoce la similitud entre el chantaje y las negociaciones duras (5). Afirma que aquel no puede ser criminalizado «solo por lo que es», sino que también se debe tener en cuenta «aquello a lo que necesariamente conduce» (6). Para evaluar esto, hay que distanciarse de cada acto individual y preguntarse «cómo sería el mundo si el chantaje fuera legalizado» (7). La minuciosa descripción que realiza Epstein, puede resumirse en dos puntos principales:

a) Primero, sostiene que su permisión dejaría un mercado abierto para un conjunto de instituciones sociales que explotarían las ganancias de esta actividad legal. Allí habría espacio para la empresa Chantaje S. A. Esta pondría avisos en los diarios para comprar información y luego vendérsela a V. Estas adquisiciones de datos se deberían formalizar en contratos, con detalles con los deberes de las partes, especialmente el de que el vendedor no vuelva a vender su mercadería a otra sociedad o persona. Chantaje S. A. tendría que verificar cómo se adquirió la información y si es precisa y debería contar con acciones legales en caso de testimonios falsos o violación de las cláusulas del contrato (8). Y todo esto con la ignominiosa actividad del chantaje.

Sin embargo, hasta aquí no se ha dicho nada de por qué el chantaje es ignominioso. Solo se ha dicho que su permisión conduciría a

(4) PERALTA, ZStW 124 (2012), *passim*.

(5) EPSTEIN, 50 U. Chi. L. Rev. (1983), p. 557 y lo dicho aquí en el punto I.

(6) EPSTEIN, 50 U. Chi. L. Rev. (1983), p. 566.

(7) EPSTEIN, 50 U. Chi. L. Rev. (1983), p. 562.

(8) EPSTEIN, 50 U. Chi. L. Rev. (1983), p. 563; auch SHAVELL, 141 U. Pa. L. Rev. (1993), 1891.

más chantajes. Algo que probablemente ocurriría con muchas conductas delictivas si dejaran de estar prohibidas, pero que no explican por qué tienen que estar prohibidas. Aquí Epstein agrega que ese carácter le viene dado por el hecho de que con el chantaje se engaña a un tercero (T), que puede ser o bien un particular o bien la sociedad, a quien se priva de la información que se oculta (9).

b) Por otro lado, la legalidad del chantaje conduciría a delitos de otro tipo. Como con este normalmente se exige dinero, una víctima que no tenga todo lo que se le requiere se encontrará en problemas. Al principio, recurrirá a créditos, hasta que ya no pueda conseguirlos. Luego pensará en pedir prestado a conocidos, pero sabiendo que le preguntarán para qué lo necesita, deberá abandonar esa idea. Por ello, al final, se verá obligada a cometer estafas, robos u otros tipos de hechos contra propiedad para satisfacer los deseos de su acreedor (10). Esto, que podría ocurrir con cualquier chantaje, además será más intenso en la medida en que la operación sea llevada a cabo por Chantaje S. A. La empresa tendrá una pericia especial para sacarle el mayor rédito posible al secreto. Estas consecuencias que tendría la legalización del chantaje lo distinguen de las negociaciones duras. Allí no se engaña a ningún tercero ni hay riesgo de la comisión de delitos (adicionales).

A pesar del impacto que una imagen como esta genera, la tesis de Epstein no logra convencer. Me ocuparé de cada punto por separado.

Respecto de a), la objeción principal es que, a pesar de lo que Epstein mismo predica, para que el argumento funcione es necesaria una justificación deontológica de la criminalización del chantaje. Hace falta saber por qué cada acto de chantaje está mal en sí, para que la imagen de Chantaje S. A. justifique su criminalización. Si el chantaje no es incorrecto en sí mismo, es difícil ver cómo la producción de más o de *mejores* chantajes pueda hacer que estos sean algo incorrecto.

Epstein se percata de esto y afirma que el chantaje es una forma de engaño a un tercero que se ve privado de información. Se le pueden formular numerosas objeciones a esta justificación de la incorrección del chantaje (11). Pero aun dejando eso de lado, si este fuera el punto, no parecen necesarios argumentos consecuencialistas para justificar su criminalización. Se lo prohibiría por la misma razón que se prohíbe cualquier delito que genere un daño sobre terceros.

Una manera de rescatar este argumento de Epstein es pensar que cada acto de chantaje en sí es insuficiente para criminalizarlo. Que es necesario que este se configure repetidamente. La posibilidad de un

(9) EPSTEIN, 50 *U. Chi. L. Rev.* (1983), pp. 565 y ss.

(10) EPSTEIN, 50 *U. Chi. L. Rev.* (1983), p. 564.

(11) Cfr. al respecto, PERALTA, *ZStW* 124 (2012), p. 891.

delito acumulativo está excluida, porque los distintos hechos no afectan al mismo objeto del bien jurídico. Pero se podría decir que el chantaje ocasiona un pequeño daño individual, que solo tiene sentido prohibir si se realiza en masa. Algo así como un delito de bagatelas que por su multiplicación se transforma en algo socialmente molesto (12). Como el argumento es consecuencialista, no hace falta indagar si cada sujeto se merece el castigo que se le impone, sino solo si este es necesario para contrarrestar aquello que se quiere evitar (13).

