

LA ALEATORIEDAD EN EL DERECHO Y EL PROBLEMA DE LA JUSTICIA (*)

ALBERTO MONTORO BALLESTEROS

Universidad de Murcia

I. INTRODUCCIÓN: 1. *Aproximación a la idea de aleatoriedad*: A. La aleatoriedad como categoría mítica (mágico-religiosa): La idea de imputación. B. La aleatoriedad como categoría lógico-racional: Causalidad, indeterminación y aleatoriedad. 2. *El hecho aleatorio: Su caracterización*: A. Noción y naturaleza. B. Formas y notas constitutivas: a) Formas del hecho aleatorio. b) Notas constitutivas del hecho aleatorio: 1.º La futuridad. 2.º La incertitud. 3.º La contingencialidad o suerte.—II. ALEATORIEDAD Y DERECHO: 1. *Apertura del Derecho a la aleatoriedad y vías de penetración de ésta en el Derecho*: A. El sorteo. B. El sufragio. C. Sistema mixto. D. El negocio jurídico: a) Negocios jurídicos unilaterales. b) Negocios jurídicos bilaterales y plurilaterales. E. La lucha: a) La lucha física: competición (*agón*) y guerra (*pólemos*). b) La lucha intelectual o dialéctica. 2. *Funciones de la aleatoriedad en el Derecho*: A. Determinación de sujetos de Derecho. B. Determinación de objetos o cosas. C. Determinación de las circunstancias (tiempo, lugar y forma) en que han de realizarse determinados actos. D. Solución de conflictos: a) La apelación a fuerzas sobrehumanas o extrahumanas. b) El recurso a potencias humanas: Fuerza y destreza físicas. Apelación a la razón.—III. ALEATORIEDAD Y FINES DEL DERECHO: 1. *Derecho, racionalidad y aleatoriedad*. 2. *La aleatoriedad como instrumento de la justicia*: A. Aleatoriedad y justicia en el pensamiento mítico. B. Aleatoriedad y justicia en el pensamiento lógico: a) Aleatoriedad y seguridad jurídica. b) Aleatoriedad y justicia: Aleatoriedad e igualdad y aleatoriedad e imparcialidad.

(*) Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, el día 10 de marzo de 2004.

I. INTRODUCCIÓN

1. *Aproximación a la idea de aleatoriedad*

El término aleatoriedad implica la cualidad de aleatorio; esto es, de aquello que pende de la suerte, del azar o de algún suceso fortuito y, por lo mismo, inseguro. Ambos términos (aleatoriedad y aleatorio) derivan etimológicamente de la palabra latina *alea-ae* que significa dos cosas: 1. Juego de dados, juego de azar en general; 2. Azar, casualidad, riesgo, suerte, fortuna. Lo aleatorio, según la segunda acepción, aparece referido así al azar, al destino, a la fortuna, a la suerte.

Estos últimos términos (azar, destino, etc.) poseen en el ámbito del pensamiento humano una doble significación en virtud del proceso de evolución y desarrollo del mismo que, sirviéndonos de la terminología de W. Nestle, encuentra su origen en el *mito* y su fin en el *logos* o pensamiento racional (1). Así, las palabras azar, fortuna, destino, suerte han poseído y poseen, como hemos indicado, una doble significación: De un lado, un sentido mítico o mágico-religioso, especialmente en el pensamiento antiguo, pero que aún pervive de alguna forma en la mentalidad del hombre moderno y que Kelsen condensa en la idea de *imputación* (*Zurechnung*); de otro lado, una significación lógico-racional que remite a la idea de *causalidad*.

Imputación y causalidad son las categorías clave de las que se sirve Kelsen para elaborar una teoría pura del Derecho como ciencia jurídica normativa. En la base del pensamiento de Kelsen está pues la distinción entre *Ciencias normativas* (en donde rige el principio de imputación) *Ciencias de la naturaleza* (articuladas en torno a la idea de causalidad) (2). Mientras las *Ciencias de la naturaleza* ven en ésta «un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad» (3), las *ciencias normativas* (entre las que se encuentran la Ética y la Ciencia del Derecho) «estudian las conductas humanas, no desde el punto de vista de cómo se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturale-

(1) W. NESTLE, *Vom Mythos zum Logos*, Stuttgart, 1940.

(2) H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho* (Introducción a la Ciencia del Derecho), 1.ª ed. trad. esp. de M. Nilve, 30 ed. Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1994, págs. 16 y ss., 24 y ss.; *Teoría pura del Derecho* (2.ª ed.), trad. de la 2.ª ed. alemana por R. J. Vernengo, Universidad Autónoma de México, 1982, págs. 89 a 105. Véanse también sus estudios: *Causalidad y retribución* (1941), incluido en el volumen «¿Qué es Justicia?» trad. y edición de A. Calsamiglia, Editorial Ariel, Barcelona, 1982, págs. 194 y ss; *Causalidad e imputación* (1950), *Ibid.* págs. 221 y ss.

(3) H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho* (1.ª ed.) cit., pág. 16.

za (como sucede con la historia, la sociología, la psicología, etc., que son ciencias causales), sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse» (4), imputando consecuencias (morales, religiosas o jurídicas) a dichas conductas.

A. *La aleatoriedad como categoría mítica (mágico-religiosa): La idea de imputación*

Los antiguos griegos concibieron el universo (*physis*) como orden o cosmos (*diké*) que discurría según una legalidad inmanente propia que nada tenía que ver con la divinidad. Los dioses, en especial Thémis y luego Diké, se limitaban a velar por ese orden, contribuyendo a su mantenimiento y desarrollo mediante decisiones (*némesis*) a través de las cuales se realizaba de modo inexorable la justicia, atribuyendo (imputando) a cada uno como propio felicidad y desgracia, según sus méritos y destino.

La némesis divina se configura, como luego veremos, como una imputación aleatoria. En este sentido constituye un lugar común del pensamiento mágico-religioso primitivo la creencia en el Hado, el Destino, la Fortuna —ésta fue personificada como diosa, hija de Zeus-Júpiter, dispensadora de toda suerte de bienes y males—. El pensamiento mágico-religioso primitivo cree en la existencia de divinidades o fuerzas misteriosas e irresistibles que incidían en la vida de los hombres y demás acontecimientos del mundo distribuyendo (imputando) de forma inexorable venturas y adversidades. Junto a ellas aparecen las Moiras, hijas de la Noche, ejecutoras de los decretos del destino, en especial del destino funesto (5). La idea fundamental es que la

(4) Ibid. pág. 25, *vid.* pág. 24.

(5) W. JAEGER, *Paideia: Los ideales de la cultura griega*, trad. esp. de J. Xirau y W. Roces, 2.^a reimpresión de la 2.^a ed. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1971, págs. 71, 77, 106, 107, 141, 142, 145, 158, 159, 166, 295; M. HEIDEGGER, *Moirá (Parménides, VIII, 34-41)*, en «Conferencias y Artículos» trad. esp. de E. Barján Odos, Ediciones del Serbal, Barcelona, 1994, págs. 201 y ss.

En relación con las Moiras escribe Esquilo en la última parte de *La Orestíada*: «Atenea. Esto hago yo por amor a mis ciudadanos. Acabo de establecer aquí unas deidades que son poderosas y difíciles de aplacar. Sí, les tocó en suerte dirigir todo lo concerniente a los seres humanos. Verdad es que aquel que se tropieza con estas severas deidades no sabe a veces, de dónde proceden los golpes que sufre su vida, porque las faltas que cometieron sus antepasados son las que lo conducen ante ella, (y) la perdición, incluso al que habla a gritos con cólera odiosa, lo va aniquilando calladamente.» (.....)

Coro. (estrofa 2.^a). «De aquí alejaré la mala fortuna que destruye al hombre antes del momento que le corresponde. Y vosotras que tenéis poder para ello y sois diosas, conceded a las

justicia y el destino castigarán y arrastrarán a quienes hayan incurrido en *hybris*, pues nadie puede escapar a la retribución de Zeus (6).

Ahora bien, como los dioses, con frecuencia, eran en su comportamiento arbitrarios, caprichosos, sus designios y decisiones (*némesis*) adquirirían la condición de fenómenos aleatorios. Se sabe, sí, que la justicia se realizará inexorablemente y que nadie podrá escapar a ella pero se desconoce cuándo, cómo y sobre quién se realizará la retribución en que consiste la justicia (7). Así tenemos:

— Paris, causante de la guerra de Troya, es librado de la muerte (que sería el justo castigo por las muertes y daños que ha provocado entre aqueos y troyanos) por Afrodita cuando se batía en duelo con Menelao en las playas de Troya (8).

— Orestes, obligado a vengar la muerte de su padre (asesinado por su esposa), deviene culpable al matar a su madre. Sin embargo los dioses se apiadan de él y al final es absuelto (9).

— Edipo, inocente, soporta y expía la culpa de su padre (10).

— Los persas (pueblo y ejército) sufren a través de la derrota militar, el castigo que retribuye la *hybris* de Jerjes quien se confiesa, a causa de ello, «un ser nocivo para su raza y para su patria» (11).

Subrayando el carácter aleatorio que en el pensamiento mitológico griego tuvo la idea de realización de la justicia J. Huizinga ha llamado la atención sobre «la conexión primitiva (existente) entre Derecho, suerte y juego de azar (...) Zeus —añade— sostiene la balanza de la justicia divina, los Titanes juegan a los dados la suerte del mundo» (12).

jóvenes que, al llegar a la edad del amor, compartan su vida con un marido, *oh Moiras*, hermanas mías por parte de madre, *deidades que a todos asignáis el destino con rectitud*, que estáis vinculadas a cada casa, y en todo momento ejercéis el peso de vuestra misión y en todas partes sois las más honradas entre los dioses porque vuestro trato se ajusta a justicia». ESQUILO, *Las Euménides*, 930-935 y 960-965.

