

¿Externalidades por doquier?

La moral y el poder político^(*)^(**)

Richard A. Epstein

Abogado y Filósofo. Profesor James Parker Hill en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago.

Dentro de la actividad académica, es posible ingresar en dos tipos de debate acerca del alcance de la regulación económica, social y moral. Un tipo de debate se produce entre escuelas, enfrentando a individuos que no comparten ninguna premisa acerca de cómo es o cómo debería ser el mundo. En el segundo tipo de debate, producido dentro de cada escuela, los contendores parten de premisas comunes pero disienten en los modos de interpretarlas o aplicarlas.

En los debates entre escuelas, el conflicto surge usualmente en relación con alguna asunción metodológica o normativa, teniendo los participantes visiones tan radicalmente diferentes que incluso les hacen difícil comunicarse. Los debates acerca del ámbito apropiado para el Análisis Económico del Derecho, especialmente aquellos en los que se pregunta cómo la economía puede lidiar con la solidaridad⁽ⁱ⁾, ofrecen una muestra de este tipo de confrontación.

Los desacuerdos entre Eric Rasmusen y yo no están referidos a visiones fundamentales del mundo⁽¹⁾. Nuestros desacuerdos representan, más que una batalla,

un diálogo que tiene lugar dentro de un marco metodológico en el que ambos nos sentimos cómodos y que ha sido aplicado a gran parte de la regulación económica y social. Este dato ecuménico no implica que no tengamos desacuerdos. Para Rasmusen, el Análisis Económico del Derecho debe ceder terreno a un amplio margen de regulación estatal de lo que él llama a menudo “externalidades mentales”⁽²⁾. Así, aborda un gran número de reglas sociales que alguna vez fueron llamadas regulación “moral” bajo el poder político del Estado. Fue siempre importante definir el alcance específico de aquella regulación moral, pues aun en el llamado apogeo del *laissez-faire*⁽ⁱⁱ⁾ del siglo XIX, los legisladores tenían un incuestionable poder para regular asuntos entendidos como “morales”⁽³⁾.

Mi primera tarea entonces, es explicar aspectos del marco general de la regulación y luego mostrar mis reservas acerca del enfoque de Rasmusen sobre este tema. El punto de partida para todas las teorías sobre regulación es, desde mi punto de vista, no la ley sino la naturaleza humana. Dadas las fuerzas de la evolución,

(*) Título original: *Externalities Everywhere? Morals and the Police Power*. Texto publicado originalmente en el *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Volumen 21, No. 1. Otoño de 1997. Reproducido con autorización expresa del autor. Agradecemos al profesor José Juan Haro por la gentil cesión del texto y la autorización de reproducción correspondiente. Este texto es parte de un debate desarrollado entre el autor y el profesor Eric Rasmusen sobre el tema.

(**) Traducción de Alvaro Díaz Bedregal. Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Asociación Civil Jus et Veritas. Se ha introducido notas de traducción identificadas con números romanos para facilitar la comprensión de algunos términos utilizados en el texto original y, con el mismo propósito, notas de traducción dentro de los signos “[]” cuando éstas estuvieran referidas a parte del texto incluido en una nota a pie de página en el texto original.

(i) Por el término *empathy* en el texto original.

(1) Ver: RASMUSEN, Eric. *Of Sex, and Drugs, and Rock'n Roll: Does Law & Economics Support Social Regulation?* En: *Harvard Journal of Law & Public Policy*. Volumen No. 21. 1997. pp. 71 y ss.

(2) *Ibid.*; p. 75 y en general, POSNER, Richard. *Overcoming Law*. pp. 23-24. (Discutiendo el tomar en cuenta las “externalidades mentales” debido a las consecuencias no liberales de hacerlo).

(ii) Se entiende por este término a la práctica o política de permitir a los ciudadanos actuar sin interferencia o dirección, y específicamente, la política de permitir a los dueños de industrias y negocios definir las reglas de competencia, las condiciones laborales, etcétera, según su voluntad, y sin regulación o control gubernamental. La idea subyacente a esta práctica es la de que quien conoce qué cosa es mejor para un individuo es el mismo individuo, y que la actuación paternalista del Estado podría frustrar los intereses del individuo, perfectamente alcanzables mediante intercambios privados.