El problema central de esta última idea es que es más que dudoso que la criminalización del chantaje reduzca la cantidad de daños que tiene en mente Epstein. Justamente algo que parece caracterizar esa conducta es que si C no tuviera posibilidad de chantajear a V, de todos modos no revelaría la información. Como luego veremos, esta expectativa (contra)fáctica es lo que está en el centro de las teorías que entienden que el problema del chantaje radica es su ineficiencia (14). Las razones para suponer que la información no se revelaría si no se pudiera perpetrar el chantaje son diversas, pero se pueden mencionar aquí las más importantes: la falta de un interés personal en C para que la información se revele (a C normalmente no le importa que T sea «engañada») y la dificultad de encontrar un comprador de la información distinto de V (los potenciales clientes son difusos y es complicado vender información sin revelarla primero) (15). Es decir que el engaño producto del ocultamiento de la información que realizan C y V tendría lugar de todas maneras. No parece sensato, especialmente desde una perspectiva consecuencialista, poner en marcha todo el aparato punitivo estatal para que las cosas sigan igual que antes.

Por otra parte, uno tiende a pensar que el acento del Estado debería estar en que no se lleve a cabo la conducta central (el ocultamiento de la información), con independencia de si ha mediado un chantaje o,

(12) Algo así pueda pensarse del delito de hurto. Se podría tolerar un número reducido de hurtos, pero si se trata de un fenómeno masivo, se hace necesaria alguna clase de intervención punitiva.

(13) *Smart in ders.*/WILLIAMS, *Utilitarianism, For and Against*, Cambridge, 1973, S. 3, p. 54.

(14) *Infra* punto IV.

(15) POSNER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), 1, 5; En el mismo sentido ARZT, «Typischerweise liegt dem Täter nichts daran, den Opfer das Übel» «einfach zuzufügen», ARZT FS Lackner, 1987, S. 641, 654. En sentido opuesto, sin embargo, DELONG *U. Pa. L. Rev.* 141 (1993), pp. 1663, 1673: «Given the very low cost of disclosure to most blackmailers, the social rewards of disclosure, and the blackmailer's typical disregard for the victim's feelings», si no estuviera permitido el chantaje, la información sí se revelaría.

por ejemplo, un simple acuerdo gratuito con ese fin (16). Aquí es donde entra a jugar un rol el segundo argumento de Epstein. El chantaje genera consecuencias distintas a las de un mero acuerdo gratuito.

Según el punto b) descrito, otro problema del chantaje es que tiende a generar delitos contra la propiedad por parte de V. Al respecto se pueden decir dos cosas. En primer lugar, que el chantaje no es la única actividad que tiene el potencial de conducir a la comisión de esa clase de hechos. Las deudas fruto de actividades convencionales pueden tener los mismos efectos. La toma de préstamos hipotecarios o personales, especialmente los que se generan con el desborde permisivo de las tarjetas de crédito; el juego y las pasiones en general por actividades costosas, pueden llevar, y de hecho llevan, a que la gente cometa este tipo de delitos. Pero estas conductas no están prohibidas. Por supuesto, un Estado responsable, incluso en una actitud paternalista, tenderá a regular algunas de ellas, pero seguro nos las tornará un crimen. Decir que el chantaje tiene más aptitud para producir delitos es meramente especulativo (17).

Por otra parte, la tesis de Epstein es infrainclusiva. Si bien es cierto que el caso prototípico de chantaje tiene que ver con la exigencia de dinero, su incorrección no depende de esto. También lo comente quien a cambio de no revelar la información exige, supongamos, un favor sexual o continuar una relación, como en nuestro ejemplo del comienzo. Pero aquí no se genera el riesgo de comisión de delitos posteriores como los mencionados por Epstein (18).

En conclusión, si el chantaje tiene la misma vinculación con ciertos delitos que otras conductas lícitas y, además, su criminalización no evita engaños a T, entonces, no hay buenas razones para prohibirlo penalmente.

III. CHANTAJE E INVASIÓN DE ESFERAS DE PRIVACIDAD

Jeffrie Murphy también desarrolla una teoría para la criminalización del chantaje que depende de las consecuencias que aparejaría su legalización. Sostiene que este es inmoral porque en él C se aprovecha de la debilidad de V (19), pero luego agrega que la mera inmoralidad de una

(16) LINDGREN, 84 *Colum. L. Rev.* (1984), 670, 684, GÓMEZ-POMAR/ORTIZ DE URBINA-GIMENO, *Chantaje e Intimidación*, Navarra, 2005, S. 63.

(17) Criterios distintos a los de Epstein en GÓMEZ-POMAR/ORTIZ DE URBINA-GIMENO (n. 16), p. 64.

