

EL SORTEO COMO FORMA DE ADOPCIÓN DE DECISIONES PÚBLICAS: CARACTERIZACIÓN GENERAL Y UNA DISCRETA APOLOGÍA

LOTTERIES IN PUBLIC DECISION MAKING: GENERAL CHARACTERIZATION AND A MODEST APOLOGY

Juan María Martínez Otero

Profesor titular

Departamento de Derecho Administrativo y Procesal.

Universidad de Valencia

RESUMEN: El presente trabajo analiza el sorteo como procedimiento de adopción de decisiones públicas, poniendo el acento en las decisiones administrativas. El artículo se abre con un marco descriptivo, que define y clasifica los diferentes tipos de sorteos. A continuación, presenta las finalidades perseguidas por esta técnica de decisión, y analiza sus principales ventajas e inconvenientes. El estudio se cierra con un epígrafe de carácter propositivo, en el que, mediante algunos ejemplos, se reivindica la oportunidad de recurrir más frecuentemente a este procedimiento de adopción de decisiones jurídico-públicas.

PALABRAS CLAVE: sorteo; aleatoriedad; adjudicación de recursos; toma de decisiones; políticas públicas; eficiencia; igualdad.

ABSTRACT: This paper analyses lotteries as a public decision-making procedures, with an emphasis on administrative decisions. The article opens with a descriptive framework, which defines and classifies the different types of lotteries. Next, it presents the purposes pursued by this decision-making technique and analyses its main advantages and disadvantages. The study closes with a propositional section in which, by means of a few examples, the opportunity to resort more frequently to this legal-public decision-making procedure is claimed.

KEYWORDS: lottery; randomness; resource allocation; decision making; public policy; efficiency; equity.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. LOS SORTEOS EN EL DERECHO PÚBLICO: CONCEPTO Y TIPOLOGÍA.— 3. ¿PARA QUÉ SE RECORRE A LOS SORTEOS? 3.1. Asignar recursos escasos o imponer cargas necesarias; 3.2. Decidir quién decide; 3.3. Garantizar la objetividad y la eficacia de ciertas actuaciones de policía, 3.4. Dirimir conflictos; 3.5. Otras finalidades.— 4. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LOS SORTEOS: 4.1. El sorteo evita interferencias... pero es irracional, previene la deliberación y deslegitima la decisión; 4.2. El sorteo garantiza la igualdad... pero impide atender a diferencias relevantes; 4.3. El sorteo es eficiente... pero puede dar lugar a ineficiencias, 4.4. El sorteo genera incentivos positivos y previene negativos... pero también previene incentivos positivos y genera negativos; 4.5. El sorteo evita la presunción y el estigma... pero al precio de vaciar la libertad; 4.6. El sorteo excluye responsabilidades... pero elimina la imputación, la motivación y la previsibilidad de las decisiones públicas.— 5. DISCRETA APOLOGÍA DE LOS SORTEOS EN EL ÁMBITO PÚBLICO: 5.1. El sorteo y la despolitización: el Consejo General del Poder Judicial; 5.2. Sorteos, méritos y métricas: el acceso a los estudios de Medicina; 5.3. El sorteo, la igualdad de trato y la construcción de comunidad: el acceso a beneficios sociales y la elección de docencia; 5.4. El sorteo ponderado como solución de compromiso: la adjudicación de plazas en centros escolares de la red pública.— 6. CONCLUSIÓN.— BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

La iconografía clásica representa a las diosas Justicia y Fortuna con una venda en los ojos. Ambas vendas tienen connotaciones bien diversas: mientras Fortuna es ciega por volátil, caprichosa y arbitraria, Justicia debería serlo por imparcial y objetiva, por insobornable.

Estas diferencias aparentemente irreconciliables entre Fortuna y Justicia, suerte y Derecho, explican que el recurso al azar como forma de adopción de decisiones con efectos jurídicos goce de poco prestigio. En efecto, ¿qué puede haber de razonable, de predecible, de ponderado, de justo, en “echar algo a suertes”? ¿No es el sorteo, precisamente, una abdicación de la razón, también de la razón jurídica?¹

Pues bien, contra lo que pudiera parecer, la técnica del sorteo como forma de adopción de decisiones en el ámbito jurídico-público ha sido una constante a lo largo de la historia, y sigue presente en numerosos sectores de los ordenamientos jurídicos contemporáneos². Espigando tan solo algunos ejemplos, cabe referir la elección de miembros para el tribunal del jurado o una mesa electoral; el desempate en procesos electorales; la asignación de plazas en centros escolares sobredemandados; o la determinación de qué personas o locales serán objeto de una inspección.

A pesar de su quizá residual pero constante presencia como forma de adopción de decisiones en el ámbito del Derecho público, la técnica del sorteo ha merecido muy

¹ MONTORO incide en la dificultad de armonizar las categorías de *racionalidad* (que supone conocimiento, cálculo, medida) y *aleatoriedad* (que aquí implica casualidad, incertidumbre, inseguridad) en “La aleatoriedad en el Derecho y el problema de la justicia”, *Revista de estudios políticos*, núm. 128, 2005, p. 53.

² Deborah BENNET, *Randomness*, Harvard University Press, Cambridge, 1999, pp. 17-44. Sobre el recurso a los sorteos en diferentes sistemas políticos y jurídicos del pasado, véase: Jon ELSTER, *Solomonic Judgements*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, pp. 79 y ss.

escasa atención por la doctrina iusadministrativa en lengua castellana. En efecto, la mayoría de estudios en la materia proviene del ámbito anglosajón, y de disciplinas como la Filosofía política —que ha estudiado el sorteo como forma de selección de representantes—, la Economía —al ocuparse de la elección racional— y la Bioética —preocupada por la asignación de recursos médicos escasos—.