(3) Ver: *Lochner v. New York*, 189 U.S. 45, 53 (1905); FREUND, Ernst. *The Police Power: Public Policy and Constitutional Rights*. 1904; WILLISTON, Samuel. *Freedom of Contract*. En: *Cornell Law Quarterly*. No. 6. 1921. pp. 375-376. (Notando que los poderes de policía permiten promover “la seguridad, la salud, la moral y el bienestar general de la colectividad”).

debemos empezar asumiendo que todos los individuos están llevados por una importante dosis de interés individual que, si no es correctamente llevada, puede ocasionar una conducta socialmente destructiva. La clave del buen diseño social es el encaminar el interés individual hacia actividades socialmente productivas.

Con esto en mente, al menos algunos puntos quedan fuera de duda. Generalmente, la mayoría de nosotros estamos dispuestos a aceptar la prohibición del uso de la fuerza. Dicho sea, la renuncia mutua al uso de la fuerza es el centro de todas las teorías importantes sobre el contrato social. Y creo que la lista puede extenderse. La mayoría de nosotros quiere dar exigibilidad a las promesas la mayor parte del tiempo. Nos incomoda el uso del poder monopólico, especialmente cuando este es apoyado por la fuerza de la ley. Y, generalmente, la mayoría de nosotros se da cuenta de que los contratos entre dos individuos pueden fácilmente tener consecuencias adversas para terceros. Un recuento completo y adecuado de las diversas doctrinas sobre derechos de propiedad y contratos privados nos exigiría hacer una inquisición bastante sistemática sobre los peligros que emanan de muchos acuerdos sociales⁽ⁱⁱⁱ⁾. ¿Cuáles son los costos de exclusión^(iv) al convertir muchos recursos en privados? ¿Cuáles son los costos de coordinación al convertirlos en públicos^(v)? ¿Cómo deben estos ser comparados al trasladarnos de un determinado recurso a otro?

Un tema constante en el análisis de la propiedad privada y del contrato se centra en el asunto de las externalidades. Tiene sentido prohibir algunos tipos de contratos cuando sus costos externos exceden las ganancias privadas. La preocupación en la libre competencia por la fijación de precios toma fuerza precisamente porque existe una sólida teoría económica que indica que las ganancias para los vendedores coludidos son sistemáticamente menores que las pérdidas asumidas por los potenciales compradores que

se enfrentan a estos acuerdos⁽⁴⁾. El señalar que existen externalidades generadas por algún fenómeno no demuestra necesariamente que éstas excedan las ganancias generadas para las partes por el mismo; o incluso que los costos de prevenir los perjuicios externos sean menores que los ocasionados por los propios perjuicios. Una vez conscientes de los contingentes juzgamientos requeridos en los distintos contextos sociales, debemos evitar ser demasiado insistentes en nuestra defensa del *laissez-faire*. Las proposiciones amplias no son siempre ni necesariamente verdaderas, y los sabios principios generales frecuentemente admiten excepciones importantes. Para estar seguros de él, la consideración central de cualquier sistema legal deberá otorgar un papel muy importante a los contratos privados y al derecho de propiedad⁽⁵⁾. La metodología para alcanzar dicho resultado es más complicada y menos deducible de lo que podríamos desear. La simple calificación de “derechos naturales” a la propiedad y la contratación privada no aportará mucho si se le considera “evidente por sí misma”. Preferimos una posición que no sea obvia pero sí correcta a una que se considere “evidente por sí misma” pero que esté equivocada.