(6) ESQUILO, *Los Persas*, 805 y ss., 940 y ss.; W. JAEGER, *op. cit.*, págs. 141 y ss.

(7) ESQUILO, *Las Euménides*, 390 y ss., 540 y ss.

(8) HOMERO, *Iliada*, III, 370.

(9) ESQUILO, *Las Euménides*, 735 y ss.

(10) Edipo fue hijo de Layo el Tebano. A ambos alcanza la maldición de Pélope según el Oráculo dado a Layo. Éste decía: «Layo, hijo de Lábdaco, suplicas una próspera descendencia de hijos. Te daré el hijo que deseas. Pero está decretado que dejes la vida a manos de tu hijo. Así lo consintió Zeus Crónida, accediendo a las funestas maldiciones de Pélope cuyo hijo querido raptaste. Él imprecó contra tí todas estas cosas». Nota introductoria de Assela Alamillo a *Edipo Rey*, en SÓFOCLES, «Tragedias», Ed. Gredos, (Biblioteca Clásica Gredos), Madrid, 1981, págs. 308 y 309. Véase SÓFOCLES, *Edipo Rey*, 1110 y ss.

(11) ESQUILO, *Los persas*, 931 y 932.

(12) J. HUIZINGA, *Homo ludens*, trad. esp. de E. Imaz, prólogo de D. García-Sabell, Bi-

B. *La aleatoriedad como categoría lógico-racional: causalidad, indeterminación y aleatoriedad*

Con el paso del pensamiento mítico al pensamiento lógico la idea de imputación es desplazada por la de causalidad (Kelsen).

Desde estos supuestos las nociones de azar, destino, fortuna, suerte, adquieren una nueva significación al ser concebidos como un encadenamiento causal puramente fortuito (imprevisible) de sucesos que de modo ciego (carente de sentido) y necesario (fatal, inevitable) puede producir a las personas efectos favorables o adversos.

La causalidad implica necesidad y ello permite pensar que en el mundo físico se puede predecir con exactitud (certeza) lo que acontecerá, lo cual equivaldría a eliminar del mundo las ideas de azar, destino,... o, en todo caso, a entenderlas de otra manera. En este sentido Leibniz, comentando críticamente a Hobbes, escribe: «... Sobre otras materias no deja de exponer cosas muy razonables. Hace advertir que nada sucede por azar o más bien, que el azar no significa sino la ignorancia de las causas responsables del efecto y que para cada efecto es necesario un concurso de todas las condiciones suficientes, que son anteriores al efecto, siendo evidente que no puede faltar ninguna de esas condiciones, en cuanto que son tales, cuando deba tener lugar el acontecimiento en cuestión, así como que éste no puede dejar de producirse, cuando se concita el conjunto de todas esas condiciones suficientes. Esto —añade Leibniz— nos conduce a aquello que he afirmado tantas veces: que todo acontece por razones determinantes cuyo conocimiento —si lo tuviéramos— nos daría noticia a un mismo tiempo de por qué ha ocurrido tal cosa y de por qué no ha sido de otra manera» (13). Más adelante explica Leibniz: «... El prefacio de Hobbes contiene un compendio de cuestiones en liza que transcribiré aquí con algunas acotaciones críticas:»...(así) que el azar (*suerte* en inglés, *casus* en latín) *no produce nada*. Es decir, que nada se origina sin causa o razón. *Muy BIEN* —comenta Leibniz—, estoy de acuerdo, si nos referimos a un azar real. Puesto que el azar y la fortuna no son sino apariencias basadas en la ignorancia de las causas o en su abstracción» (14). Después

biblioteca 30 aniversario, Alianza Editorial, Madrid, 1998, págs. 153 y 154. Véanse las págs. 151 y ss.

(13) G. W. LEIBNIZ, *Reflexiones en torno a la libertad, la necesidad y el azar, a propósito de la obra que Hobbes ha publicado en inglés (1710)*, en el volumen G. W. Leibniz, «*Escritos en torno a la libertad, el azar y el destino*», selección, estudio preliminar y notas de C. Roldán Panadero. Trad. esp. de R. Rodríguez Aramayo y C. Roldán Panadero, Ed. Tecnos, (Colección Clásicos del Pensamiento), Madrid, 1990, págs. 39 y 40.

(14) *Ibid.* pág. 44 (2).

añade Leibniz criticando a Hobbes: «*Que las cosas ocurren sin necesidad merced al azar*; MAL: lo que ocurre sin necesidad, no acontece por ello a causa del azar, es decir, sin causas ni razones» (15).

Ahora bien, la idea de causalidad, que implica necesidad, no supone sin más la posibilidad de predecir con exactitud (certeza) lo que acontecerá en el mundo físico. La moderna epistemología científica, a partir de los datos de la física cuántica (M. Born, W. Heisenberg), entiende que (al ser imposible predecir con absoluta precisión —dentro del átomo— la posición y velocidad de las partículas subatómicas) en el mundo natural existe el azar y la probabilidad, de manera que en el ámbito de la ciencia no cabe la certeza absoluta sino sólo un conocimiento probable de base estadística (principio de indeterminación de Heisenberg) (16).

La conclusión que de todo esto se deriva es que el suceso, el hecho aleatorio, lejos de ser un fenómeno mágico, sobrenatural, es un acontecimiento puramente físico-natural que ha de ser entendido y explicado desde los supuestos de la ciencia empírica de fundamentación estadística (17).

2. El hecho aleatorio: Su caracterización

A. Noción y naturaleza

En el pensamiento jurídico se entiende por hecho o suceso aleatorio un evento o acontecimiento futuro e incierto a cuya realización vincula el Derecho la producción de determinados efectos jurídicos.

Para una mejor caracterización del hecho aleatorio cabe indicar:

a) Que, en rigor, la relación existente entre el acaecimiento del suceso futuro e incierto y la producción del efecto o efectos jurídicos previstos no pertenece al ámbito de la *causalidad* sino al denominado por Kelsen plano de la imputación (*Zurechnung*), puesto que entre ellos no existe relación de necesidad alguna.

(15) Ibid. pág. 45 (4).

(16) GEYMONAT, *Historia de la Filosofía y de la Ciencia*, trad. esp. de J. Bigozzi y P. Roqué Ferrer, presentación, adaptación y edición al cuidado de P. Lluís Font, Ed. Crítica (Grijalbo Mondadori, S.A.), Barcelona, 1998, págs. 648 a 650; J. GRIBBIN, *Historia de la Ciencia (1543-2001)*, trad. esp. de M. García Garmilla, Ed. Crítica, Barcelona, 2003, págs. 414 a 416, 419, 420 y ss., 425 y ss.

(17) I. M. BOCHENSKI, *Los métodos actuales del pensamiento*, trad. esp. de R. Drudis Baldrich, 16.ª ed. Ed. Rialp, Madrid, 1988, págs. 117 y ss., 191 y ss., 228 y ss.

b) Que desde el punto de vista de la Teoría Fundamental del Derecho el suceso o hecho aleatorio constituye el *género* dentro de cual cabe distinguir como *especies* lo que la Ciencia jurídica denomina —diferenciándolos técnicamente— condición y término. Ello significa que el suceso aleatorio puede manifestarse y operar de dos formas:

1. Como *condición*, entendiéndose por tal, un acontecimiento futuro e incierto de cuya realización depende la producción de determinados efectos jurídicos. Se trata pues de un suceso «*incertus an et incertus quando*».

2. Como *término*, esto es, como un evento que se sabe que ha de producirse pero se ignora cuando, (por ejemplo, la muerte de una determinada persona). El término consiste pues en hecho «*certus an et incertus quando*».

B. *Formas y notas constitutivas*

En la caracterización del hecho aleatorio cabe distinguir las formas de manifestarse el mismo y sus notas o caracteres constitutivos.

a) *Formas del hecho aleatorio*

El hecho aleatorio puede consistir en hechos y en actos jurídicos. Como es sabido la doctrina entiende por *hecho jurídico* los sucesos o acontecimientos independientes de la voluntad humana a los que el Derecho vincula la producción de determinados efectos jurídicos (ejemplos: accidente, enfermedad, muerte...). De los hechos jurídicos se diferencian los *actos jurídicos*. Se entiende por tales los comportamientos racionales y libres a los que el Derecho atribuye ciertos efectos jurídicos con independencia de que éstos sean o no conocidos por el sujeto (omisión del cumplimiento de un deber jurídico, declaración como testigo en un proceso, ejercicio de un derecho subjetivo...).

b) *Notas constitutivas del hecho aleatorio*

El hecho o suceso aleatorio viene definido por las notas de futuridad, incertidumbre y contingencialidad o suerte.

1. *La futuridad* hace referencia a la condición o cualidad de futuro. Ello significa que el suceso aleatorio no es algo actual sino potencial: algo que puede tener lugar u ocurrir en el futuro.

2. *La incertitudo* o incertidumbre es cualidad consistente en la falta de certeza. La incertidumbre constituye un estado de conciencia intermedio entre la *necesidad* (que supone certeza de que algo ocurrirá) y la *imposibilidad* (exclusión total de la realización de un suceso o lo que es lo mismo: certeza de que algo no ocurrirá) (18).

La incertidumbre puede revestir dos formas: *incertus an* (no se sabe si tendrá lugar el evento) e *incertus quando* (se sabe que el suceso se realizará pero se ignora el tiempo en que acontecerá). La incertidumbre, por otro lado, no es una categoría rígida, cerrada, sino flexible y plural toda vez que lo incierto puede presentarse con diferente grado de intensidad. La incertidumbre se configura así como una categoría gradual, pudiéndose distinguir dentro de la misma los siguientes grados:

1. Cierto pero incierto cuándo (la muerte de una persona).
2. Incierto pero probable (posibilidad de que la mujer joven y embarazada tenga un parto normal, sin complicaciones).
3. Improbable pero no imposible (posibilidad de que una mujer a partir de cierta edad pueda concebir o de que un enfermo, aquejado de gravísima enfermedad, salve la vida).
4. Posible pero imprevisible (caso del hecho o suceso fortuito).