(18) Así, BERMAN, 65 *U. Chi. L. Rev.* (1998), pp. 795, 816; Green (n. 1), p. 560

(19) En el mismo sentido, PERALTA, *ZStW* 124 (2012), 892 ff., ALTMAN, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), pp. 1639, 1641 y s. y 1644 y s.

conducta no es suficiente para justificar su castigo penal (20). Es necesario que ella genere algún tipo de perjuicio social. Murphy sostiene que este es el caso del chantaje, pues este genera utilidades negativas (*disutilities*). Si el chantaje es inmoral y ocasiona perjuicios sociales, entonces contamos con elementos suficientes para criminalizarlo (21).

En otro lugar, he analizado lo dificultoso que resulta desentrañar dónde radica la inmoralidad de aprovecharse de las debilidades de otro (22). Pero esto ahora puede concederse. Me interesa, en cambio, discutir el argumento consecuencialista. ¿Cuál son las utilidades negativas que generaría la permisión del chantaje? Según Murphy, estas consistiría en generar «un incentivo económico» para invadir la privacidad de las personas o para ocultar información que en rigor debería ser revelada (23).

Para explicar esto, primero distingue entre tres clases de sujetos: las personas privadas, las personas públicas y los funcionarios públicos. Respecto de las primeras, sostiene que «no hay ningún mercado económico significativo» para información sobre sus vidas privadas (24) y que, por ende, nadie tiene un interés de este tipo en invadir su privacidad. Pero que si se descriminalizara el chantaje surgiría ese mercado, pues se les podría vender esa información –a modo de silencio– a los propios titulares de esa privacidad. Por consiguiente, ahora habría gente interesada en invadirla para hacer dinero. Colectar información sobre ellas no tiene ningún valor público y, de todos modos, esa información ni siquiera sale a la luz si el chantaje es exitoso (25). Su permisión solo generaría más invasiones a la privacidad sin ningún beneficio social.

En lo referente a las personas públicas, como artistas o deportistas famosos, la respuesta es bien diferente. Aquí sí existe un mercado para la información sobre su vida privada: los medios de comunicación que hablan de ellos. Por ende, la prohibición del chantaje no lograría desincentivar la invasión de su privacidad, pues esta ya existe por una razón independiente (26). Solo tendría sentido dicha medida, si a la vez se prohibirse la existencia de esos medios. Pero Murphy responde que su existencia forma parte de una libertad de prensa que debemos aceptar (27). En consecuencia, aquí habría que permitir el chantaje. De lo contrario, solo perjudicaríamos a V, quien no podría evitar que su infor-

(20) MURPHY, *The Monist* 63 (1980), p. 163.

(21) MURPHY, *The Monist* 63 (1980), p. 163.

(22) PERALTA, *ZStW* 124 (2012), 900 ff.; el mismo en Gimbernat Ordeig, entre otros (eds.), (n.1), *loc. cit.*

(23) MURPHY, *The Monist* 63 (1980), p. 164.

(24) MURPHY, *The Monist* 63 (1980), pp. 163 y s.

(25) MURPHY, *The Monist* 63 (1980), p. 164.

(26) MURPHY, *The Monist* 63 (1980), p. 164.

(27) MURPHY, *The Monist* 63 (1980), pp. 164 y s.

mación se difunda. Esta lógica funciona en la medida en que el monto que se exija no supere el precio de mercado (i.e. al precio que ofrecen pagar los medios). De otro modo, habría un incentivo *extra* para invadir la privacidad de estas personas que no aportaría beneficio social (28).

En el caso de los funcionarios públicos, a diferencia de los dos anteriores, es deseable que su vida sea investigada. Eso puede servir para determinar si la imagen que ellos transmiten de sí mismos se corresponde con la realidad. Es cierto que a veces los curiosos se pueden meter en asuntos de su vida privada sin ninguna vinculación con su rol de personas públicas, pero, dice Murphy, ese es un costo aceptable si lo comparamos con los beneficios mencionados (29). La consecuencia de esto es que aquí también el chantaje debe ser criminalizado. Pero no para desestimular invasiones a la privacidad, sino para desincentivar el ocultamiento de información con relevancia social.

Entonces, el chantaje debe ser prohibido cuando su permisión promueve la invasión de esferas de privacidad o el ocultamiento de información socialmente valiosa. Nada de esto ocurre en los supuestos de «negociaciones duras» y allí es donde radica la diferencia entre ambas clases de conductas (30).

Una crítica común al argumento de Murphy es que no puede explicar por qué las legislaciones penales y nuestras intuiciones morales tienden a censurar de igual modo tanto al chantaje con información obtenida deliberadamente como a aquel que se realiza con información adquirida de modo casual (31). El castigo del chantaje llevado a cabo por quien participa en el hecho que lo motiva (como el de la amante de nuestro ejemplo inicial) o por un oportunista (a quien el marido infiel fanfarroneando le había contado de sus infidelidades) no desestimula invasiones de privacidad, porque no se trata de esa clase de hechos (32).