Una vez que este esquema ha sido propuesto, ¿cómo se aplica a aquel tipo general de regulación moral hacia el que Rasmusen ha dirigido sus apreciaciones? Es en este punto en el que mis más cautelosos instintos de abogado rebasan mis más profundas preocupaciones filosóficas. La primera dificultad reside en el conocido problema de cómo decidimos qué puede ser considerado como una “regulación moral” -opuesta a una regulación económica-, para usar sus términos⁽⁶⁾, o cuál puede ser considerada una regulación clasificable dentro de los fines morales del poder político. La forma de parafrasear esta pregunta tiene un significado. Los fines morales del poder político podrían cubrir la prostitución, la blasfemia, las apuestas, el adulterio y todo lo afín. Sin

(iii) El autor se refiere a los peligros implícitamente asumidos por las sociedades al consentir prácticas beneficiosas para la sociedad pero que implican perjuicios conscientemente asumidos. Piénsese en que al aceptar como legal el uso del automóvil, se asume implícitamente la ocurrencia de accidentes automovilísticos, justificándose esta decisión en que los beneficios sociales que la práctica reporta son largamente mayores que los eventuales perjuicios.

(iv) El autor se refiere a los costos de excluir a otros del disfrute de un bien al convertirlo en privado. El propietario de un bien está facultado para -ejerciendo un legítimo derecho- excluir a otros del disfrute del bien de su propiedad. Cuando los costos de excluir a los demás de aquel disfrute son mayores a los beneficios que reporta su disfrute exclusivo, y el bien es de consumo no rival (es decir, si su uso por algunos no lo agota para el uso de otros) es razonable dar al bien la condición de público.

(v) Al dejar un bien de ser privado y tornarse en público, el sistema legal deberá establecer formas para la decisión y administración del bien, a la vez que un sistema de aprovechamiento del mismo por todos los beneficiarios: en este caso, toda la ciudadanía de un país.

(4) Ver en general: BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox*. 1978.

(5) Ver en general: EPSTEIN, Richard A. *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*. 1985.

(6) Ver: RASMUSEN, Eric. Op. cit.; p. 71.

embargo, cualquiera sea su alcance, este es ciertamente bastante menos amplio que la categoría de “regulación social” a la que se refiere Rasmusen⁽⁷⁾.

Pero, sabiendo que una vez que se decida que las externalidades negativas justifican una regulación en el contexto social cuando podrían no justificarla en el contexto económico, debemos esperar que los reguladores alteren la frontera entre estas dos esferas de forma tal que la regulación económica de antes se convierta en la regulación social de hoy. Cualquier legislador que lea a Rasmusen se asegurará de insertar en su norma legal favorita el preámbulo apropiado para que esta se convierta en un tipo de “regulación social” merecedora de respeto general y deferencia judicial. El legislador forjará así la norma legal para incrementar el ámbito de poder gubernamental.

Tampoco debemos imaginar que esta empresa sea particularmente complicada de llevar a cabo. Consideremos las leyes de emergencias familiares que han sido promulgadas a nivel estatal y federal⁽⁸⁾. Por un tema de principios, no puedo recordar una legislación menos afortunada que la contenida en estas leyes, sin importar el ámbito en que están ubicadas. No hay justificación social para interferir en los contratos privados respecto de cuáles circunstancias permiten una licencia, con o sin goce de haber, y cuáles no. Puede ser bueno que se otorgue una licencia sin goce de haber cuando un hijo nace o para cuidar a un miembro de la familia muy enfermo. Y ciertamente, espero que no se entienda que censuro estas prácticas o que incentivo a los empleadores a no otorgar licencias.

Sin embargo, y no importa cómo el tema sea clasificado, no existe razón por la que una decisión sobre licencias laborales deba no ser tomada consensualmente por las partes sino, coercitivamente, por el Estado. La pregunta en todos los casos es si el beneficio para el empleado al obtener la licencia es mayor que los costos impuestos al empleador, costos que son medidos por la necesidad de desplegar a la fuerza laboral remanente, emplear a trabajadores temporales que requieren entrenamiento, o anticiparse a una oportunidad crítica de ventas o desarrollo. No existe manera en lo abstracto de tener tanta confianza en que los costos relativos

El señalar que existen
externalidades generadas por
algún fenómeno no demuestra
necesariamente que éstas
excedan las ganancias generadas;
o que los costos de prevenir los
perjuicios externos sean menores
que los ocasionados por los
propios perjuicios.