El presente trabajo pretende colmar esta laguna doctrinal, ofreciendo una aproximación al sorteo como procedimiento de adopción de decisiones en el Derecho público. Aunque muchas de las fuentes a las que se recurre son del ámbito anglosajón, el análisis y las propuestas que ofrecemos aspiran a tener un alcance general, siendo válidas en diferentes contextos y tradiciones jurídicas.

El artículo se abre con un marco descriptivo, que define y clasifica los diferentes tipos de sorteos. A continuación se presentan las finalidades perseguidas por esta técnica de decisión, y se discuten sus principales ventajas e inconvenientes. El artículo se cierra con un epígrafe de carácter propositivo, en el que, mediante algunos ejemplos, se reivindica la oportunidad de recurrir más frecuentemente a este procedimiento de adopción de decisiones jurídico-públicas.

2. LOS SORTEOS EN EL DERECHO PÚBLICO: CONCEPTO Y TIPOLOGÍA

Un sorteo puede definirse como un método de adopción de decisiones fiado total o parcialmente al azar³. En el presente estudio, nos interesan los sorteos realizados por los poderes públicos —muy señaladamente, la Administración— a fin de adoptar decisiones que afectan a terceras personas. En este sentido acotado, ROMÁN CORDERO caracteriza el sorteo como un procedimiento administrativo especial, en el que la búsqueda habitual de una *ratio decidendi* a través de trámites internos y externos (informes, audiencia, consultas, pruebas, alegaciones) es reemplazada por un instrumento ciego, aleatorio⁴.

A fin de caracterizar mejor nuestro objeto de estudio, resulta oportuno presentar una sucinta taxonomía de los sorteos más recurrentes en el ámbito jurídico-público⁵.

³ De forma análoga, MONTORO (2005, 39) define el sorteo como “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”. PAREDES, por su parte, lo define como un “procedimiento mecánico de adopción de decisiones, en el cual se excluye deliberadamente toda forma de control humano, con el propósito de eliminar cualquier posibilidad de captura de la decisión, dejando entregada dicha decisión al azar”. Felipe PAREDES, “Democracia, representación y sorteo: un análisis conceptual”, *Democracia, representación y nuevas formas de participación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021, p. 135.

⁴ Cristián ROMÁN CORDERO, “Los sorteos en el derecho público”, *Revista de Derecho Público*, núm. 98, 2023, p. 110.

⁵ Otra posible clasificación de los sorteos puede consultarse en: Ronen PERRY y Tal Z. ZARSKY, “*May the odds be ever in your favor: lotteries in Law*”, *Alabama Law Review*, núm. 66-5, 2015, pp. 1038 y ss.

En función de su objeto, los sorteos pueden asignar beneficios, cargas o tareas. Como ejemplos del primer tipo, encontramos los sorteos para conseguir plaza en un centro educativo de la red pública sobredemandado⁶, acceder a una vivienda de protección oficial⁷, u obtener un visado para entrar en un país⁸; como ejemplos del segundo tipo, los sorteos para ser llamado filas en caso de guerra o para formar parte de una mesa electoral⁹; y, como ejemplo del tercer tipo, el sorteo para repartir litigios entre jueces y magistrados.

En función de la libertad de los participantes, los sorteos pueden ser voluntarios u obligatorios. Un sorteo voluntario es el que se celebra para asignar permisos de caza en monterías o batidas, entre aquellas personas que lo solicitan¹⁰; un sorteo obligatorio, el que selecciona a quienes compondrán el tribunal del jurado¹¹.

Atendiendo al número de participantes, los sorteos pueden ser abiertos o restringidos. Un sorteo abierto (casi universal) es el que decide los componentes de las mesas electorales; un sorteo restringido, el que asigna plazas una escuela oficial de idiomas o una vivienda de protección oficial entre los solicitantes, cuando hay más demanda que oferta.

En función del reparto de probabilidades, los sorteos pueden ser o no ser equiprobables. En los primeros todos los participantes tienen idénticas probabilidades de resultar elegidos. En los segundos las probabilidades se distribuyen de forma desigual. Esta desigualdad puede ser accidental o deliberada. En este segundo caso, podemos hablar de sorteos ponderados o asimétricos. Veamos tres ejemplos. Un sorteo equiprobable es el que determina el orden de intervención de los candidatos en una oposición cuando a cada candidato se le ha asignado un número. Un sorteo accidentalmente no equiprobable es el que determina idéntico orden pero en virtud de la primera letra del apellido¹². Finalmente, un sorteo ponderado es el celebrado

⁶ Cfr. art. 13.3 del Decreto 66/2007, de 14 de junio, por el que se regula la admisión del alumnado en centros docentes no universitarios públicos y privados concertados del Principado de Asturias.

⁷ Cfr. art. 40.3 del Decreto 106/2021, de 6 de agosto, del Consell, del Registro de Vivienda de la Comunitat Valenciana y del procedimiento de adjudicación de viviendas.

⁸ La llamada "lotería de visas" se emplea en los Estados Unidos para asignar algunos permisos de entrada al país. Cfr. *Instructions for the 2025 Diversity Immigrant Visa Program (DV-2025)*, U.S. Department of State.

⁹ Cfr. art. 26.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG).

¹⁰ En las reservas de caza autonómicas los permisos se asignan a través de sorteos y subastas. A título de ejemplo, puede consultarse el Decreto 3/2011, de 21 de enero, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de funcionamiento de la Reserva Valenciana de Caza de la Muela de Cortes (particularmente, el artículo 13).