3. *La contingencialidad o suerte*

La idea de aleatoriedad ha sido estudiada fundamentalmente en el ámbito del Derecho privado (civil y mercantil) a propósito de los contratos aleatorios y, en especial, del contrato de seguro en sus diferentes modalidades. Desde esta perspectiva se ha visto en el riesgo un elemento esencial del hecho o suceso aleatorio.

Ahora bien, dicho planteamiento parece inexacto por diversas razones.

1. En primer lugar tenemos que el riesgo (entendido como posibilidad de sufrir un daño) es una realidad preexistente a la celebración del contrato de seguro —la causa de éste es cubrirse frente a un riesgo (contrata un seguro quien se encuentra en una situación de riesgo. En el seguro el riesgo es la causa del contrato— (19) que tiene como función la transferencia del riesgo

(18) J. GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, 2.^a ed., Madrid, 1983, págs. 13 y ss.; F. HERRMANNSDORFER, *Seguros privados*, trad. esp. De R. Luengo Tapia y W. Neumann, Ed. Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1933, pág. 18.

(19) J. GARRIGUES, *op. cit.*, págs. 113 y ss.; F. HERRMANNSDORFER, 1, 2 y 5. Garrigues establece una clara distinción entre *riesgo* y *siniestro*. A este respecto escribe: «Riesgo es la po-

y, con ello, del deber de afrontar las consecuencias perjudiciales o daños que surgen cuando se produce el siniestro. Por el contrario, en otros contratos aleatorios (juego, apuesta,...) el riesgo, posibilidad de perder, es algo posterior al contrato y que tiene su fundamento en el mismo (20).

2. El término riesgo no cubre todo el campo de posibilidades que entrañan ciertos contratos aleatorios (juego, apuesta...) y otros hechos aleatorios que implican tanto la posibilidad perder como la de ganar; esto es, —dicho en términos más genéricos—, tanto la eventualidad de obtener un beneficio o provecho como la de sufrir un daño o perjuicio. La palabra riesgo, apropiada para designar la posibilidad de experimentar un daño, una pérdida, resulta totalmente inadecuada, por razones semánticas, para referirse a la posibilidad de ganar. En este sentido sería un uso impropio, incorrecto, del lenguaje decir, por ejemplo: si juegas a la lotería te arriesgas o corres el riesgo de ganar un premio. En la lotería, lo mismo que en la apuesta, el único riesgo que se corre es el de perder. Ahora bien, como el juego y la apuesta implican también la posibilidad de ganar resulta necesario encontrar un término que comprenda al mismo tiempo ambas eventualidades (la de ganar y la de perder). Dicha posibilidad existe no sólo en el ámbito de los contratos aleatorios sino en múltiples situaciones cuyo resultado (ganar o perder) es aleatorio. Así sucede, por ejemplo, en las competiciones deportivas, en la lucha política que implica el juego electoral, en el mundo de los negocios, en el proceso judicial, etc. Ante esta situación parece necesario buscar un término que comprenda tanto la posibilidad de ganar como la de perder. En este sentido he creído conveniente, para la caracterización del suceso aleatorio, sustituir

sibilidad de que por azar ocurra un hecho que produzca una necesidad patrimonial. El riesgo es un estado (estado de riesgo) que se produce por consecuencia de un hecho, v.gr.: el transporte de la mercancía o la explotación de la fábrica o, simplemente, el hecho de vivir, siendo mortal. Soportar el riesgo querrá decir sufrir las consecuencias económicas de la realización del hecho previsto como posible. *Se confunde el riesgo con el siniestro cuando por riesgo se entiende no el estado de riesgo (periculum), sino el hecho mismo que provoca la necesidad patrimonial* (en este sentido se dice que el buque está expuesto a los riesgos marítimos). En nuestro Código de comercio se percibía la distinción entre *riesgo* (arts. 381, 383, 384, 397, 398, 435, 438) y *siniestro* como la realización del riesgo (arts. 404, 411 y 414, que se refieren al hecho del incendio). La diferencia entre riesgo y siniestro se ve clara cuando se piensa que lo que provoca la prestación del asegurador no es el primero sino el segundo. *El siniestro es la conditio legis para que el asegurado pueda reclamar el pago, mientras que el riesgo es la conditio legis para que el asegurador pueda exigir el pago de la prima.*» J. GARRIGUES, *op. cit.*, págs. 11 y 12.

(20) T. ASCARELLI, *Panorama del Derecho comercial*, trad. esp. De J. M. Jayme Urrizaga, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949, págs. 118 y 119; J. GARRIGUES, *op. cit.*, págs. 113 y 114.

la palabra *riesgo* (posibilidad de sufrir un daño o perjuicio) por la más neutra y amplia de *contingencia* que designa simplemente la «posibilidad de que una cosa suceda o no suceda» (21). El término contingencia —y su derivado *contingencialidad*—, por la amplitud de sus significados, pueden resultar adecuados para que, sin forzar las palabras, puedan albergar y designar las dos posibilidades (ganar o perder) de las que venimos hablando.

Así las cosas la tercera nota o elemento constitutivo del suceso aleatorio podría designarse con la palabra *contingencialidad* que hace referencia a un fenómeno contingente (no necesario y que es además futuro e incierto) que puede tener una doble significación o contenido material: Una significación o contenido de *carácter negativo* constituido por la posibilidad de perder, sufrir un daño o un suceso adverso (aquí es donde cabe hablar con toda propiedad de *riesgo* o *riesgosidad*), y otra de *signo positivo* vinculada a la idea de ganancia o beneficio. Se trataría en este caso de la *beneficiosidad* entendida como posibilidad de obtener una ganancia, provecho o beneficio (22).

Desde esta perspectiva la contingencialidad se identifica con la idea ordinaria, usual, de suerte. La *suerte* se entiende como un suceso o hecho fortuito, casual, que puede ser favorable o adverso para las personas y las cosas. En el primer sentido la suerte está vinculada a la idea de ganancia, beneficio, ventura ... Se habla entonces de *buena suerte*. En la segunda acepción la noción de suerte aparece asociada a la posibilidad de sufrir una pérdida o daño y, en un plano más profundo, a la idea de desgracia, desdicha, infelicidad... Se hace referencia en este caso a la *mala suerte*.

II. ALEATORIEDAD Y DERECHO

1. *Apertura del Derecho a la aleatoriedad y vías de penetración de ésta en el Derecho*

En determinados supuestos el Derecho se abre a la aleatoriedad vinculando a hechos aleatorios la virtualidad de producir determinados efectos y

(21) Explica LEIBNIZ: «Necesario es aquello cuyo opuesto o no ser es imposible o implica contradicción, (...); y contingente es lo que puede no ser o cuyo no ser no implica contradicción alguna». G. W. LEIBNIZ, *Conversación acerca de la libertad y el destino*, (1699-1703), en *op. cit.*, pág. 24.

(22) En el diccionario de la lengua española no he encontrado las palabras *contingencialidad* y *beneficiosidad*. Se trata de términos contruados a partir de las voces contingencia, beneficio y beneficioso para poder expresar la naturaleza y las posibilidades de perder y de ganar que puede entrañar, en determinados supuestos, el hecho o suceso aleatorio.

funciones jurídicos. Ello acontece cuando el Derecho se remite al azar o suerte mediante ciertos procedimientos institucionalizados (sorteo, sufragio, lucha o competición, negocio jurídico, etc.).

A. *El sorteo*

El sorteo consiste en la acción mediante la cual se fía a la suerte (resultado casual) la adopción de una decisión o resolución o la producción de determinados efectos o consecuencias jurídicas:

Su utilización ha sido constante desde la antigüedad en la vida política y jurídica. Aristóteles, en la *Constitución de Atenas*, nos da una puntual información sobre la virtualidad del sorteo para la designación de determinadas magistraturas y cargos públicos. Se designaban mediante sorteo los 401 ciudadanos que integraban el Consejo del Areópago, los jueces y la composición de los tribunales, la distribución entre ellos de las causas judiciales, así como el nombramiento de otras muchas magistraturas y oficios menores (23).

En la Edad Moderna Rousseau vio en la designación de las magistraturas mediante sorteo algo que pertenecía a la esencia misma de la democracia. Frente a Montesquieu, que creía que «la elección por sorteo es propia de la democracia», entendiendo que su fundamento racional residía en que «el sorteo es una forma de elección que (aunque defectuosa) no ofende a nadie y deja a cada ciudadano una esperanza razonable de servir a su patria» (24), Rousseau piensa que constituye una condición esencial de la democracia la elección mediante sorteo. El fundamento de ello radica, según Rousseau, en que «en toda democracia, la magistratura no es una ventaja, sino una carga onerosa, que no se puede imponer con justicia a un particular y no a otro. Sólo la ley —dice— puede imponer esta carga a aquel sobre quien recaiga la suerte» (25).

(23) ARISTÓTELES, *La Constitución de Atenas*, Edición, traducción y estudio preliminar de A. Tovar, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, núms. 4 (pág. 53), 8 (pág. 61), 27, (pág. 115), 30 (págs. 123 y 125), 32 (págs. 127 y 129), 41 (pág. 151), 43 (págs. 155 y ss), 44 (pág. 159), 47 (págs. 165), 48 (pág. 167), 54 (pág. 183), 55 (págs. 185 y 187), 59 (págs. 195 y 197) y 62 (págs. 203 y 205); Véase también ARISTÓTELES, *Política*, Lib. VIII, (VI), cap. 3.