siempre se presenten de manera tal que la licencia sea otorgada eficientemente. El tema podría ser negociado como parte del contrato de trabajo inicialmente suscrito o negociado en el momento mismo de necesitar la licencia; según las partes prefieran. Adicionalmente, el permitir al empleador saber que puede rechazar determinada licencia puede enviar una señal positiva, haciendo que los trabajadores identifiquen y aprovechen las oportunidades prioritarias para solicitar una licencia por urgencias familiares. Lo que estas leyes hacen, sin embargo, es dejar a los empleadores sin protección frente a tripulantes de vuelo que deseen tomar la licencia por motivos familiares en épocas de temporada alta en la industria de transporte aéreo o frente a contadores que necesiten tomarla entre el 1 de marzo y el 15 de abril. Solamente el imaginar qué significa contar con licencia sin goce de haber, cuando el trabajo se concentra fuertemente en una determinada temporada y la paga está distribuida en forma equitativa a lo largo del calendario, debería ser suficiente para hacernos cautelosos respecto de la intervención.

La misma lógica es aplicable a una regulación aun más intrusiva en el mercado de trabajo, las leyes anti-discriminación⁽⁹⁾. Estas leyes, aplicadas a industrias privadas en mercados competitivos, son frecuentemente justificadas como una forma de regulación social con fuertes y deseables efectos simbólicos⁽¹⁰⁾. Puedo estar

(7) En palabras de Rasmusen, la “regulación social” aparentemente incluye cualquier tipo de regulación de la conducta basada en el rechazo de la premisa de que “el comportamiento de cada persona es su propio problema”. Ibid.

(8) Ver en general la *Family Leave Act* de 1993, 29 U.S.C. numerales 2601 al 2654 (1994). (Garantizando una licencia anual por emergencias familiares de hasta doce semanas para los trabajadores de empresas que cuenten con cincuenta o más empleados).

(9) Ver: *Age Discrimination in Employment Act*, 29 U.S.C. numerales 621-634 (1994). (Prohibiendo la discriminación por edad contra los individuos mayores de 40 años); *Civil Rights Act* de 1964, 42 U.S.C. numeral 2000e (1994). (Prohibiendo la discriminación por razón de raza, color, religión, sexo y nacionalidad); *Americans With Disabilities Act*, 42 U.S.C. numerales 12101-12213 (1994) (prohibiendo la discriminación contra los individuos con impedimentos físicos o problemas mentales).

(10) Cfr. WILLIAMS, Patricia J. *The Alchemy of Race and Rights*. 1991. pp. 44-49.

de acuerdo en que tienen efectos simbólicos. Difícilmente se sigue que todos sus efectos sean positivos o que, aun cuando sean positivos, rebasen las perturbaciones económicas provenientes de las leyes anti-discriminación (perturbaciones causadas por la imposibilidad de hacer decisiones de contratación sin previa justificación ante la EEOC^(vi), un jurado federal o un juez)⁽¹¹⁾. Puede decirse, por ejemplo, que las leyes anti-discriminación dan esperanza a los individuos excluidos y marginados que no han podido ejercer cabalmente sus derechos de participación en la sociedad⁽¹²⁾. Como tales, estas leyes aparecen ante los ojos de muchos como si enarbolaran una serie de símbolos plausibles. Posiblemente lo hacen, pero tal vez los símbolos que enarbolan no se reducen a aquellos plausibles mencionados. Existe otra lectura, igualmente obvia, de las leyes anti-discriminación. Ésta dice que la única razón por la que adoptamos leyes de esta naturaleza es porque pensamos que ciertos grupos de individuos no pueden lograr tales efectos por sí mismos y por tanto necesitan la ayuda del Estado a cada paso en sus carreras. Así, estas leyes condenan a esas personas a una suerte de ciudadanía de segunda clase, caracterizada por una completa falta de autoconfianza y autosuficiencia. Los argumentos simbólicos pueden tener ambos efectos. El cómo uno priorice estos argumentos puede ser un tema de arduo debate, pero este debate no se inclina hacia una dirección u otra en función de nuestra elección de llamar a las leyes anti-discriminación regulación “social” o “económica”.