¹¹ Cfr. art. 13 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

¹² Y ello porque, como los apellidos no se distribuyen de forma homogénea a lo largo del abecedario, habrá apellidos con más probabilidades que otros. Poniendo un ejemplo sencillo, en un sorteo alfabético entre muchos candidatos, las personas que se apellidan Gil verán sus probabilidades muy reducidas. Si el orden alfabético es descendente, irán detrás de todos los García (y de los Fernández, si sale la F); si el orden es ascendente, detrás de todos los Gutiérrez, González y Gómez (y de los Hernández, si sale la H). Para una explicación más detenida de esta cuestión, véase: Ramiro MARTÍNEZ PINILLA,

durante lustros para acceder a las facultades de Medicina en Países Bajos, en el que se sorteaban las plazas asignando mayores probabilidades a los estudiantes con mejor nota de acceso.

Los sorteos pueden ser simples o complejos, en función de si la resolución se alcanza tras uno o varios sorteos sucesivos¹³.

Los sorteos pueden ser contruidos o naturales. Los primeros son aquellos que recurren a instrumentos o mecanismos artificiales. Tradicionalmente, se han seguido sistemas más o menos rudimentarios, como lanzar una moneda al aire, tirar dados o sacar bolas de un bombo. Actualmente, son frecuentes los sorteos que utilizan programas que producen números de forma aleatoria. Los sorteos o loterías naturales, por su parte, hacen depender su resultado de determinados hechos o sucesos aleatorios, que escapan al control de quien diseña el sorteo y debe adoptar la decisión¹⁴.

Los sorteos, finalmente, pueden ser transparentes u opacos. Los sorteos transparentes permiten al público comprobar su aleatoriedad, lo que constituye una condición de legitimidad muy importante. Y ello porque para resultar legítimos los sorteos no solo tienen que ser justos, sino también parecerlo¹⁵. Esta transparencia a menudo se garantiza con la publicidad del acto de sorteo, abierto a cualquier interesado, o con la presencia de un fedatario público¹⁶. Los sorteos opacos plantean serios problemas de legitimidad, por lo que no tenemos noticia de norma alguna que los establezca. Los sorteos realizados recurriendo a programas de ordenador o algoritmos, cuyo carácter aleatorio no es evidente, presentan problemas de opacidad que es oportuno afrontar, a fin de evitar tanto prácticas fraudulentas como un efecto deslegitimador entre quienes resultan perjudicados por sus resultados¹⁷.

“Los sorteos que utilizan las primeras letras de los apellidos como criterio de selección son injustos”, *TEMat*, núm. 2, 2018, pp. 1-13. Un sorteo de estas características es el que anualmente se celebra para determinar el orden de intervención de los aspirantes en los procesos de selección de la Administración española, de acuerdo con el art. 17 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado.

¹³ En el Principado de Asturias, el sorteo para asignar plazas escolares en centros sobredemandados consta de tres sorteos, que determinan sucesivamente las dos primeras letras del apellido y el sentido del turno (ascendente o descendente). Cfr. artículo 14.3 de la Resolución de 22 de marzo de 2021, por la que se aprueba el procedimiento de admisión del alumnado en centros docentes no universitarios públicos y privados concertados del Principado de Asturias.

¹⁴ MONTORO (2005: 34) caracteriza el hecho aleatorio como “un evento o acontecimiento futuro e incierto a cuya realización vincula el Derecho la producción de determinados efectos jurídicos”.

¹⁵ Stephen E. FIENBERG, “Randomization and Social Affairs: The 1970 Draft Lottery”, *Science*, vol. 171, núm. 3968, 1971, pp. 256-257.

¹⁶ ROMÁN CORDERO, 2023: 106.

¹⁷ En relación con la justicia percibida, ELSTER (1998: 41 y ss.) plantea el problema de que a veces los resultados aleatorios no lo parecen, lo que puede ocasionar problemas de legitimidad.

3. ¿PARA QUÉ SE RECURRE A LOS SORTEOS?

Hecha esta primera aproximación a la técnica del sorteo, procede categorizar los supuestos en los que el ordenamiento jurídico deja al azar el sentido de una determinada decisión con efectos jurídicos.

3.1. Asignar recursos escasos o imponer cargas necesarias

La finalidad más común de los sorteos es la de decidir a quién se asigna un determinado recurso de carácter escaso; así como, en menor medida, a quién debe imponerse una determinada carga.

Como han destacado entre nosotros Arroyo Jiménez y Utrilla Fernández-Bermejo, la asignación de recursos escasos es una de las actividades típicas de la Administración pública¹⁸. Para llevarla a cabo, la Administración recurre a diferentes procedimientos de adjudicación —como la subasta, el concurso, la rotación o el régimen de cola—, que toman en consideración determinados criterios, ya sean materiales —necesidad, mérito, capacidad— o formales —cuotas, prorrateo, orden de llegada, etc.—¹⁹

Pues bien, el sorteo es un procedimiento de asignación de recursos o cargas en el que el adjudicador renuncia a emplear criterios tanto materiales como formales de asignación, y se decanta por fiar el sentido de su decisión, total o parcialmente, a la suerte. Así, lo característico de este procedimiento es la ausencia de razones que justifiquen la concreta asignación, más allá de la pura aleatoriedad.

La opción por el sorteo obedece, en la inmensa mayoría de los casos, a lo que ha sido caracterizado como el problema de la indeterminación, que podemos definir como la situación en la que resulta imposible, difícil, excesivamente gravoso o incierto determinar qué candidato debe recibir un bien o asumir una carga.