Se podría decir en su defensa que, si la ley hiciera tal distinción, el autor podría especular, a la hora de actuar, con las dificultades probatorias, en un juicio posterior, para constatar cómo se adquirió la información. Muchos invasores de privacidad obtendrían la impunidad por falta de evidencia. Para evitar estas dificultades, el Estado castiga todos los chantajes. Esta sería una ley más eficiente en términos de evitación de delitos, pero menos en cuanto a que, para ello, debería castigar de más.

(28) MURPHY, *The Monist* 63 (1980), p. 165.

(29) MURPHY, *The Monist* 63 (1980), pp. 164 y s.

(30) MURPHY, *The Monist* 63 (1980), p. 165.

(31) LINDGREN, 84 *Colum. L. Rev.* (1984), 689 f., ihm folgend BERMAN, 65 *U. Chi. L. Rev.* (1998), p. 818.

(32) LINDGREN, 84 *Colum. L. Rev.* (1984), p. 691, quien, además, dice que el chantaje, en rigor, protege la privacidad de V, pues la información no se revela.

No obstante, la crítica fundamental que se le puede formular a Murphy pasa por otros lugares. En primer término, parece jugar con el significado de la palabra invasión. El uso que él le da sugiere que se trata de una ilicitud que, de *lege lata*, no es tal. Cuando se habla de chantaje, siempre se habla de información *lícitamente* obtenida. Si los datos fueran obtenidos de modo contrario a derecho por ser «invasivos», pues eso en sí ya estaría prohibido y, por supuesto, también su revelación. La amenaza con hacer algo prohibido no es chantaje, sino coacción (33).

Pero, además, de *lege ferenda*, para que la teoría sea valorativamente coherente, habría que prohibir primero la invasión de la privacidad. Parece insensato censurar una conducta que *indirectamente* puede producir la conducta indeseada y no la conducta indeseada misma (al menos cuando, como en el caso, puede serle perfectamente atribuible a quien la perpetra). Sería como prohibir penalmente la venta de armas para evitar homicidios, pero dejar a los homicidios impunes. La mejor manera de desincentivar la «invasión» a la privacidad es criminalizando esta misma conducta. Pero no queremos hacer esto. Si no queremos criminalizar las invasiones a la privacidad, entonces mal podemos castigar el chantaje porque resulte conveniente para desestimularlas.

Algo similar ocurre con Murphy cuando ofrece razones para prohibir el chantaje a funcionarios públicos. Si está tan mal omitir revelar información sobre éstos como para justificar la criminalización de conductas que tienden a ello, con mayor razón habría criminalizar directamente el guardar silencio. Pero esto es lícito (34) y además sería chocante criminalizarlo.

IV. EL CHANTAJE COMO UNA ACTIVIDAD INEFICIENTE

1. Formas en la que el chantaje es ineficiente

Los eficientistas dicen que «un planificador que haga leyes para alcanzar eficiencia económica, debería incluir, en su Código Penal, una norma referente al chantaje» (35). ¿Por qué?

a) Según Robert Nozick, porque el chantaje es improductivo. «Las *actividades productivas* son aquellas que hacen que los compra-

(33) Cfr. PERALTA, *ZStW* 124 (2012), 883 ff.; el mismo en Gimbernat Ordeig, entre otros (eds.), (n.1), *loc. cit.*

(34) LINDGREN, 84 *Colum. L. Rev.* (1984), p. 693.

(35) GINSBURG/SHECHTMAN, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1992-1993), pp. 1849, 1850.

dores estén mejor que si el vendedor no tuviera *nada que ver* con ellos» (36). Una actividad es improductiva, por el contrario, cuando su ausencia o la ausencia de quien la realiza no colocan a nadie, a más de quien la lleva a cabo, en una situación peor.

Para explicar esto, Nozick introduce el supuesto de alguien (C), que quiere construir en un terreno de su propiedad. La obra, debido a su desmesura, afectaría a su vecino (V), quien perdería la luz y la vista que tiene desde su casa. C tiene derecho a llevar la obra adelante (37), pero en lugar de hacerlo se acerca a V y le ofrece no construir algo de esas dimensiones a cambio de dinero. Según Nozick, ¿esta acción es productiva o improductiva? La respuesta es: depende. Si C quiere llevar adelante la construcción con independencia de cualquier posible interacción con V, entonces que se acerque a este y le haga la oferta es una actividad productiva. V está mejor gracias a que C ha decidido interactuar con él. De otro modo se vería obligado a tolerar la construcción. Distinta es la situación si C no tuviera intenciones de construir algo de esas dimensiones y decide amenazar a V con eso solo para obtener dinero. Aquí su actividad es improductiva, porque si C se dedicara a otra cosa V estaría mejor (38): conservaría la luz y la vista sin costo alguno.

Los casos paradigmáticos de chantaje, a diferencia de los de negociaciones duras, tienen esta última estructura (39). C solo amenaza con revelar la información para obtener dinero de V. Si no pudiera interactuar con él, de todos modos no revelaría lo que sabe. Así, la inexistencia de C o de su actividad sería mejor para V (40). Las razones por las que podemos suponer que no la revelaría son las mismas que dimos al criticar a Epstein: el chantajista, normalmente, no tiene un interés personal en que la información se revele y es difícil que pueda vendérsela a otro que no sea V (41).