La tarea necesaria es tomar en consideración todos los efectos económicos y todos los efectos simbólicos y totalizarlos. Los efectos económicos de las leyes anti-discriminación son negativos. Encierran altos costos administrativos y perturban el comportamiento contractual. Entonces, corresponde a aquellos que defienden la legislación, la obligación de demostrar que los efectos negativos externos que ocurren cuando ésta no rige sobrepasan a los positivos.

Hoy existe una peligrosa tendencia a asumir que la simple mención de una externalidad negativa es suficiente para opacar las grandes perturbaciones económicas a las que nos referimos. Por alguna razón, toda esta área invita a las personas a hacer dos conclusiones importantes. De la afirmación de que los

símbolos son importantes, no debe asumirse necesariamente que la consecución de todos ellos tenga efectos positivos. En ese error, y teniendo que en un caso determinado los efectos simbólicos de un fenómeno son negativos, se hace fácil olvidar que los efectos simbólicos y económicos de cualquier fenómeno funcionan simultáneamente. Esta truncada visión es una mala manera de ver el mundo.

En contraste, yo empezaría desde el otro extremo, asumiendo que los efectos simbólicos de la regulación gubernamental son generalmente negativos. La lógica de la competencia es extremadamente poderosa cuando hay muchos agentes a ambos lados del mercado. La habilidad para competir exitosamente en los mercados arrastra muchos efectos simbólicos positivos. Adicionalmente, estimula los hábitos de la confiabilidad, el desarrollo, la imaginación y la integridad; que deben ser celebrados desde el plano moral tanto en el ámbito comercial como en las relaciones sociales comunes. Desde mi punto de vista, las externalidades simbólicas asociadas con el avance de la conducta maximizadora de los mercados privados son generalmente positivas⁽¹³⁾.

Si este análisis es correcto, nos ofrece indicaciones sólidas sobre cómo proceder. En principio, al establecer la diferencia entre varias clases de externalidades, debemos preguntarnos si es correcto analizar “el negocio” sobre la base de un intercambio “mayorista” o “minorista”. La base en el intercambio mayorista requiere que consideremos todo el espectro de efectos externos en una sola oportunidad. Están todos en un gran recipiente y nuestra única duda está en decidir si queremos conservar ese recipiente lleno o vacío. Y, con las externalidades simbólicas, creo que el enfoque correcto es el de aislarlas e ignorarlas. Esto no significa que no tengamos en cuenta estas consecuencias y efectos en nuestra vida diaria. En efecto, estas son un contenido típico de la interacción social. Sin embargo, una cosa es tenerlas en cuenta al momento de establecer sanciones morales y una muy diferente es incorporarlas en la política legislativa.

Una razón para ser muy cautelosos al fundamentar la regulación en externalidades sociales reside en la forma como estas leyes tienden a ser incorporadas al sistema jurídico. Las leyes son hechas por políticos, y frecuentemente un grupo político puede promulgar

(vi) Estas siglas identifican a la *Equal Employment Opportunity Commission*, agencia que forma parte de la rama ejecutiva del gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica. Custodia la igualdad en el acceso al empleo, ejerciendo facultades que incluyen la inspección y la sanción de empleadores.

(11) Ver: EPSTEIN, Richard. *Forbidden Grounds: The Case Against Employment Discrimination Laws*. 1992. pp. 20-58.

(12) Cfr. WILLIAMS, Patricia. Op. cit.; pp. 44-49.

(13) Ver: EPSTEIN, Richard. *Forbidden Ground...*; pp. 28-58.

legislativamente sus propias preferencias con sólo incidir en la necesidad de las mismas. Una vez que la ley es promulgada, la nación habla con una única voz que echa a andar un poderoso motor; que tiene efectos en los individuos que pensaban que la antigua política era equivocada. Las numerosas extensiones de las leyes anti-discriminación de minusválidos⁽¹⁴⁾ y por razón de edad⁽¹⁵⁾ ciertamente muestran el poder seductor de este tipo de retórica política.