La indeterminación puede producirse por cuatro motivos: indiferencia, indeterminación propiamente dicha, inconmensurabilidad e incertidumbre²⁰. La indeterminación como indiferencia se produce cuando la fuerza de las pretensiones de todos los candidatos resulta idéntica, de modo que no resulta posible realizar distinciones jurídicamente relevantes entre ellos²¹. Es el caso, verbigracia, del empate en unas

¹⁸ Luis ARROYO JIMÉNEZ y Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, “La actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número”, *La administración de la escasez*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 25-46.

¹⁹ Sobre los diferentes criterios de adjudicación, véase Luis ARROYO JIMÉNEZ, “La adjudicación administrativa de recursos escasos”, *Indret*, núm. 1-2015, 2015, pp. 11-13.

²⁰ Para un abordaje detenido de la cuestión de la indeterminación, véase: PERRY y ZARSKY, 2015: 1052 y ss.; ELSTER, 1998: 7-17; o Neil DUXBURY, *Random Justice. On Lotteries and Legal Decision-Making*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 70 y ss.

²¹ Algunos autores consideran que este supuesto es muy poco frecuente. Así, entre otros, Willem K. B. HOFSTEE, “Allocation by lot: a conceptual and empirical analysis”, *Social Science Information*,

elecciones municipales, cuando los candidatos han obtenido idéntico número de votos²². La indeterminación propiamente dicha, por su parte, aparece cuando las diferencias entre candidatos son tan pequeñas que resultan jurídicamente irrelevantes o excesivamente difíciles de detectar, por lo que no resulta prudente atender a las mismas o dedicar recursos costosos a elucidarlas²³. Así, por ejemplo, es dudosamente razonable priorizar en la asignación de una beca a la familia que ingresa 1.732 euros al mes frente a la que obtiene 1.731,5. En tercer lugar, la indeterminación puede producirse por inconmensurabilidad, es decir, por la dificultad de comparar las características o méritos de los aspirantes al recurso²⁴. ¿Quién debe tener prioridad para acceder a una VPO: una viuda con dos hijos menores o una pareja con un hijo con una discapacidad del 50%? Finalmente, la indeterminación puede ser fruto de la incertidumbre, cuando no está claro en base a qué criterios es preciso seleccionar. Pensemos en la decisión sobre qué profesor debe hacer una sustitución en un colegio: ¿el más veterano?, ¿el más joven?, ¿quien imparte materias más próximas al sustituido?, ¿quien ha hecho menos sustituciones en la última semana? En resumen, la indeterminación surge (1) en casos de empate, (2) cuando los aspirantes son tan parecidos que no cabe distinguirlos, (3) cuando son tan distintos que no cabe compararlos, o (4) cuando no hay un criterio nítido de adjudicación.

Pues bien, es habitual que en estos supuestos de indeterminación el ordenamiento prevea que los recursos —o las cargas— se distribuyan recurriendo a un sorteo. A falta de razones para seleccionar a un determinado candidato, lo más razonable puede ser recurrir a un sistema aleatorio (en cierto sentido, irracional) para resolver la indeterminación. Y ello porque la principal alternativa disponible —afanarse en la búsqueda de datos o razones que justifiquen un trato diferenciado—, puede ser estéril, ineficiente o injusta. Tampoco resulta satisfactorio, por otro lado, resolver la indeterminación escogiendo a un candidato en virtud de una característica irrelevante cualquiera, como puede ser la altura, el peso o el mes de nacimiento. Esta forma de escoger —*picking*, como la denominan Ullmann-Margalit y Morgenbesser— puede dar entrada en la decisión a preferencias caprichosas o sesgos discriminatorios de quien escoge, preferencias y sesgos a los que el sorteo resulta inmune²⁵.

núm. 29-4, 1990, p. 748; y Roberto FUMAGALLI, “We Should Not Use Randomization Procedures to Allocate Scarce Life-Saving Resources”, *Public Health Ethics*, núm. 15-1, 2022, pp. 90-95.

²² Cfr. art. 196 LOREG. Otro ejemplo de sorteo en caso de indeterminación por indiferencia puede consultarse en el artículo 552-11 del Código Civil Catalán (CCCat).

²³ Y ello porque, como a punta ELSTER (1998: 15), a la hora de hacer distinciones y tomar decisiones la información es útil, pero también costosa de conseguir.

²⁴ Expresado en otros términos, podría decirse con Aubert que el sorteo es un instrumento valioso cuando los criterios para priorizar a unos aspirantes sobre otros son altamente dudosos o discutibles. Cfr. Vilhelm AUBERT, “Chance in social affairs”, *Inquiry*, núm. 2:1-4, 1959, p. 22.

²⁵ Los referidos autores hacen distinciones interesantes sobre las diferentes formas de escoger en: “Picking and Choosing”, *Social Research*, núm. 44, 1977, pp. 757-785. Sobre la “contaminación” de esas decisiones caprichosas con los sesgos internos de quien decide alerta Peter STONE, “Non-reasoned decision-making”, *Economics and Philosophy*, núm. 30, 2014, pp. 201 y 208. Por su parte, ARROYO JIMÉNEZ (2015: 19) señala que la asignación de recursos escasos debe tener en cuenta todos los factores relevantes, pero solo ellos; de modo que basar la decisión en otros factores arbitrarios —*pic-*

Junto con los supuestos de indeterminación, el sorteo también ha sido sugerido y empleado para asignar recursos escasos o cargas de gran trascendencia, como un respirador en caso de pandemia o el llamamiento a filas en tiempos de guerra²⁶. Aunque en estos casos a menudo podrían hacerse distinciones relevantes —prefiriendo pacientes más jóvenes o a reclutas más fornidos—, la magnitud de los bienes en juego determina que el responsable de la asignación prefiera no cargar con esa responsabilidad y dejarla en manos del azar.