(24) MONTESQUIEU, *L'esprit des Lois*, Lib. II, cap. 2.

(25) J. J. ROUSSEAU, *Du contract social ou Principes du Droit politique*, Lib. IV, cap. 3. Sobre estas cuestiones véase F. GARCÍA COSTA, *El nombramiento parlamentario de autoridades* (Estudio de la intervención parlamentaria en el nombramiento de miembros de órganos públicos). Tesis Doctoral leída en la Universidad de Bolonia, año académico 2002-2003 (inédita), en especial las págs. 35 y ss., 36 y ss., 51 y ss.

En la actualidad el sorteo constituye una técnica que cumple una importante función tanto en el ámbito del Derecho público como en el del Derecho privado. En el *Derecho público* el sorteo se utiliza para designar a las personas que deben integrar los jurados, para el nombramiento de peritos en el proceso cuando las partes no se ponen de acuerdo sobre ello; el sorteo es el medio empleado para elegir a los componentes de las mesas electorales, los miembros (o parte de ellos) que han de constituir los tribunales que juzgan oposiciones y concursos, el cupo de mozos que debe prestar el servicio militar en aquellos casos en que (como sucedía en España hasta hace poco) dicho servicio es obligatorio, o determinar, por ejemplo, el orden por el que han de actuar los participantes en una oposición o concurso, etc.

En el ámbito del *Derecho privado*, y concretamente en el Derecho de sucesiones, hecha la partición de la herencia, el sorteo suele servir para asignar a cada uno de los herederos la hijuela o cuota hereditaria que le corresponde, o también para determinar el orden mediante el cual los herederos elegirán entre los lotes previamente constituidos.

B. *El sufragio*

El sufragio o elección es el sistema mediante el cual se manifiesta, a través de la emisión del voto, el parecer o la voluntad de los miembros de un determinado grupo social o institución, en relación con ciertos temas o asuntos (adopción de acuerdos o decisiones, designación de quién o quiénes han de desempeñar determinada función, ocupar un cargo, etc.).

El elemento aleatorio en el sufragio reside en que la provisión de puestos o cargos o la adopción de acuerdos o decisiones depende exclusivamente del resultado (aleatorio siempre) de la votación. En el supuesto de empate —salvo en el caso de que decida un voto de calidad— la solución, suele buscarse de nuevo en un recurso aleatorio: repetir la votación (segunda vuelta) o echarlo a suertes (*art. 163.1 de nuestra Ley Orgánica del régimen electoral general, de 19 de junio de 1985*).

La institución del sufragio ha tenido siempre gran importancia tanto en el *Derecho público* como en el *Derecho privado*.

Actualmente la significación del sufragio en el *orden político democrático* apenas precisa aclaración o comentario alguno, toda vez que el mismo constituye una pieza esencial del Estado de Derecho (26).

(26) Sobre dicho tema véase H. Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, trad. de R. Luengo Tapia y L. Legaz y Lacambra. Nota preliminar de I. De Otto, Ed. Guadarrama (Col. Punto Omega), Barcelona, 1977, págs. 81 y ss., 110 y ss.

En relación con el mundo antiguo Aristóteles da cuenta de que los titulares de ciertas magistraturas, por razón de su específica naturaleza, no podían ser designados mediante sorteo sino a través de la elección. Tal era el caso de las magistraturas militares —(estrategos y polemárcos) cuyo ejercicio exigía conocimientos específicos sobre el arte de la guerra y determinada experiencia— (27) así como de otros cargos (28).

En el ámbito del *Derecho privado* el sufragio tiene también especial significación en la vida asociativa (en ciertas instituciones y sociedades) como, por ejemplo, en las sociedades mercantiles (juntas generales de accionistas, consejos de administración), culturales (ateneos y sociedades científicas), y recreativas (juntas directivas de casinos, sociedades deportivas, etc.).

Sorteo y elección no son métodos excluyentes sino recíprocamente complementarios. Ello explica la existencia, desde la antigüedad, de sistemas mixtos en donde se combinan el sorteo y la elección.

C. *El sistema mixto*

El complemento del sorteo con la elección (selección entre los sorteados) que es la esencia del sistema mixto lo encontramos ya en la antigua Grecia. Se trata técnicamente de un solo y único proceso de naturaleza compleja de designación de magistrados y otros oficios públicos que se articula en dos momentos complementarios el uno del otro: el sorteo y la elección o selección entre los sorteados.

Aristóteles, en *La Constitución de Atenas*, nos informa que determinadas magistraturas (Arcontes, Thesmósthetas, Rey y Polemarco) eran designados mediante un procedimiento complejo articulado en dos fases: el sorteo y la elección (selección) entre los sorteados. Antes de su nombramiento los sorteados eran previamente examinados y luego elegidos y designados por el «Consejo de los Quinientos», salvo los Arcontes que lo eran por el tribunal (29). Aristóteles explica también las preguntas del examen y del procedimiento de votación en el Consejo («levantando el brazo») y en el Tribunal («votación con piedrecitas») (30).

(27) ARISTÓTELES, *La Constitución de Atenas*, núms. 42 (pág. 153), 43 (pág. 155), 44 (pág. 159), 49 (pág. 169 y ss.).

(28) *Ibid.* 42 (pág. 153), 43 (pág. 155 y ss), 44 (pág. 159), 46 (pág. 163), 54 (pág. 183), 57 (págs. 191 y 193).

(29) *Ibid.* núms. 55 (1 y 2) pág. 135, y 59 (págs. 195 y 197).

(30) *Ibid.* núm. (3-5), págs. 185 y 187.

En la Edad Moderna Rousseau, tras advertir que el procedimiento mixto contaba con importantes precedentes (la designación del Dogo de Venecia, por ejemplo), explica las razones que justifican dicho sistema cuando escribe: «Las elecciones por la suerte tendrán pocos inconvenientes en una verdadera democracia, que siendo todos iguales, así en las costumbres como en el talento y en los principios como en la fortuna, la elección llegaría a ser casi indiferente. Pero ya he dicho que no existe ninguna democracia verdadera». Y añade: «1. Cuando la elección y la suerte se encuentran mezcladas, la primera debe llenar los lugares que exigen capacidad propia, tales como los empleos militares. 2. La otra (la suerte) conviene a aquellos en que bastan el buen sentido, la justicia, la integridad, tales como los cargos de la judicatura, porque en un Estado bien constituido estas cualidades son comunes a todos los ciudadanos» (31).

D. *El negocio jurídico*

El negocio jurídico en cuanto declaración de voluntad (o voluntades) dirigida(s) a la producción de determinados efectos jurídicos (32), puede contener elementos aleatorios.

(31) J. J. ROUSSEAU, *op. cit.*, Lib. IV, cap. 3.

(32) Se entiende por negocio jurídico «la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos». F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Introducción de J. Vallet de Goytisolo, ed. Civitas, Madrid, 1985, pág. 34. Insistiendo en el significado y la función del negocio jurídico explica Albaladejo que «el negocio jurídico es un instrumento facilitado a la autonomía de la voluntad para que los sujetos autorregulen sus propios intereses y relaciones según su voluntad. Ahora bien —añade—, el declarante no se limita a querer platónicamente lo que manifiesta, sino que su declaración lo es de una voluntad imperativa; y el Derecho concede a esta voluntad expresada, eficacia reguladora. Es él —concluye diciendo Albaladejo— el que hace de lo querido por el sujeto, una reglamentación, convirtiendo en *lex privata* el conjunto de cláusulas en que lo querido queda plasmado. M. ALBALADEJO GARCÍA, *El negocio jurídico*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Editado por José M.^a Bosch, editor, Barcelona, 1958, pág. 54. Esa misma idea y función del negocio jurídico es subrayada por Dieter Giesen, quien ve en el mismo la «institución central del Derecho Civil», D. GIESEN, *BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre*, Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1991, pág. 4, núm. 5.

En análogo sentido véanse las concepciones de V. SCIALOJA, *Negocios jurídicos*, trad. esp. de F. De Pelsmaeker e Iváñez, Imprenta editorial de la Gavidia, Sevilla, 1942, págs. 23 y 24; E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. esp. de A. Martín Pérez, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid (s/a) págs. 51 y ss; L. CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, trad. esp. de M. Albaladejo, Ed. Aguilar, Madrid, 1956, pág. 27.

El negocio jurídico puede ser unilateral, bilateral y multilateral. Partiendo de esta distinción tenemos:

a) Negocios jurídicos unilaterales

Se entiende por negocio jurídico unilateral la declaración de voluntad de una sola persona dirigida a producir determinados efectos jurídicos, reconocidos y protegidos por el Derecho.

Como ejemplo del negocio jurídico unilateral tenemos:

1.º *La promesa pública de recompensa a persona indeterminada.*

El Código Civil alemán define esta institución (Auslobung) en su artículo 657 en los siguientes términos: «El que por un anuncio público, promete una recompensa por la realización de una acción, especialmente para obtener un resultado, está obligado a pagar la recompensa al que la realizó, aun cuando éste no haya obrado en consideración a aquella recompensa» (33).

Respecto de la naturaleza aleatoria de esta institución tenemos que la promesa daré X a quien logre H antes del momento Z, contiene tres elementos o factores aleatorios: 1. El hecho o resultado, futuro e incierto, que ha de producirse para que tenga lugar la recompensa; 2. Que el resultado se produzca dentro del plazo indicado por el promitente, y 3. La persona o personas que tendrían derecho a la recompensa.