La tesis de Nozick depende de la asunción de una expectativa fáctica: que de ser imposible el chantaje, C tampoco revelaría la información (42). Por cierto, esto es contingente (43). Pero para que

(36) NOZICK ANARCHY, *State, and Utopia*, Malden, 1974, S. 84, cursivas del original.

(37) NOZICK (Fn.35), S. 84.

(38) NOZICK (Fn.35), S. 85.

(39) En el mismo sentido, ALTMAN, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), 1657; SHAVELL, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), 1901.

(40) NOZICK (Fn.35), S. 85.

(41) ARZT FS Lackner, 1987, S. 654 y 656.

(42) En el mismo sentido ARZT FS Lackner, 1987, S. 654 y 656, solo que él entiende al chantaje como un caso de coacción; ALTMAN, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), 1640.

(43) FLETCHER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), 1623.

esta tesis sea plausible solo hace falta que esa sea la dinámica del chantaje en la mayoría de los casos. Y cuando es claro que estamos ante otras expectativas, como ocurre con el chantaje a precio de mercado –i.e. el que suele recaer sobre personas públicas–, el propio Nozick afirma que no puede ser castigado (44). En estos casos, existen interesados por la información. La actividad del chantaje es productiva, pues beneficia también a V que gracias al chantaje tiene la chance de evitar su revelación.

Algunos autores (45) afirman que Nozick llega a resultados contraintuitivos, pues se ve forzado a admitir la legalidad de conductas que todos calificaríamos de reprochables. Esto ocurre cuando C, a la par de obtener dinero con su oferta, evita que otro revele la información. Berman ofrece el siguiente ejemplo: «Imagínese un adúltero que decide abandonar a su amante, la que entonces decide revelarle el romance a la esposa de aquel. Pero un anuncio de Chantaje S. A. hace que lo reconsidere. Aunque a ella le gustaría perjudicar a su ex amante, un poco de dinero también le viene bien. Ella le vende sus cartas de amor a los profesionales, los que a su vez se las venden a adúltero». Aquí la actividad de la empresa «Chantaje S. A.» es beneficiosa para V y, por ende, según Nozick, no debería ser criminalizada.

Creo que este ejemplo no presenta mayores dificultades para Nozick. Se trata solo de otro supuesto donde las expectativas fácticas son tales que, de no mediar el chantaje, C *sí* revelaría la información (como ocurre en el chantaje a precio de mercado). Si Chantaje S. A. evita que esto ocurra, le hace un favor a V. Quizá la única razón para censurarlo es la dificultad en saber cuál sería el precio adecuado a reclamar. En todo caso, la empresa de la que hablaba Epstein no solo intervendría en estos casos, sino también en aquellos donde C, de no ser por Chantaje S. A., tampoco revelaría la información. Allí, su existencia es improductiva, pues, desde el punto de vista fáctico, empeora la situación de V. Como estas son las hipótesis más frecuentes, Chantaje S. A. sería una inductora exponencial conductas ineficientes. Nozick no debería tener problemas en criminalizar su existencia.

El principal problema de Nozick es otro. Él parece estar dispuesto a castigar al oportunista, a aquel que haría (u omitiría) ciertas cosas gratis, pero que al darse cuenta de que puede obtener dinero a cambio, decide venderlas. Quizás el oportunismo es ineficiente, pero normal-

(44) NOZICK (Fn.35), S. 85.

(45) BERMAN, 65 *U. Chi. L. Rev.* (1998), 828; en el mismo sentido LINDGREN, 84 *Colum. L. Rev.* (1984), 700.

mente no es delito (46). Muchos deportistas famosos que son millonarios gracias a su talento y esfuerzo, afirman que harían exactamente lo que hacen gratis, si es que no pudieran ganar dinero. Pero nadie cree que solo por ello deberían ser considerados delincuentes. Nozick debería decir, quizás, que si el chantaje fuera lícito, aumentaría drásticamente su comisión y que recién allí la ineficiencia del oportunismo que él implica se torna socialmente relevante (ahora sí, un delito acumulativo). Pero él no dice esto en ningún lado.

b) Para Ginsburg y Shechtman, el chantaje, en contraposición con las negociaciones duras, es ineficiente porque conlleva un despilfarro de recursos, origina gastos y no produce beneficios sociales. En sus palabras, se «desentierra basura, a un costo constatable, para luego volver a enterrarla» sin ningún sentido. Su criminalización contribuiría a que los chantajistas «busquen un trabajo alternativo» socialmente más conveniente (47). La única excepción que admiten, es similar a la que admitía Nozick: si hay algún tercero distinto de V dispuesto a comprar la información, el chantaje se debe permitir (48).