Dejando estos efectos simbólicos en el terreno social, no tendremos más el dilema del “todo o nada”. Los cambios en el sentimiento individual pueden agregarse en forma continua en el tiempo. A medida que el sentimiento en contra de varias formas de discriminación crece, como ha crecido en los últimos tiempos, la desaprobación social de ciertas prácticas aumenta. El costo para aquellos que desarrollan ese tipo de conductas aumentará sencillamente cuando los consumidores individuales simplemente dirijan su consumo, sin aspavientos o celebraciones, hacia otro lugar. En tanto el sentimiento social cambie, cambiará también la frecuencia con la que ocurran estas prácticas. Pero no debemos tener nunca la infortunada situación producida como resultado de la regulación, en la que un cambio en la aprobación pública del fenómeno en cuestión de 53 por ciento a 47 por ciento genera una reversión de las consecuencias legales de 0 a 100.

Es cierto que todo el sistema de pesos y contrapesos políticos está diseñado para moderar estos efectos dentro del ámbito de la legislación, de forma tal que el contraste que refiero sea de alguna forma encubierto. Pero, aun cuando estas complejidades hayan sido debidamente dimensionadas^(vii), las reversiones políticas generadas serán más discontinuas que los cambios realmente experimentados en las prácticas sociales. Antes de decidir que las sanciones sociales son insuficientes, deberíamos evaluar la racionalidad y el peligro de usar la anticuada coerción basada en el poder del Estado para contrarrestar externalidades leves. Mientras nadie amenace nuestra integridad corporal u obtenga una prerrogativa injustificada en contra de la libertad en el

intercambio sobre bienes y servicios importantes^(viii), estaremos mejor si permitimos que las sanciones sociales descentralizadas enfrenten estos leves temas sociales^(ix).

Una vez establecida esa posición, los defensores de la regulación social enfrentan una dura batalla en un plano inclinado en su contra. Es justo preguntar si existen excepciones importantes a esta presunción operativa. Aquí convendría desembarazarse del amplísimo término de Rasmusen, “regulación social”⁽¹⁶⁾ y usar en su lugar el término más limitado de “regulación moral” -usado el primero como en la frase original, reconociendo el poder político del Estado en temas de “seguridad, salud, moral y bienestar general”⁽¹⁷⁾-. Debido a que el último término, “bienestar general”, es notoriamente confuso, lo dejaré de lado por el momento para concentrarme en los fines morales del poder político.

Para imaginar por qué esos fines fueron tradicionalmente tan importantes, es útil pensar en el estado del conocimiento social y científico en los Estados Unidos durante el crítico período antes de la Guerra Civil, aproximadamente desde 1820 a 1860. Recordemos que este era un tiempo en el que no se había descubierto aún que las bacterias son agentes microscópicos capaces de propagar una enfermedad. En una época en la que el conocimiento médico tenía apenas una leve ventaja sobre la imaginación y el sentido común, los argumentos morales desempeñaban un papel importante en la protección individual y social. Máximas como “higiene es santidad”^(x) probablemente salvaron más vidas que las formas rudimentarias de sanidad pública disponibles durante ese período.

El conocimiento cambia la actitud frente a las categorías legales dominantes. Estando claro que el Estado tiene hoy en día los recursos y el conocimiento científico para atacar algunos de estos asuntos, aquella “legislación moral” sea probablemente mejor entendida e interpretada como una forma imperfecta e indirecta de regulación de salud y seguridad que puede ser justificadamente ubicada en otros campos un siglo después. En ese entonces, la regulación de las basuras,

(14) Ver: *Americans With Disabilities Act*.

(15) Ver: *Discrimination in Employment Act*.

(vii) Esta expresión, por el término *due allowance* en el texto original.

(viii) Esta expresión, por el término *stranglehold* en el texto original.

(ix) Se asume, como condición de este proceso, que la sociedad tendrá suficiente información acerca de quienes llevan a cabo prácticas reprobadas, como la discriminación racial; y que contando con esta información desplazará su consumo hacia proveedores o agentes que no llevan a cabo dichas prácticas: dándose una sanción social proporcional a la desaprobación real.

(16) RASMUSEN, Eric. Op. cit.: p. 71.