2.º *El testamento con cláusula aleatoria.*

Dicha cláusula aleatoria puede darse en diferentes supuestos. Así por ejemplo, en,

— *La institución del legado:* Lego mi casa X, con la biblioteca jurídica en ella contenida, al primero de mis ocho sobrinos que, antes de mi muerte, haya logrado ingresar en la carrera judicial.

— *La sustitución hereditaria:* Nombro sustituto hereditario de mi hijo, y por partes iguales, a aquellos de mis ocho sobrinos, que a continuación se mencionan, siempre que al momento de abrirse la sucesión y puedan ser llamados a la misma hayan obtenido el título de Doctor en Medicina o en Derecho. Dicha cláusula testamentaria contiene los siguientes sucesos aleatorios:

1. Que el heredero (hijo) premuera al padre o no quiera o pueda aceptar la herencia. 2. Que alguno o algunos de los sobrinos haya logrado doctorarse en Medicina o Derecho.

(33) Sobre este tema véase, en especial F. CANDIL CALVO, *Naturaleza jurídica de la promesa de recompensa a persona indeterminada*, en «Junta para Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas», Anales, Tomo XIII, Memoria 3.ª, Establecimiento tipográfico de Fortanet, Madrid, 1914, en especial las págs. 289 y ss.

b) Negocios jurídicos bilaterales y plurilaterales

Consisten en la declaración de voluntad de dos o más personas encaminada a producir efectos jurídicos reconocidos y amparados por el Derecho.

En este ámbito el ejemplo clásico es el constituido por los denominados *contratos aleatorios*. Éstos se caracterizan, y en ello se diferencian de los contratos condicionales, por la circunstancia de que el *alea o azar* es la causa del contrato o, en todo caso, un elemento esencial de la misma (34).

Aunque nuestro Código Civil al regular esta materia (arts. 1790 y ss.) se ocupa sólo de cuatro tipos de contratos —el juego y la apuesta (arts. 1798 y ss.), la renta vitalicia (arts. 1802 y ss.) y el contrato de seguro (arts. 1791 a 1797)— (35) debe advertirse que los contratos aleatorios no constituyen un *numerus clausus* sino un *numerus apertus*.

E. *La lucha*

La aleatoriedad se manifiesta y opera también en el Derecho a través del fenómeno de la lucha (36). Ello acontece cuando la producción de un determinado efecto jurídico se hace depender del resultado (aleatorio siempre) de una contienda o lucha.

Por lucha, en sentido amplio, se entiende aquella situación en la que se enfrentan como antagónicas y excluyentes dos o más pretensiones y se confía la solución del conflicto al hecho aleatorio de la victoria o triunfo del titular de una de las pretensiones frente al titular o titulares de las pretensiones contrarias. En la lucha, como indica Huizinga, se ha visto desde la antigüedad una vía o recurso para la búsqueda y determinación de lo justo, en la creencia de que la voluntad divina, su designio de hacer justicia, se hace patente, se materializa, en el resultado del combate (37).

(34) J. GARRIGUES, *Op. cit.*, págs. 113 y 114; F. HERRANSDORFER, *op. cit.*, pág. 15.

(35) Dado que la actividad aseguradora sólo puede ser llevada a cabo por una empresa debe advertirse que los mencionados artículos del Código Civil han sido derogados y el contrato de seguro, en sus diferentes ramas y modalidades —seguros de *cosas* (daños) y de *personas* (accidentes, enfermedad, vida, etc.)—, ha pasado a ser regulado por la legislación mercantil, laboral y de Seguridad Social.

(36) Desde el punto de vista sociológico y filosófico jurídico la «lucha», igual que la «comunidad» y la «sociedad», constituye una *estructura social fundamental*. Sobre esta idea véase, por ejemplo: H. COING, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, trad. esp. de J. M. Mauri, Ed. Ariel, Barcelona, 1961, págs. 84 a 101; H. HENKEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho* (Fundamentos del Derecho), trad. esp. de E. Gimbernat Ordeig, Taurus Ediciones, Madrid, 1968, en especial las págs. 341 y a 354.

(37) J. HUIZINGA, *op. cit.*, págs. 167 a 171. En este sentido, en la *Iliada*, cuando se con-

La lucha, en sentido amplio, puede revestir dos formas: la lucha física y la intelectual o dialéctica.

a) La lucha física

La lucha física es aquella en la que la potencia que decide el resultado de la misma es la fuerza, la energía y la destreza física. Esta lucha, a su vez, puede revestir dos formas: la competición y la guerra.

1. La competición (*agón*), en la que el ejercicio de la fuerza y la destreza físicas está regulado y limitado por unas reglas y, en el fondo, por las exigencias del «ethos» de la deportividad, el honor y el amor al «juego limpio». Tal es el caso de los antiguos torneos caballerescos y de las modernas competiciones deportivas regidas por el espíritu lúdico. Aquí los participantes o contendientes no tienen la condición de enemigos sino la de adversarios, contrincantes o competidores. En esta lucha lo que más importa no es tanto el resultado (ganar o perder) como el respeto a las reglas y la «limpieza» en el juego. El *ethos agónico* de lo lúdico, de la deportividad, supone en suma la igualación o equiparación entre el ganar con nobleza y el saber perder con dignidad, honor y elegancia (38).

2. La guerra (*pólemos*) supone el enfrentamiento entre enemigos (*hostes*) con el fin de neutralizar al contrario (*guerra convencional* que debe ajustarse a una serie de principios y normas ético-jurídicas, conservando todavía cierto elemento o dimensión agonal) (39) o, en su versión extrema, aniquilar al enemigo (*guerra de exterminio o guerra total*, en la que desaparece todo elemento agonal y con ello el respeto a las leyes de la guerra, al código de honor y a la condición humana y dignidad del enemigo). Aquí los contendientes dejan de ser enemigos en el sentido todavía noble de adversarios, donde la enemistad es aún compatible con el respeto a los principios y las normas ético-jurídicas y, con ello, al reconocimiento de la dignidad del contrario. En la guerra total o de exterminio la enemistad surgida de la rivalidad es sustituida por el odio que transforma a los contendientes en enemi-

cierta el duelo entre Menéalo y Paris, con el fin de poner fina a la guerra, el anciano Príamo, rey de Troya, exclama: «Oídme, troyanos y aqueos de hermosas grebas. Yo me iré de vuelta a la ventosa Ilión porque no soportaré ya ver en los ojos a mis hijos luchando contra Menéalo, amado de Ares, y sólo Zeus y los otros dioses inmortales saben para cual de los dos tiene fijado el destino el fin de la muerte.» HOMERO, *Iliada*, III, 300.

(38) J. HUIZINGA, *op. cit.*, págs. 147, 148, 166, 167, 173 a 181 y 184 a 189.

(39) Quizá una de las últimas manifestaciones de este tipo de guerra haya sido la guerra aérea entre los alemanes (escuadrilla del Barón Manfred von Richthofen) y los aliados, al comienzo de la Primer Guerra Mundial.

gos irreconciliables, en enemigos mortales. En la guerra total al pugna se convierte en una lucha desesperada y cruel por la supervivencia y el enemigo se configura, en palabras de Carl Schmitt, como «una totalidad de hombres situada frente a otra análoga que lucha por su existencia» (40). En la guerra total la voluntad de vencer, impulsada por el odio, degrada la lucha a la condición de «guerra sucia». «La teoría de la guerra total —escribe Huizinga— ha renunciado al último resto de lo lúdico en la guerra y, con ello, a la cultura, al Derecho y a la humanidad en general» (41).

b) La lucha intelectual o dialéctica

En la lucha dialéctica el arma fundamental para decidir el resultado de la misma es la inteligencia, la razón; el mayor grado de conocimientos y la superior habilidad en la utilización de los mismos. La clave del éxito en éste ámbito reside, en gran medida, en el arte de la argumentación y en el manejo oportuno de los diferentes recursos retóricos. Así sucede, por ejemplo, en la contienda o *proceso judicial* —al que Huizinga le reconoce un carácter agonial (42)— y en el desarrollo de las pruebas o ejercicios en que se articulan las *oposiciones o concursos* que permiten el acceso a determinados cuerpos de la administración (cátedra, judicatura, notarías, etc.).

2. Funciones de la aleatoriedad en el Derecho

La aleatoriedad en el Derecho se manifiesta de diferentes formas y el resultado del hecho aleatorio sirve como respuesta a las cuestiones o preguntas que a diario plantea la dinámica de la vida social. Esas cuestiones compren-

(40) SCHMITT, C. *El concepto de la política*, en el vol. «Estudios políticos», trad. esp. De F. Javier Conde, Ed. Doncel, Madrid, 1975, pág. 101.

En otro lugar escribe C. Schmitt: «El enemigo es, en un sentido singularmente intenso, *existencialmente*, otro distinto, un extranjero, con el cual caben, en caso extremo, *conflictos existenciales*», *Ibid.*, pág. 98. Y añade Schmitt más adelante: «Implica el concepto de enemigo la posibilidad, existente en la realidad, de una contienda armada, o sea de una guerra (...). El concepto del amigo, del enemigo y de la guerra adquieren su acepción real cuando se refieren a la posibilidad real de matar físicamente y la mantienen. La guerra nace de la hostilidad, porque ésta *entraña la negación esencial de otro ser*. La guerra no es sino la realización extrema de la hostilidad». *Ibid.*, pág. 107. Véanse las págs. 99 a 102, 106, 107, 110, 122 y 123.

Sobre esta temática véase también F. JAVIER CONDE, *Introducción al Derecho político actual*, Madrid, 1953, en especial las págs. 220, 221 y 227 a 230.

(41) J. HUIZINGA, *op. cit.*, pág. 166. Véanse las págs. 150, 151, 173 a 177, 180 y ss.