Aquí se pueden formular dos críticas, una a la tesis general y otra a la excepción. En cuanto a la tesis general, estos autores se enfrentan a una crítica similar a la de Murphy, al dejar de lado los casos de chantaje con información obtenida circunstancialmente (49). Esta no parece ser una actividad costosa en el sentido recién descrito. Ginsburg y Shechtman se ven obligados a decir que esto es falso, que el chantaje, de todos modos, tiene costos de negociación y transferencia (50) y que, además, la conducta es improductiva por las razones que diera Nozick (51). A ello le agregan que implica el riesgo de que C lleve adelante la conducta amenazada sólo para reforzar su seriedad, sin que él obtenga de esto beneficio alguno (52).

La respuesta a este cambio de fundamentación debe dividirse tanto como se ha dividido la fundamentación. En cuanto a su adhesión a

(46) E incluso conductas no oportunistas, pero que también tendrían esta estructura, BLOCK/KINSELLA/HOPPE, *Business Ethics Quarterly Band*, 10 Nummer 3 (2000), p. 601.

(47) GINSBURG/SHECHTMAN, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1992-1993), p. 1860.

(48) GINSBURG/SHECHTMAN, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1992-1993), p. 1860.

(49) LINDGREN, 84 *Colum. L. Rev.* (1984), p. 695.

(50) GINSBURG/SHECHTMAN, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1992-1993), 1863; en un sentido similar COASE, 74 *Va. L. Rev.* (1988), pp. 655, 672 y 674; también POSNER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), 4; SHAVELL, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), pp. 1877, 1879 y 1894 ss., al respecto también GÓMEZ-POMAR/ORTIZ DE URBINA-GIMENO (Fn.16), S. 60 ff.

(51) Una explicación exhaustiva de estos autores en 1861 ff.; algo similar en COASE, 74 *Va. L. Rev.* (1988), p. 670.

(52) GINSBURG/SHECHTMAN, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1992-1993), pp. 1863 y 1865.

Nozick, valen aquí las críticas ya formuladas a este autor. En cuanto a los costos de negociación y transferencia, habría que ver en qué sentido esto es diferente a los costos de negociación y transferencia de cualquier negociación dura. Respecto del peligro de realizar la conducta solo para reforzar la seriedad de la amenaza, habría que ver cómo es distinto de ciertas maniobras empresarias que a corto plazo dan déficit, pero no desde una perspectiva más amplia. Además, habría que profundizar cómo es que esto último es ineficiente, ¿si se revela la información! (53).

Y la excepción no se comprende. Parece exactamente igual de ineficiente desenterrar para volver a enterrar, haya o no un tercero dispuesto a comprar la información. Si ya se ha hecho todo el gasto, es mejor prohibir el chantaje para que la información salga a la luz y no permitirlo para que esta se oculte (54).

c) Finalmente, Posner ofrece un tercer argumento eficiente (55). El autor analiza siete casos diferentes de chantaje. Por razones de espacio, voy a ocuparme aquí de los tres más comunes. Con eso será suficiente para mostrar lo que este autor tiene en mente.

aa) En primer lugar, habla de los supuestos de amenazas con revelar un delito por el que V ya ha sido sancionado. Aquí la permisión del chantaje «interferiría con las sanciones previstas por el derecho» (56), pues agregaría dolor y gasto social que no tendrían ninguna utilidad. Si más dolor hubiera sido necesario, el Estado, que quiere tener el monopolio del poder penal, lo hubiera impuesto en la primera pena (57). Y, además, nada contrarresta estos costos, porque el chantaje no produce, en estos casos, ningún beneficio (58).

(53) Una posible respuesta, no dada por sus defensores, podría ser que quien se dedique al chantaje, luego de haber mostrado que habla en serio cuando amenaza con revelar información, ya no revelará información en el futuro. Todos saben que es capaz de hacerlo y por ello pagarán lo que él requiera a cambio de su silencio. En ese caso, su empresa será ineficiente en sentido de GINSBURG y SHECHTMAN. Pero aquí claramente, no puede incluirse el chantaje con información obtenida circunstancialmente, lo que significa que este no debería ser criminalizado, lo que resulta contraintuitivo.

(54) Solo tendría sentido bajo el argumento de NOZICK, pero aun así se debería poner en la balanza el beneficio de V, por un lado, y el beneficio social de que la información se dé a conocer, por el otro.

(55) Si bien en principio adhiere también a los mencionados hasta ahora POSNER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), pp. 2 y ss.

(56) POSNER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), 5 f.

(57) POSNER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), p. 5.

(58) POSNER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), 5 f.

Lo cierto es que, como destaca Lindgren, el castigo privado a personas que han sido penadas por un delito es bastante común. La gente tiende a no querer contratar con ellos y a retraerse de relaciones de amistad. ¿Se deberían criminalizar todos estos casos por implicar un dolor ineficiente (59)?

bb) En el segundo supuesto, el chantajista amenaza con dar a conocer delitos no detectados (60). Y aquí su acción también interfiere en sentido negativo, pero ahora con la eficacia de la *amenaza* de pena. En efecto, conforme a cualquier política punitiva, supuesto un equilibrio óptimo entre intensidad y probabilidad de castigo, las variables se despliegan en sentido opuesto. Si se aumenta el castigo, se puede disminuir la probabilidad de que tenga lugar (por el efecto disuasorio de una pena más intensa), mientras que si lo reduzco, debo aumentar las chances de que este efectivamente se aplique, para así poder disuadir.