Por último, el sorteo ha sido propuesto como forma de administrar los castigos —distribuir cargas— con el fin de optimizar recursos o reducir la conflictividad. Veámoslo con un ejemplo histórico y otro hipotético. Históricamente, en ocasiones en que el número de culpables de un determinado delito era elevado —por ejemplo, la desertión de un batallón o un motín en un barco— las autoridades castigaban solo a un porcentaje de los responsables, que era seleccionado por sorteo, y condonaban la sanción al resto, ya fuera por razones de clemencia o de puro cálculo utilitarista²⁷. En cuanto al supuesto hipotético, algunos autores sugieren la posibilidad de castigar tan solo a un porcentaje de los delinquentes o infractores descubiertos, quienes serían elegidos por sorteo. Un sorteo tal permitiría reducir el número de procedimientos sancionadores, con el consiguiente ahorro de recursos públicos asociados a su tramitación, sin que necesariamente se viera mitigado el efecto preventivo del régimen sancionador. Así, por ejemplo, en lugar de imponer diez multas de 100 euros a los conductores que hayan infringido los límites de velocidad, podrían imponerse tan solo dos multas de 500 euros a infractores seleccionados mediante sorteo. Actuando así, el número de procedimientos y de recursos invertidos se dividiría por cinco, la recaudación sería idéntica y posiblemente la eficacia preventiva de la norma no disminuyera de forma sustancial²⁸.

3.2. Decidir quién decide

Una segunda finalidad de los sorteos, también muy extendida, es la de seleccionar a las personas llamadas a tomar ciertas decisiones o a desempeñar funciones sensibles. En estos supuestos el sorteo no determina el sentido de una decisión, como sucedía

king— resulta inaceptable, por contrario al principio de objetividad que debe presidir la actuación administrativa. Henning, por su parte, no ve particulares inconvenientes en estas elecciones basadas en criterios irrelevantes o aleatorios, siempre y cuando no sean abiertamente discriminatorios. Cfr. Tim HENNING, “From Choice to Chance? Saving People, Fairness and Lotteries”, *Philosophical Review*, vol. 124-2, 2015, pp. 181-184.

²⁶ En cuanto al sorteo en contextos de pandemia, véase Lynn A. JANSEN y Steven WALL, “Weighted Lotteries and the Allocation of Scarce Medications for COVID-19”, *The Hastings Center Report*, núm. 51(1), 2021, pp. 39-46.

²⁷ Es el caso de la *decimatio* aplicada a desertores, cobardes o amotinados en las legiones romanas. Cfr. Torstein ECKHOFF, “Lotteries in Allocative Situations”, *Lotteries in Public Life: A Reader* (ed. P. Stone), Andrews UK Limited, Luton, 2011, pp. 207-208.

²⁸ Así lo plantean PERRY y ZARSKY, 2015: 1075-1076; y ELSTER, 1998: 103. Cuestión distinta, claro está, es que esa eficacia se consiguiera al precio de sacrificar la proporcionalidad de las sanciones efectivamente impuestas.

en la distribución de recursos y cargas, sino tan solo las personas que van a adoptarla o supervisarla²⁹. Preciso es notar, no obstante, que la selección de estas personas ya de por sí constituye una decisión.

Los sorteos “selectivos” más extendidos son cuatro: el sorteo de los asuntos entre los titulares de un determinado órgano jurisdiccional³⁰; el sorteo de las personas que compondrán el jurado popular; el sorteo de las personas que conforman las comisiones y tribunales de selección en procesos de acceso al empleo público³¹; y el sorteo de quienes conforman las mesas electorales³².

Al menos dos motivos recomiendan este tipo de sorteos. El primero, y quizá más importante, es el de garantizar la imparcialidad de quien adopta la decisión o está llamado a desempeñar una determinada función³³. Pensemos en la selección de quienes deben conformar una mesa electoral. Si su selección se hiciera de otras maneras —por ejemplo, entre personas voluntarias o propuestas por los partidos— el riesgo de parcialidad o corrupción indudablemente aumentaría. Excluyendo la postulación para llevar a cabo determinadas tareas —conformar una mesa electoral o un tribunal de oposiciones, juzgar determinada causa— se amplían las probabilidades de seleccionar personas sin intereses en el asunto, extremo a todas luces conveniente para reforzar su imparcialidad.

Por otro lado, el sorteo también puede perseguir la representatividad de los órganos llamados a decidir. Así sucede, por ejemplo, en la teoría clásica del tribunal del jurado, institución que pretende encomendar el veredicto en algunos procesos penales a un órgano conformado por “los iguales”, representativo de la sociedad civil³⁴.

Conscientes de las ventajas de los sorteos en términos de imparcialidad y representatividad, algunos sistemas políticos del pasado optaron por dejar en manos del

²⁹ SAMAHA advierte, empero, que la selección de las personas que deben tomar una decisión sí que puede influir decisivamente en el sentido de la misma. Cfr. Adam M. SAMAHA, “Randomization in adjudication”, *Public Law and Legal Theory Working Paper no. 273*, The Law School – University of Chicago, 2009, pp. 39 y ss.