(42) *Ibid.*, págs. 148 y ss., 154 a 158, 162 y ss., 169 a 171.

den un amplio espectro de problemas que pueden compendiarse en las siguientes preguntas: ¿Quién?, ¿qué?, ¿cómo?, ¿cuándo?, ¿dónde?... etc. A la vista de ello podemos colegir que el hecho aleatorio cumple en la vida jurídica una pluralidad de funciones, entre las cuales cabe destacar:

A. *Determinación de sujetos de Derecho*

A este respecto cabe indicar:

a) La designación de la persona o personas que, en virtud de sorteo, elección o concurso han de ocupar determinados cargos o magistraturas o desempeñar ciertas funciones (elección de diputados y concejales; designación, mediante sorteo, de quienes han de integrar el jurado o formar parte de las mesas electorales; selección en virtud de oposición o concurso de los funcionarios públicos...etc.).

b) La determinación del titular de un *derecho subjetivo*. Por ejemplo, el derecho a recibir o cobrar un premio ganado en un juego de azar (lotería, rifas, etc.) jurídicamente institucionalizado.

c) La distribución e imputación, mediante sorteo, del *deber* de cumplir determinadas funciones o servicios o soportar ciertas *cargas* exigidas por el bien de la comunidad. Así, por ejemplo, los deberes de prestar el servicio militar, de formar parte de un jurado y de las mesas electorales... etc.

B. *Determinación de objetos o cosas*

Se trata aquí del señalamiento o fijación, mediante sorteo, de ciertas materias o asuntos. Así por ejemplo:

a) El sorteo de las causas judiciales a resolver entre los diferentes tribunales (43).

b) Hecha la partición de la herencia, sorteo del lote o hijuela que corresponde a cada heredero o sorteo del orden según el cual los herederos podrán elegir su parte o cuota hereditaria.

c) En una jornada cinegética sorteo de los puestos que corresponden a cada cazador.

d) En los festejos taurinos, determinación, mediante sorteo, del toro o toros que ha de lidiar cada diestro.

(43) ARISTÓTELES, *La Constitución de Atenas*, núms. 53, 5 (pág. 179), 56, 6 (pág. 191).

C. *Determinación de las circunstancias (tiempo, lugar y forma) en que han de realizarse determinados actos*

Tal sería el caso de la decisión, mediante sorteo, —entre los obligados a prestar servicio militar—, de las siguientes cuestiones de:

- a) *Tiempo*: Sorteo de los turnos de guardia en una unidad.
- b) *Lugar*: Sorteo de las plazas o lugares donde ha de prestarse el servicio.
- c) *Forma*: Adscripción de los soldados, mediante sorteo, al ejército (tierra, mar o aire) y arma en los que han de prestar su servicio.

D. *Solución de conflictos*

En el supuesto de un conflicto de intereses o pretensiones el Derecho ha brindado siempre cauces o procedimientos en los que la solución del conflicto depende de un hecho aleatorio. Aquí cabe distinguir, en función de la evolución y del progreso históricos, dos grandes vías o procedimientos: La apelación a fuerzas sobre humanas o extrahumanas y el recurso a potencias humanas.

a) La apelación a fuerzas sobrehumanas o extrahumanas

Se trata aquí de procedimientos del pensamiento mágico-religioso, propios del mundo antiguo, en los que la búsqueda de la solución justa se hace depender de la voluntad divina que se manifiesta a través del hado, del destino, de los «juicios de Dios» (44).

Esto sucede cuando se ve la expresión de la voluntad divina en alguno de los siguientes hechos o sucesos:

- a) La sentencia o juicio de un oráculo o adivino (45).
- b) La apertura al azar de las obras de los poetas (Ilíada, Eneida...) o del libro sagrado (Biblia, Corán...) e interpretación e indagación en las primeras palabras que se ofrecen a la vista el sentido y la solución que se busca (46).
- c) «Echar a suertes» mediante dados, bolas numeradas, cartas o cualquier otro instrumento de carácter aleatorio, técnica empleada desde la an-

(44) J. HUIZINGA, *op. cit.*, págs. 150, 151, 154 y 155.

(45) *Ibid.*, págs. 150 y 151.

(46) *Ibid.*, págs. 150 a 156, 167 y 168.

tigüedad para adivinar el porvenir u otro suceso o acontecimiento ignoto (47).

d) La práctica de «ordalías» (48).

e) El resultado de una lucha (competición o guerra) o de una contienda judicial (49).

Este estado de cosas, por lo que hace al mundo antiguo e incluso medieval, puede resumirse en las siguientes palabras de J. Huizinga: «Las ideas de la voluntad de Dios, de la fatalidad de la suerte se hallan completamente mezcladas. La balanza de la justicia —símbolo de origen homérico— es la balanza de la incierta perspectiva de ganancia. Ni asomos hay, todavía, de una victoria de la verdad ética, de que el Derecho pese más que la injusticia» (50). Y añade Huizinga: «En una fase cultural en que la contienda judicial, la suerte, los juegos de azar, la apuesta, el reto, la lucha y la decisión divina se hallan comprendidas, como cosa sagrada, en la misma esfera conceptual, tal como tratamos de definirla anteriormente, también la guerra, por su naturaleza, tenía que entrar en esa esfera. Se hace la guerra para obtener, mediante la prueba de ganarla o perderla, una decisión de valor sagrado. En lugar de la contienda judicial de los dados o el oráculo por suerte, que pueden manifestar de igual modo la voluntad de los dioses, se escoge el poder de las armas. El desenlace pondrá en claro la sentencia de la divinidad, del destino» (51).

b) El recurso a potencias humanas

Estas potencias humanas son básicamente las constituidas por la fuerza física y la destreza, de un lado, y la razón (discurso racional), de otro lado.

(47) *Ibid.*, págs. 150, 151, 153, 154 a 156, 167 y 168.

(48) *Ibid.*, pág. 168.

(49) *Ibid.*, págs. 167 a 169.

(50) *Ibid.*, pág. 152. Más adelante añade Huizinga: «Zeus sostiene la balanza de la justicia divina, los titanes juegan a los dados la suerte del mundo. La palabra de Dios habla por el resultado de una prueba de fuerza o de una lucha por las armas del mismo modo que por los dados. Tiene profundas raíces en el pasado y en el alma humana el hecho de echar las cartas. La lucha por las armas se acompaña, a veces, de un juego de dados. Mientras los hérulos luchan con los longobardos, el rey está sentado sobre un tablero, y también en la tienda de campaña del rey Teodorico, en Quierzy, se juega a los dados». *Ibid.*, pág. 154.

(51) *Ibid.*, págs. 167 y 168. Véanse las págs. 154 y 155.

1.º El recurso a la fuerza y a la destreza física

La solución del conflicto de intereses o pretensiones se hace depender en este caso del resultado de un juego de fuerza y destreza físicas que puede revestir las formas de torneo, duelo (*agón*) y guerra (*pólemos*) (52).

Una cierta racionalización supone la sustitución de la guerra (*pólemos*) por un duelo o competición (*agón*) con el fin de evitar el extremado coste en vidas humanas y todo tipo de recursos (53).

Un ejemplo de ello lo encontramos en la *Iliada*, en el duelo entre Menelao y París (Alejandro) con el fin de poner fin a la sangrienta guerra de Troya, evitando más muertes y calamidades. Ante los reproches de Héctor a París de ser éste el causante de aquella guerra y de retraerse en el combate frente a Menelao, París (Alejandro) reacciona y dice: «Pero si quieres que yo luche y pelee, haz que se sienten los demás troyanos y todos los aqueos, y haced que Menelao amado de Zeus y yo entremos en combate por la posesión de Helena y todos sus tesoros. Y el que de los dos venciere y resultare más fuerte, que con justicia coja a la mujer y todos sus tesoros y se la lleve a casa. Y en cuanto a los demás, una vez hechos los juramentos de lealtad y amistad, vosotros podéis continuar viviendo en Troya la de fértil gleba, y ellos que regresen a Argos la criadora de caballos y a Acaya la de bellas mujeres» (54).

Pareciendo razonable la propuesta de París, Héctor, en medio de los dos bandos, dijo: «Oídme, troyanos y aqueos de hermosas grebas, las palabras de Alejandro, por quien surgió la contienda. A los demás troyanos y a todos los aqueos los invita a depositar las hermosas armas sobre la tierra nutritora de muchos mientras él y Menelao amado de Ares combaten solos entre los dos bandos por la posesión de Helena y todos sus tesoros. Y el que de los dos venciere y resultare el más fuerte, que con justicia coja a la mujer y todos sus tesoros y se la lleve a casa, y que los demás hagamos los juramentos de lealtad y amistad» (55).

En esta línea de pensamiento recuerda Huizinga: «La guerra entre las dos ciudades de Eubea, Calcis y Eretría, que tuvo lugar en el siglo VII, transcurrió, según la tradición, en forma de competición. Un convenio solemne, en que se fijaban las reglas del combate, se depositó en el templo de Artemisa. Se fijaban tiempo y lugar del encuentro. Se prohibían todas las armas arroja-

(52) Ibid., págs. 154 a 157, 167, 168, 171 a 176 y 180.

(53) Ibid., págs. 168 a 171.

(54) HOMERO, *Iliada*, III, 70. Véanse los números 30 y ss.

(55) Ibid. III, núm. 90, véanse también los núms. 100 y ss., en especial el 250.

dizas como la jabalina, el arco y la honda, y sólo se permitían la espada y la lanza» (56).

2.º La apelación a la razón

Se trata de abandono de la fuerza física, de la violencia, recurriendo a la razón (sabiduría, prudencia, etc.) con el fin de encontrar una solución pacífica y razonable, justa, del problema o conflicto planteado.