Estos *private enforcers* que son los chantajistas hacen que las variables se desplieguen en el mismo sentido. Mientras más elevada es la pena, más incentivos tienen ellos para detectar potenciales «clientes» y chantajearlos, porque estos tienen más temor de que su delito se revele. Así, al aumento de castigo se sigue un aumento de gasto en recursos para que efectivamente se aplique, pues si el chantaje es exitoso y el chantajista sincero, este no revelará la información acerca de delitos cometidos lo que entorpecerá la investigación estatal (61). Así, la permisión de esta clase de chantajes resulta disfuncional para cualquier política punitiva (62).

El propio Posner concede, no obstante que se podría contraargumentar que atento la ineficacia del castigo público, el chantaje podría ser bueno para desalentar delitos. A la probabilidad del castigo se le sumaría la del chantaje (63). Ante la presencia de argumentos en contra y a favor Posner sostiene que no hay buenas razones para permitir el chantaje en estos casos (64).

cc) Finalmente, se ocupa de chantajes basados en acciones inmorales sin relevancia jurídica (65). En principio, este chantaje

(59) LINDGREN, 84 *Colum. L. Rev.* (1984), p. 698.

(60) POSNER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), 7 f.

(61) POSNER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), p. 8.

(62) POSNER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), p. 8.

(63) POSNER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), p. 9; similar SHAVELL, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), p. 1891.

(64) POSNER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), p. 9; SHAVELL, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), p. 1891.

(65) POSNER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), pp. 12 y ss.; SHAVELL, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), p. 1892.

parece ineficiente, pues se busca información para luego volver ocultarla. Por otro lado, sin embargo, estimula el cumplimiento de normas morales (66). Aunque, dice Posner, existe también una manera más barata para lograr ese cumplimiento: el chismorreo (*gossip*). En este se refuerzan las normas morales y tiene la ventaja adicional de que se difunde la información (67). Posner considera, sin embargo, que no está claro si esta clase de chantajes es eficiente o no y que ante esa duda «no hay razones fuertes para descriminalizar esta especie de extorsión» (68).

Dejando de lado ciertas observaciones generales a los argumentos eficientistas que formularé enseguida, es sin duda llamativa, en los últimos dos supuestos, la falta de preocupación en Posner por el uso de la herramienta penal. La sugiere incluso cuando tiene dudas sobre si hace falta (69).

2. La ineficiencia de las tesis eficientistas

Más allá de las objeciones planteadas a cada tesis eficientista, todas ellas pueden ser sometidas a una crítica en común: quizás logran mostrar que un mundo sin chantaje sería mejor en términos de eficiencia, pero en ningún lado muestran que el derecho penal es el método más conveniente para alcanzar ese objetivo (70). De hecho, es notable lo poco que se dedican a analizar sus costos. En su discurso hacen referencia a prohibición y criminalización, como si fueran casi lo mismo, cuando, en rigor, la criminalización requiere mucho más justificación incluso en términos de eficiencia (71).

Antes de decidirse por la pena de prisión, que es la que se usa para castigar el chantaje, los eficientistas deberían ensayar otras formas de impedir esa conducta. Una pena de multa, por ejemplo, es menos costosa. También podría pensarse en permitirlo y cobrar un impuesto vinculado al monto de la transacción. Esto, por una parte, desalentaría el

(66) POSNER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), p. 17. Uno se podría preguntar aquí si es socialmente útil hacer cumplir normas meramente morales.

(67) POSNER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), p. 18.

(68) POSNER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), p. 18.

(69) En el mismo sentido las críticas de BERMAN, 65 *U. Chi. L. Rev.* (1998), p. 809.

(70) Sin mencionar que existen otras actividades ineficientes que no estaríamos dispuesto a criminalizar: «... outlawing frivolous time-and money-wasting activities like collecting Beanie Babies», BLOCK/KINSELLA/HOPPE, *Business Ethics Quarterly Band*, 10 Nummer 3 (2000), p. 586.

(71) BERMAN, 65 *U. Chi. L. Rev.* (1998), pp. 810 y ss.

chantaje y, a la vez, lo tornaría socialmente más productivo, en caso de que tenga lugar. Todo esto sin mencionar que hay que poner en la balanza también los efectos benéficos que podría tener su permisión. Al parecer, es un buen método para desalentar conductas socialmente indeseables (72). Creo que este punto ni siquiera es tomado en serio por los eficientistas.

Pero incluso concediendo que el chantaje es ineficaz, que un impuesto no sería compensación suficiente y que una multa no desestimularía su comisión, parece mejor tolerarlo que castigarlo con una pena de prisión. Este remedio es, en términos de eficiencia, peor que la enfermedad (73).