³⁰ En nuestro país dicha asignación sigue normalmente criterios de especialización o turno. En otras jurisdicciones, como la estadounidense, los asuntos son repartidos mediante sistemas aleatorios. Sobre esta cuestión, en detalle, véase: SAMAHA, 2009: 51 y ss.

³¹ Así se prevé, por ejemplo, en el art. 71.1.b de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario.

³² Como veremos de inmediato, en el ámbito de la policía administrativa también se recurre en ocasiones al sorteo para determinar quién debe realizar determinadas inspecciones.

³³ Se refieren a esta ventaja, entre muchos, Aubert, 1959: 17; ELSTER, 1998: 95-96; MONTO-RO 2005: 56 y ss.; o PERRY y ZARSKY, 2015: 1064-1065.

³⁴ En cualquier caso, como advierte la doctrina, el recurso a sistemas exclusivamente aleatorios puede propiciar una composición homogénea de los jurados, lo que contradice el objetivo de que el jurado sea un reflejo de la heterogeneidad social. Cfr. Francisco GRANADOS CALERO, *El jurado en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 194 y ss. En algunas jurisdicciones como la estadounidense, el sorteo puro es corregido con diferentes mecanismos para garantizar una mayor representatividad. Sobre el particular, Peter STONE, “The logic or Random Selection”, *Political Theory*, núm. 37-3, 2009, p. 390 y ss.

azar la selección de las personas que debían ocupar las más altas magistraturas de la comunidad política. Conocidos son los ejemplos de la Grecia clásica o de la Florencia renacentista, donde los principales cargos públicos eran sorteados entre determinados ciudadanos³⁵. Aunque hoy en día dichos sistemas han sido abandonados, desde la Filosofía política se ha especulado sobre las posibles ventajas de incorporar elementos aleatorios en la selección de representantes y en la provisión de altos cargos³⁶. En una línea similar, algunos países han ensayado recientemente fórmulas de participación ciudadana a través de pequeños consejos conformados aleatoriamente, a los que se atribuyen normalmente funciones consultivas³⁷. Volveremos sobre esta cuestión al final de estas páginas.

3.3. Garantizar la objetividad y la eficacia de ciertas actuaciones de policía

En tercer lugar, la técnica del sorteo se ha empleado con la intención de hacer impredecible, eficaz y justo el ejercicio de ciertas potestades públicas de vigilancia e inspección³⁸. En efecto, no es infrecuente que determinados registros y controles — de locales, alimentos, pasajeros, equipajes, vehículos, antidopaje... — se programen y efectúen de manera aleatoria.

Esta aleatoriedad, en primer lugar, impide que los potenciales infractores y delinquentes detecten los patrones de la vigilancia pública y puedan esquivarla. Haciendo los controles aleatorios, ciegos, se impide su anticipación, de modo que la amenaza de inspección está más presente y refuerza la eficacia preventiva de las normas³⁹. Idéntica lógica subyace en el sorteo de zonas, turnos o compañeros de inspección o de patrulla, como forma de dificultar la captura del regulador. Si el potencial malhechor no puede conocer *a priori* qué agente concreto va a realizar la inspección, le resultará hartó más complejo corromper la integridad policial.

³⁵ Cfr. ELSTER, 1998: 79 y ss.; DUXBURY, 1999: 23 y ss.; y Eckhoff, 2011: 203-204.

³⁶ Cfr., por ejemplo, Dennis C. MUELLER *et al.*, “Representative Democracy via Random Selection”, *Public Choice*, núm. 12, 1972, pp. 57-68. Una extensa discusión sobre esta posibilidad puede consultarse en Barbara GOODWIN, *Justice by Lottery*, Imprint Academic, Exeter, 2005, pos. 3237 y ss. (posición en el libro digital). PAREDES (2021: 133-140) defiende el sorteo como forma de ahondar en la faceta descriptiva de la representatividad, y discute algunos ensayos de incorporación del sorteo en procesos deliberativos en Ontario, Oregón, Australia del Sur e Irlanda.

³⁷ Abunda en estas experiencias César VALLEJO SERNA, “Representación democrática y nuevas formas de participación en Colombia y en el mundo”, *Democracia, representación y nuevas formas de participación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021, pp. 176-179.

³⁸ Sobre el recurso a los sorteos en el contexto de la vigilancia pública, véase Bernard E. HARCOURT, *Against prediction. Profiling, policing and punishing in an actuarial age*, University of Chicago Press, Chicago, 2007, pp. 237 y ss.

³⁹ Como sugiere ELSTER (1998: 49), los sorteos de esta naturaleza podrían ser ponderados, de forma que los crímenes más graves tuvieran más posibilidades de ser perseguidos, al tiempo que se mantuviera sobre los delinquentes menores una cierta amenaza de castigo. Esta propuesta parte de la teoría de juegos desarrollada por BECKER en su icónico trabajo “Crime and punishment: An economic approach”, *Journal of Political Economy*, núm. 76-2, 1968, pp. 169-217.

La aleatoriedad en materia de policía y vigilancia administrativa previene también la discriminación en su ejercicio, evitando que recaiga sistemáticamente sobre personas pertenecientes a determinados grupos sociales estigmatizados⁴⁰; así como el empleo de dichas potestades, que pueden resultar indudablemente gravosas, con el fin de hostigar a enemigos políticos⁴¹.

3.4. Dirimir conflictos

Si bien excede el ámbito de nuestro estudio —por tratarse cuestiones más propias del Derecho privado— no queremos dejar de consignar una cuarta utilidad que se ha sugerido para los sorteos: constituir la *ratio decidendi* para la resolución de disputas privadas en sede judicial⁴².