Ello supone un proceso de racionalización y perfección técnica y ética de la vida social y jurídica que cristaliza en dos instituciones jurídicas fundamentales: el arbitraje y el proceso judicial (57). No obstante ese proceso de racionalización y perfección técnica y ética al que hemos aludido la aleatoriedad no desaparece de dicho proceso. El contenido de la decisión (laudo o sentencia) que resuelve el litigio es siempre aleatorio, con independencia de que el órgano que decida sea unipersonal o colegiado (58).

A este respecto Huizinga ha subrayado la relación etimológica existente entre administrar justicia y probar la suerte («echar a suertes»). En este sentido escribe: «La contienda jurídica puede ser considerada como un juego de azar, pero también como una carrera o una pugna de palabras. El proceso es una pugna por quién tendrá el derecho, por ganar y perder» (59). Para Huizinga existe una clara conexión primitiva entre Derecho, suerte y juego de azar (echar a suertes). En relación con ello, indica: «Parece revestir especial importancia el que, en las monedas, la figura de Diké y la de Tyché —la suerte incierta— se confunden. También Tyché sostiene la balanza. “Esto —añade citando a Harrinson (*Themis*, pág. 528)— no supone un sincretismo posterior de estas figuras, sino que ambas parten de una misma concepción y luego se diferencian”» (60).

Debe advertirse que esa posterior distinción entre Diké y Tyché no privó a la decisión judicial (unipersonal o colegiada) de su dimensión aleatoria, al menos desde la perspectiva de los justiciables. Esto explica, por ejemplo, la sorpresa de Sócrates ante la pequeña diferencia de votos por la que fue con-

(56) J. HUIZINGA, *op. cit.*, pág. 175. Sobre esta cuestión véase A. MONTORO BALLESTEROS, *Conflicto social, Derecho y Proceso*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Murcia, Murcia, 1980, págs. 25 a 28.

(57) A. MONTORO BALLESTEROS, *op. cit.*, págs. 28 a 33; 37 y ss., así como la bibliografía citada en las mismas.

(58) En el órgano colegiado la decisión se adopta por votación, cfr. A. NIETO, *El arbitrio judicial*, Ed. Ariel, Barcelona, 2000, pág. 203 y ss.

(59) J. HUIZINGA, *op. cit.*, pág. 150.

(60) *Ibid.*, pág. 153, véanse las págs. 149 y ss., 157, 158, 167, 168 y 180.

denado. A este respecto declara Sócrates: «No me irrita, atenienses, que me hayáis condenado, entre otras cosas y principalmente, porque lo esperaba, aunque sí me ha sorprendido el número de votos a favor y en contra. No creía, efectivamente, que se me iba a condenar por tan poco número de votos de diferencia, sino por una gran mayoría. Por lo visto, con treinta votos más a mi favor, habría quedado absuelto (61).

III. ALEATORIEDAD Y FINES DEL DERECHO

1. Derecho, racionalidad y aleatoriedad

Partiendo de la idea de la racionalidad del Derecho (*lex* como «*ordinatio rationis*»), según la conocida fórmula de Tomás de Aquino) cuya función se explica y justifica como cauce, medida y límite del obrar humano (62), se

(61) PLATÓN, *Apología de Sócrates*, II Parte, cap. XXV. «A favor de la absolución de Sócrates votaron 220 jueces y a favor de la condena 280. Si 30 de estos últimos hubieran cambiado su voto, Sócrates habría sido absuelto, pues, en caso de empate, se decidía a favor del acusado». E. López Castellón, nota 45 a la *Apología de Sócrates*, Espasa Calpe, Madrid, 1991, pág. 101. Véase A. TOVAR, *Vida de Sócrates*, 3.^a ed., Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1966, págs. 361, 362 y 373.

Aristóteles nos explica, con todo detalle, los procedimientos de votación de los tribunales según las causas. En unas (condenas de ostracismo y condenas por delitos de traición) la votación era pública y se hacía alzando el brazo; en otras, mediante votación secreta depositando los votos en dos ánforas, una de bronce y otra de madera, siendo los votos depositados en el ánfora de bronce los que decidían. ARISTÓTELES, *La Constitución de Atenas*, núms. 43, 5 (pág. 157), 59, 2 (pág. 197), 68, 1, 2 y 3 (págs. 217 y 219).

(62) Garrigues ha insistido en la idea de que *el Derecho es el arte de trazar límites*, los cuales por exigencias de la seguridad jurídica han de ser claros y precisos. Dice Garrigues: «Quise ser siempre claro en mis libros y en mis explicaciones, pensando que la “claridad” no es sólo la cortesía del filósofo, sino que es, también, la cortesía del jurista. Pienso que una idea no puede ser jurídica sino en cuanto sea clara, porque el Derecho es el arte de trazar límites, y el límite no existe si no es claro.» J. GARRIGUES, *Hacia un nuevo Derecho mercantil* (Escritos, lecciones y conferencias), Ed. Tecnos, Madrid, 1971, pág. 351.

En otro lugar reitera Garrigues: «El Derecho, como vamos a ver, es ciencia y arte al mismo tiempo, y el ser arte exige «claridad en el jurista, pues siendo el Derecho el arte de trazar límites, no puede existir el límite más que cuando sea claro». Y añade más adelante: «Interpretando las normas, esclareciendo o decidiendo conflictos de intereses, el abogado persigue la forma verbal que sea más inteligible para el cliente o para el juez. Busca la palabra terminante, decisiva, cabal, pues una idea no puede llamarse jurídica sino en cuanto sea clara. Busquemos la claridad no sólo porque ella es esencial al arte del Derecho —como arte de poner límites— sino por simple amor de claridad. Que sea vuestro lenguaje vestido transparente del pensamiento. Seamos, en fin, de aquel linaje de que nos hablaba GOETHE cuando dice: “Yo me

plantea el problema de cómo pueden armonizarse las categorías de la *racionalidad* (que supone conocimiento, cálculo, medida) y la *aleatoriedad* (que aquí implica casualidad, incertidumbre, inseguridad) que es algo extra o pararracional y que por ello mismo escapa a las posibilidades del conocimiento racional.

A primera vista parece que la remisión del Derecho a la aleatoriedad implica dos cosas:

Primera: El paso o salto del *orden ético* (que supone racionalidad, libertad y moralidad) al *orden físico natural* que es un orden causal y, por ello mismo, necesario y amoral.

Segunda: La contradicción entre la aleatoriedad, de un lado, y la seguridad jurídica y la justicia, en cuanto fines del Derecho, de otro lado. *Contradicción con la idea de seguridad* porque, por esencia, la aleatoriedad implica incertidumbre, inseguridad. *Contradicción con la idea de justicia* porque ésta supone racionalidad, valoración, cálculo y medida según un criterio de igualdad y la aleatoriedad (el hecho aleatorio, en cuanto suceso incierto y contingente) es algo extra o pararracional que escapa a toda posibilidad de medida y control. Esto es, lo aleatorio se configura como algo «arbitrario», como algo no sometido a regla o medida.

Ante esta situación hay que preguntarse: ¿qué naturaleza y sentido tiene la referencia del Derecho a la aleatoriedad?, ¿cómo ha de entenderse la relación entre aleatoriedad y Derecho?

A mi modo de ver la referencia del Derecho a la aleatoriedad, la conexión entre aleatoriedad y Derecho, tiene el sentido y la función de hacer de la aleatoriedad un *instrumento al servicio de la justicia*; esto es, servirse de la aleatoriedad como medio para la realización de la justicia.

2. La aleatoriedad como instrumento de la justicia

La comprensión de la aleatoriedad como instrumento de la justicia es algo que hay que plantear y entender en función del proceso de evolución y desarrollo del pensamiento humano; en función de ese proceso —ya señalado— que va, como indicó W. Nestle, del «*mito*» (pensamiento mítico, mágico-religioso) al «*logos*» (pensamiento lógico, racional) (*Vom Mythos zum Logos*).

declaro del linaje de esos que de lo oscuro hacia lo claro aspiran”» J. GARRIGUES, *Temas de Derecho vivo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1978, pág. 357.

A. *Aleatoriedad y justicia en el pensamiento mítico*

El pensamiento mágico-religioso, envuelto por la idea de «misterio», está movido por la pretensión de desvelar y conocer el enigma, el secreto constituido por el hado, el destino, la voluntad de los dioses, a lo cual se asocia el conocimiento y la realización de la justicia. Con el fin de desvelar y conocer esa realidad misteriosa el pensamiento mítico se sirvió de diferentes recursos aleatorios, a los que ya hemos hecho mención: la consulta a oráculos y a augures, la práctica de juegos de azar (dados, cartas, pruebas de fuerza, etc.), de ordalías y juicios de Dios, el ofrecimiento de sacrificios con la finalidad no tanto de descubrir la voluntad de los dioses como de hacerlos propicios a sus pretensiones. Piénsese, por ejemplo, en el sacrificio de Ifigenia por Agamenón, su padre, antes de partir a la guerra de Troya, para favorecer la victoria de los griegos (63).

B. *Aleatoriedad y justicia en el pensamiento lógico*

En el pensamiento puramente lógico, racional, subsiste el recurso a técnicas o métodos aleatorios (desprovistos aquí de todo halo misterioso, de toda significación mágico-religiosa) que se configuran como meros instrumentos de los que se sirve el Derecho para mejor satisfacer las exigencias de la seguridad jurídica y de la justicia (64). Veamos cómo sucede ello.

a) *Aleatoriedad y seguridad jurídica*

El proceso de evolución y perfeccionamiento del Derecho, desde un punto de vista técnico-formal, supone el paso de un Derecho inseguro (el Derecho antiguo) a un Derecho más seguro (el moderno Derecho escrito, publicado, codificado, etc.), capaz de introducir certeza en el orden de la vida social (65). Con todo, la vida humana discurre continuamente a través de situaciones de riesgo (posibilidad de sufrir daños patrimoniales y personales:

(63) Cfr. J. HUIZINGA, *op. cit.*, págs. 150 a 154, 158 y ss., 167 y ss. y 180.