(17) WILLISTON, Samuel. Op. cit.: pp. 375 y 376.

(x) Esta expresión, por la frase “*Cleanliness is next to Godliness*” en el texto original.

desperdicios públicos y el contacto sexual podía ser fácilmente conceptualizada como regulación moral -cuando en realidad estaba destinada a evitar el contagio de enfermedades mortales-. Una vez que el mecanismo de infección es mejor entendido, la naturaleza de la regulación puede ser mejor enfocada sobre los peligros en cuestión, y las justificaciones deben trasladarse del campo moral al campo de la salud y la seguridad. Es tal vez de esta manera en la que debemos tratar la regulación diseñada para cerrar las casas de sauna o regular la prostitución. Notemos que al mismo tiempo en que hemos reducido la custodia moral en el siglo XX, el SIDA es hoy para nosotros lo que la sífilis era un siglo atrás para nuestros antecesores. Tal vez algún tipo de regulación del comportamiento sexual sea apropiado, aunque no es importante si la denominamos regulación moral o regulación sobre salud.

Es posible repetir este tipo de demostración para algunas de las clases tradicionales de regulación social. Ciertamente el estudio reciente sobre las apuestas sugiere que estas tienen poderosas consecuencias económicas negativas que no son asumidas por las comunidades que auspician estas actividades y que seguramente contribuyen a mucha de la gran resistencia

a las apuestas originada en los últimos años⁽¹⁸⁾. Sospecho entonces que existe una muy pequeña categoría de casos para los cuales las preocupaciones generales de Rasmusen son correctas pero, si es así, estas deben ser definidas mucho más restrictivamente que lo hecho en su presentación general. En este punto, hay una sorprendente -si se le considera improbable- congruencia entre la legislación social contemporánea y la teoría constitucional clásica. El presente enfoque no aborda los acuerdos comerciales comunes ni las llamadas leyes "laborales", que fueron prohibidas durante el apogeo de las libertades económicas⁽¹⁹⁾. Pero explica, tal vez, por qué los mismos jueces que desconfiaron de la afiliación sindical obligatoria y las leyes de salarios mínimos, tuvieron una visión más condescendiente con la regulación en el ámbito moral antes del advenimiento del New Deal^(xi), período en el que las categorías se revirtieron. Hoy, las diversas formas de relación interpersonal íntima son frecuentemente protegidas de cualquier intervención legislativa, mientras que las formas ordinarias de actividad económica son rutinariamente sujetas a una regulación fuerte y directa. Vaya extraña forma de invertir la teoría constitucional. 卐

(18) Ver: GOODMAN, Robert. *Legalized Gambling as a Strategy for Economic Development*, 1994.; KINDT, John W. *U.S. National Security and the Economic Strategic Base: The Business/Economic Impacts of the Legalization of Gambling Activities*. En: *Saint Louis University Law Journal*. No. 39, 1995. pp. 567 y ss.

(19) Ver: *Lochner v. New York*. Op. cit.; *Adair v. United States*, 208 U.S. 161, 172 (1908). (En el que el juez Harlan cambió de posición para amparar los contratos *yellow-dog* [contratos celebrados entre empleador y el postulante a un trabajo, en los que éste último se obligaba a no formar parte del sindicato de la empresa mientras labore en ella. Estos contratos son hoy ilegales en los Estados Unidos de Norteamérica] una vez que los argumentos de salud aludidos en el caso fueron desatendidos). Ver también *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915). (Invalidando leyes estatales similares).

(xi) Esta expresión comprende los principios económicos y sociales y las políticas específicas aplicadas por el Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica Franklin Delano Roosevelt durante los años 30 para la recuperación económica de ese país. Un ejemplo de ellas es la creación del *Civilian Conservation Corps* (CCC), un programa creado por el Congreso de los Estados Unidos para emplear a jóvenes de 18 a 25 años con un salario promedio de 30 dólares al mes. En este programa, dos millones de jóvenes participaron en proyectos de forestación, mantenimiento de parques nacionales, creación de reservas naturales y conservación de depósitos de combustibles, entre otros.