Aunque a primera vista dicha posibilidad repugna al sentido jurídico más básico —una cosa es hacer justicia y otra echar algo a suertes—, en ciertos supuestos pueden existir razones de peso que inviten, al menos, a considerar el sorteo como una forma justa de resolución de conflictos.

Una primera razón no es otra que la existencia de indeterminaciones, a la que ya nos hemos referido. Si admitimos que en ocasiones las autoridades administrativas —abocadas a decidir en supuestos de indeterminación— pueden recurrir legítimamente a un sorteo, resulta paradójico que rechacemos idéntico sistema cuando quien tiene que adoptar la decisión es un juez⁴³. Aunque volveremos sobre esta cuestión más adelante —al ocuparnos del prejuicio hiperracionalista de los operadores jurídicos—, valga presentar aquí un supuesto en el que acaso el sorteo pueda estar justificado: la decisión acerca del destino de los animales de compañía en procesos por crisis familiares. Es previsible que en algunos de estos litigios los criterios de asignación establecidos en la ley —en España, el interés de los miembros de la familia y el bienestar animal— no resulten concluyentes, de modo que dilucidar el destino de los animales por sorteo puede resultar la alternativa más razonable⁴⁴.

⁴⁰ HARCOURT (2007: 5 y 38) subraya que esa estigmatización puede provenir tanto de prejuicios personales de los agentes como del perfilado algorítmico basado en cálculos actuariales. Para el citado autor, solo la vigilancia aleatoria garantiza lo que entiende una exigencia básica de justicia: que todas las personas que cometen un crimen tengan idénticas probabilidades de ser descubiertas, independientemente de su raza, origen étnico o clase social. Lo que puede discutirse, no obstante, es que esa exigencia de justicia sea absoluta y no deba equilibrarse con otras consideraciones de interés público, como el descubrimiento del mayor número de delitos.

⁴¹ Cfr. SAMAHA, 2009: 32.

⁴² En la medida en que las resoluciones judiciales no dejan de ser decisiones jurídico-públicas, su tratamiento —siquiera tangencial— en nuestro estudio no está fuera de lugar.

⁴³ En este sentido, SAMAHA, 2009: 27 y ss. En España, un ejemplo de sorteo como forma de resolución de conflictos en el ámbito administrativo es el que determina el primer apellido de los hijos, en caso de desacuerdo entre los progenitores. Conforme al artículo 49.2 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en estos casos la decisión será adoptada discrecionalmente por el encargado del Registro Civil, que de forma habitual recurre a criterios estéticos o al sorteo.

⁴⁴ Un análisis detenido de los criterios para determinar el destino de las mascotas en estas situaciones puede consultarse en José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, “Animales de compañía y crisis

Más allá de los supuestos de indeterminación, las principales ventajas que se atribuyen al sorteo en sede judicial son dos: reducir la litigiosidad y evitar ciertos costes asociados a los procesos judiciales.

Quienes han sugerido esta forma de resolución de conflictos sostienen que la sombra del sorteo puede llevar a los litigantes a compartir información valiosa y a llegar a acuerdos extrajudiciales⁴⁵. La literatura científica ha demostrado que entre los litigantes existe un sesgo de optimismo que les invita a sobredimensionar sus posibilidades de ganar un juicio, sesgo que potencia la litigiosidad. Pues bien, el hecho de saber que la resolución será dejada al azar termina con dicho sesgo —al menos, en personas mínimamente razonables—, invitando a los contendientes a compartir información, acercar posturas y llegar a acuerdos, ante la amenaza de perder el juicio en un sorteo.

El segundo motivo que invita a considerar el sorteo es el ahorro de ciertos costes procesales que soportan las partes, terceros implicados y las instancias públicas. Esta ventaja se ilustra muy bien en los pleitos por la custodia de los hijos, cuando se baraja una custodia exclusiva. Como es sabido, dichos procesos suelen dilatarse en el tiempo e implicar un elevado coste emocional para los menores y los propios litigantes, al tiempo que consumen abundantes recursos privados y públicos. Además, el progenitor que se ve privado de la custodia puede ver afectada su autoestima o sufrir un cierto estigma, ya que la sentencia puede ser interpretada como la constatación de su fracaso como padre o madre. Pues bien, en el caso de que ninguno de los padres sea claramente inapto para ejercer la custodia, adjudicarla por sorteo previene los problemas previamente apuntados. Es una solución rápida, económica, que no somete a los menores ni a las partes a un proceso dilatado y desagradable, y cuyo resultado no puede ser interpretado por nadie como un juicio de inutilidad para hacerse cargo de los propios hijos⁴⁶. Todavía en el contexto de separaciones y divorcios, y en clave de economía procesal, también se ha barajado resolver mediante sorteos las divergencias sobre cuestiones menores, cuando las pretensiones de ambas partes resultan razonables⁴⁷.

3.5. Otras finalidades

Para finalizar este apartado, presentamos dos ulteriores finalidades de los sorteos, de importancia práctica menor y naturaleza muy dispar.

familiares”, *Indret*, núm. 4-2024, 2024, pp. 1-48. El autor, en cualquier caso, no plantea la posibilidad de que dichos criterios no resulten concluyentes.

⁴⁵ Para un estudio detenido de esta cuestión, véase: James D. MILLER, “Using lotteries to expand the range of litigation settlements”, *The Journal of Legal Studies*, núm. 26-1, 1997, pp. 69-94.

⁴⁶ Sobre el particular, en mayor detalle: ELSTER, 1998: 123-174; y DUXBURY, 1999: 122-131.