(64) Debe advertirse que la seguridad jurídica constituye una dimensión constitutiva de la justicia de manera que, aunque la seguridad pueda existir sin la justicia (cabe imaginar un orden político-social seguro pero injusto), la justicia no puede existir sin seguridad. Un orden social y político inseguro es ya de por sí, por la mera ausencia de seguridad, un orden injusto. Sobre esta cuestión véase mi *Sistema de Teoría Fundamental del Derecho*, Tomo I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 207, 208, 248 y ss.

(65) A. MONTORO BALLESTEROS, *Sistema... cit.*, en especial págs. 208 a 245.

lesiones, enfermedades, muerte...) que generan inseguridad. Frente a ello, y puesto que se trata de sucesos aleatorios (futuros, inciertos...), el Derecho ha creado instrumentos técnicos que permiten al hombre protegerse, asegurarse frente a esos riesgos. Ello lo ha hecho sobre la base del estudio científico (cálculo estadístico y actuarial) de las posibilidades de que se produzcan los daños que las situaciones de riesgo implican. Un instrumento técnico creado por el Derecho para hacer frente a las situaciones de riesgo ha sido el *contrato de seguro*, en sus diferentes ramas y modalidades. El contrato de seguro hace del riesgo (posibilidad de sufrir un daño) la causa de dicho contrato. Como explica Garrigues, la posibilidad de que ocurra un hecho dañoso genera una «situación o estado de riesgo» (66), siendo ese «estado de riesgo», la incertidumbre convertida en inseguridad, la que induce (al hombre) a contratar un seguro. El seguro —añade Garrigues— es el remedio jurídico de lo inseguro» (67). La razón de ser del seguro, insiste Garrigues, está en la existencia de un riesgo cierto y en el deseo de preservarse frente a él (68).

Debemos aclarar que al constituir la seguridad jurídica una dimensión constitutiva de la justicia, según hemos explicado ya, el contrato de seguro no sólo sirve al valor de la seguridad sino también, en última instancia, a la justicia en sus diferentes formas o especies (69). De ahí que como mejor puedan ser entendidos y explicados la significación, las funciones y la virtualidad últimas del contrato de seguro quizá sea al plantearlas desde los supuestos más amplios de la justicia (en especial de la justicia conmutativa integrada, complementada, con la idea de justicia social).

b) Aleatoriedad y justicia

La aleatoriedad puede contribuir a la realización de la justicia de dos formas diferentes:

Primera: Determinando directamente lo que en una concreta situación debe valer como justo. Tal es lo que sucede, por ejemplo, en el reconocimiento y atribución al ganador del premio obtenido en un juego de azar (lotería, quinielas, etc.). Algo similar ocurre en la designación del titular de ciertas magistraturas o cargos públicos mediante sorteo o sufragio. A ello ya

(66) J. GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, cit., págs. 11 y ss.

(67) *Ibid.*, pág. 113, véanse las págs. 113 y ss.

(68) *Ibid.*, págs. 111 a 114.

(69) Ello lo hace a través del complejo mecanismo de la explotación en masa del seguro, por parte de las empresas aseguradoras, y el correspondiente juego de compensaciones. Cfr. J. GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, cit., págs. 18 y ss. y 45.

hicimos referencia desde una perspectiva fundamentalmente histórico-doctrinal y a ello tendremos nuevamente que referirnos al considerar las relaciones existentes entre aleatoriedad e igualdad como exigencia de la justicia.

Segunda: Creando las condiciones adecuadas para favorecer o hacer posible la mejor realización de la justicia.

Esto nos lleva a distinguir, de un lado, las relaciones entre aleatoriedad e igualdad y, de otro lado, las relaciones entre aleatoriedad e imparcialidad.

1. Aleatoriedad e igualdad

En determinados supuestos la remisión a un recurso aleatorio, al reconocer y garantizar la igualdad (criterio y medida de lo justo), tiene como resultado la realización de la justicia. Ello acontece tanto en el ámbito del Derecho privado como en el del Público.

En el *Derecho privado*, por ejemplo, hecha la partición de la herencia la justa distribución de la misma queda garantizada mediante el sorteo de las hijuelas entre los herederos o el sorteo del orden de prelación según el cual los herederos deben proceder a elegir la cuota o parte de la herencia que les corresponde.

En el ámbito del *Derecho público*, constituyendo la igualdad (*isonomía*) un requisito esencial de la democracia, la designación de cargos o magistraturas y la distribución de funciones mediante *sorteo*, *elección*, o la combinación de ambos (*sistema mixto*), es un procedimiento que garantiza la justicia y la legitimidad del proceso de selección de las personas y de la distribución de las cargas, deberes y derechos (70).

La igualdad que garantizan los procedimientos indicados corrige y se complementa con la rotación en el ejercicio de cargos y funciones. Ésta supone limitar el número de veces que una misma persona puede desempeñar el mismo cargo y ejercer determinadas funciones con el fin de abrir y facilitar el acceso del mayor número posible de ciudadanos al desempeño de cargos y al ejercicio de funciones públicas (71).

2. Aleatoriedad e imparcialidad

En otros muchos supuestos el resultado justo (la justicia) no puede ser la consecuencia directa de un hecho o suceso aleatorio sino que tiene que ser el

(70) Sobre este punto véase J. J. ROUSSEAU, *op. cit.*, Lib. IV, cap. 3.

(71) Así, por ejemplo, el desempeño de la pritanía en Atenas, cfr. ARISTÓTELES, *La Constitución de Atenas*, cit., núm. 43, 2 (págs. 155 y 156).

producto de un acto racional y libre de la persona humana. Ese acto (juicio prudencial) supone la indagación y conocimiento de los hechos y las circunstancias que constituyen la cuestión a decidir, así como de los criterios o normas de acuerdo con las cuales ha de decidirse. Exige también una valoración de los mismos y, por último, una prudente decisión que resuelva el problema o conflicto planteado.

Ahora bien, para que esa decisión sea justa es necesaria, entre otras cosas, la imparcialidad de quien decide. La imparcialidad es una exigencia de la justicia que requiere igualdad tanto en la consideración de las personas como en la valoración de las cosas.

La idea de decisión imparcial plantea algunos problemas pues, como observa Aristóteles, ser imparcial es fácil, cuando no se conocen las personas implicadas en el conflicto, y difícil cuando son conocidas, sobre todo tanto si son amigas como enemigas (72). Ello explica que en los supuestos en los que la realización de la justicia es en esencia el resultado de un complejo proceso racional de enjuiciamiento (juicio prudencial), tanto de las personas como de las cosas, el Derecho se abra a la aleatoriedad (incorpore el uso de métodos aleatorios) con el fin de crear las condiciones adecuadas para facilitar la imparcialidad de la decisión. Dichos recursos aleatorios, insistimos, no garantizan la imparcialidad pero contribuyen a hacerla posible.

Aristóteles, al estudiar la *Constitución de Atenas*, y, concretamente, el funcionamiento de la administración de justicia, analiza minuciosamente como dicha constitución combina sabiamente, en un complejo procedimiento, las técnicas del sorteo y la votación para facilitar la imparcialidad de los tribunales y, con ello, la justa decisión de las causas por parte de los mismos.

Los principios aleatorios que informaban la constitución de Atenas en relación con la administración de justicia fueron los siguientes:

1. La designación de los jueces mediante sorteo (73).
2. La adscripción de los jueces a cada uno de los tribunales existentes mediante un complejo proceso de votación secreta que impedía: de un lado, que los jueces conociesen quienes (mediante su voto) habían decidido su adscripción a un determinado tribunal y, de otro lado, que los votantes ignorasen a quien o a quienes habían favorecido con su voto (74).

(72) Indica Aristóteles que la justicia implica igualdad pero que «la igualdad no se comporta de la misma manera en la justicia y en la amistad». ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Lib. V, cap. 3, 1131b y Lib. VIII, cap. 9, 1160a; *Política*, Lib. III, caps. 9 y 12.

(73) ARISTÓTELES, *La Constitución de Atenas*, núms. 53 (pág. 177 y ss.), 62 (pág. 203) y 63 (pág. 205 y ss.).

(74) *Ibid.*, núms. 63, 4 y 64 (págs. 207 y 209).

3. El reparto, mediante sorteo, de las causas judiciales entre once tribunales existentes (75).

En nuestros días dichos procedimientos aleatorios conservan su virtualidad para hacer posible la imparcialidad y facilitar así el triunfo de la justicia. Ejemplos de ello tenemos en los siguientes supuestos pertenecientes a la vida académica y administrativa:

1. El sorteo de los miembros que han de integrar el tribunal de deber juzgar un concurso u oposición.

2. El sorteo del orden de actuación de quienes participan en un concurso u oposición.

3. La elección, mediante sorteo, de los temas o preguntas que han de desarrollarse tanto en un examen ordinario como en un concurso u oposición.

4. En el supuesto de ejercicios o pruebas escritas la adopción de técnicas (sistema de plicas y otros conocidos) que garantizan el anonimato de los ejercicios y, además, el reparto aleatorio (mediante sorteo o cualquier otro método) de los mismos entre quienes han de calificarlos.

Insistimos que en estos casos y en otros semejantes el sorteo y cualquier otra técnica aleatoria que pueda emplearse no garantizan la justicia del resultado pero sí contribuyen a crear las condiciones que hacen posible la imparcialidad de la decisión que resuelve el problema y ello favorece, en todo caso, el triunfo de la justicia.

(75) *Ibid.*, núms. 56, 6 (pág. 191), 57, 2 y 3 (pág. 193) y 58 (pág. 195).