Posner probablemente es el único que se preocupa por justificar el uso de un castigo penal en este caso. Dice que ello se debe a que el chantaje es premeditado y difícil de descubrir (74). Decididamente, atender a la premeditación no tiene nada que ver con la eficacia. Y las dificultades en su descubrimiento no modifican nada lo recién dicho: si es demasiado costoso perseguirlo, quizás mejor tolerarlo. Pero esto parece estar excluido *ya desde el principio*.

V. CONCLUSIÓN: LA INCONSECUENCIA DE LAS TESIS CONSECUENCIALISTAS

Uno se ve tentado a decir que los consecuencialistas no dan en el clavo cuando pretenden justificar la criminalización del chantaje. Que esta conducta es un delito, en primer lugar, porque es intrínsecamente incorrecta. Pero una crítica de este tipo aquí sería desacertada. Carece de sentido analizar los diversos argumentos consecuencialistas si uno está en desacuerdo con ellos ya antes de estudiarlos (75). Objetar, por ejemplo, que la mera ineficacia del chantaje no lo torna algo tan inmoral como para justificar una intervención penal, es simplemente desacordar con las premisas de esta teoría ética. Ese tipo de preguntas son para ella «parte de un sinsentido metafísico» que no forma parte de

(72) EPSTEIN, 50 *U. Chi. L. Rev.* (1983), p. 561.

(73) De hecho, existen muchas acciones ineficientes que toleramos, cfr. BLOCK/KINSELLA/HOPPE, *Business Ethics Quarterly Band*, 10 Nummer 3 (2000), pp. 603 y s.: «Surely, there is nothing more wasteful than watching soap operas or sports, or listening to rap music, or being a tourist, or drinking alcohol, or playing any sport other than handball».

(74) POSNER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), p. 19.

(75) Cfr. al respecto un análisis similar desde las teorías de la pena, GRECO, in *ders./Martins, Dereito penal como crítica da pena*, 263, *passim*.

sus intereses. Lo que le importa, en cambio, es la conveniencia de cierta medida estatal (76).

De hecho, el estudio de estos argumentos era seductor, precisamente, porque ellos no necesitan explicar la incorrección intrínseca del chantaje para justificar su prohibición. Aquello, que ya había sido intentado por varios autores antes, no parecía haber dado buenos resultados y las teorías consecuencialistas examinaban un nuevo y esperanzador camino. La exposición y crítica realizada hasta ahora muestra que los argumentos consecuencialistas no funcionan, al menos no los que hemos visto aquí. Pero lo que quiero destacara ahora es que ni siquiera sus defensores parecen tomarse en serio que el chantaje es algo en sí inocuo. Por el contrario, parecen creer que está mal y que está mal porque perjudica a V. Así, por ejemplo, Ginsburg y Shechtman hablan de un «*chafe of heart*» de C si, en el chantaje a precio de mercado, en lugar de venderle la información a los medios se la ofrece primero a V, y Posner dice que el chantaje es una forma de «extorsión», a pesar de nunca explica suficientemente por qué afirma algo así.

Quizás la mejor manera de percibir esto es que a ninguno de ellos se les ha ocurrido castigar el intercambio comercial cuando la iniciativa es de V (77). Este acuerdo, sin embargo, parece ser tan ineficaz (al menos en varios de los sentidos de ineficacia vistos) en este caso como cuando la iniciativa es de C (78). También implica un engaño a terceros y tiene la aptitud de inducir a la búsqueda de dinero que mencionaba Epstein. Incluso se debería discutir si Murphy no debería llegar a la misma conclusión. El ofrecimiento de V en estos supuestos hace que parezca un buen negocio «invadir» esferas de privacidad ajenas.

Y todavía más, habría que castigar *directamente a V* (79). Esta parece una medida tan eficaz para evitar conductas de este tipo como castigar a C. Si el punto no es quien merece el castigo, sino cuando este puede ser conveniente, ¿por qué no hacerlo? Si la pena logra desestimular conductas, podría lograr los mismos efectos tanto en C como en V. Si rechazamos esta posibilidad desde el principio, no parece ser por argumentos consecuencialistas.

(76) SMART (Fn.13), S. 54.

(77) Así, DELONG, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), pp. 1664 y ss.; BLOCK/KINSELLA/HOPPE, *Business Ethics Quarterly Band*, 10 Nummer 3 (2000), pp. 601 y s. y 603 y s.

(78) ARZT, FS Lackner, 1987, S. 654 afirma que V no haría la oferta si no pudiera contar con que C revelará la información. En este sentido, *generalmente*, cuando la iniciativa es de V, el acuerdo es eficiente en el sentido de Nozick. Pero no lo es en otros sentidos arriba analizados.

(79) EPSTEIN, 50 *U. Chi. L. Rev.* (1983), S. 555 f., piensa en esto, pero sin dar una respuesta satisfactoria para esa restricción. En sentido similar a lo dicho por mí, Altman, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), p. 1656.