⁴⁷ Así, en el año 2001 una jueza en Michigan recurrió al sorteo para decidir con quién debían pasar la nochebuena los menores. Conviene apuntar, por cierto, que la jueza fue expedientada. Cfr. Decisión del Tribunal Supremo de Michigan, de 19 de junio de 2003: In Re: Honorable Helen E. Brown, Judge, Wayne County Circuit Court, Docket No. 123687.

3.5.1. *Conocer la voluntad divina*

A lo largo de la historia, en sociedades menos secularizadas que la nuestra los sorteos fueron ampliamente utilizados en contextos políticos y jurídicos como cauce para conocer la voluntad divina⁴⁸.

Como ha explicado HUIZINGA, durante siglos las ideas de voluntad divina, justicia y fatalidad de la suerte estuvieron relativamente entrelazadas, lo que propició el recurso a ciertos sistemas aleatorios para adoptar decisiones con efectos jurídicos⁴⁹. Quizá el ejemplo más palmario lo constituyan las ordalías, torturas rituales usadas en el mundo antiguo y medieval en contextos judiciales, cuyo resultado —muerte, supervivencia, sanación— se atribuía a la voluntad divina y decantaba el juicio de inocencia o culpabilidad del procesado⁵⁰.

Todavía en el siglo XIX, en un juicio por arrojar a algunos náufragos por la borda de un bote salvavidas para evitar su hundimiento, el Tribunal Supremo norteamericano manejó el argumento de que el sorteo hubiera sido la solución más justa, ya que, entre otros motivos y “de algún modo, es una apelación a Dios para que seleccione quién debe ser la víctima”⁵¹.

3.5.2. *Adquirir información para diseñar políticas públicas*

Finalmente, los sorteos también pueden emplearse a fin de obtener información fiable y valiosa para el diseño de políticas públicas.

Esta información puede extraerse, en primer lugar, de experimentos jurídicos, cuya realización aspira a asegurar el acierto de una determinada medida o regulación⁵². Por poner dos ejemplos ilustrativos a los efectos que aquí interesan, desde la Administración penitenciaria podría experimentarse si la realización de un determinado programa formativo entre la población reclusa reduce el riesgo de reincidencia; o, desde el Poder Judicial, si la observancia de ciertos trámites procesales incrementa las opciones de transacción⁵³. Pues bien, para que experimentos como los descritos

⁴⁸ AUBERT, 1959: 10. Sobre la aleatoriedad como forma de conocer la voluntad divina y adoptar decisiones justas, puede consultarse: DUXBURY, 1999: 16 y ss.; y PERRY y ZARSKY, 2015: 1049.

⁴⁹ Johan HUIZINGA, *Homo ludens*, Alianza, Madrid, 2005, pp. 106-107.

⁵⁰ Cfr. ECKHOFF, 2011: 210; y Remedios MORÁN MARTÍN, *Historia del Derecho privado, penal y procesal*, Universitas - UNED, Madrid, 2002, pp. 493-494.

⁵¹ Cfr. *United States v. Holmes*, 26 F. Cas. 360, 367 (C.C.E.D. Pa. 1842) (No. 15.383).

⁵² Doménech Pascual define los experimentos jurídicos o las regulaciones experimentales como “aquellas regulaciones jurídicas —de alcance singular o general— que se establecen para obtener información sobre sus efectos, con la finalidad última de asegurar el acierto de la regulación que, una vez concluido el experimento, se establezca ulteriormente y que podemos llamar *regulación objetivo*”. Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “Las regulaciones experimentales”, *Anuario del buen gobierno y de la calidad de la regulación*, núm. 2022-1, 2022, p. 106.

⁵³ Ambos ejemplos de experimentos jurídicos son tomados de DOMÉNECH, 2022: 109.

tengan validez interna, resulta muy oportuno establecer de partida dos grupos de sujetos, uno experimental —sobre el que se aplica la innovación— y otro de control —sobre el que no—, a fin de comparar el impacto real de la medida y extraer conclusiones. Al igual que en los ensayos clínicos, la distribución de los sujetos en ambos grupos debería ser aleatoria, para suprimir el sesgo de selección y garantizar su homogeneidad. De este modo, minimizando las diferencias entre los grupos estudiados, las conclusiones del experimento resultan sólidas y la información obtenida fiable. Sobre esta base experimental pueden diseñarse políticas públicas de forma más inteligente, que no se fundamenten exclusivamente en la intuición del político o regulador de turno⁵⁴.

Más allá de los experimentos jurídicos, la toma de decisiones aleatoria también permite extraer información valiosa acerca del contexto social en el que se produce, o sobre los efectos de una determinada política pública.

En esta línea, HARCOURT sostiene que la única forma de tener una imagen precisa de la población que delinque es la de aleatorizar los controles e inspecciones. Solo de este modo el resultado de la labor inspectora y policial reflejará fielmente la realidad de los delitos e infracciones, sin la contaminación de los sesgos de selección propios de las políticas de inspección y las predicciones policiales, independientemente de que éstas se basen en cálculos actuariales, perfilados algorítmicos o la experiencia e intuición de los agentes individuales⁵⁵.

Asimismo, la asignación de recursos o cargas de forma aleatoria también puede ofrecer información relevante sobre el impacto de dicha asignación en la vida de las personas. Si los recursos se asignan aleatoriamente, los grupos de seleccionados y no seleccionados serán (estadísticamente) homogéneos en el momento de la asignación; de modo que las diferencias que a medio y largo plazo se observen entre ambos grupos podrán obedecer al impacto de la asignación. Por el contrario, si la asignación depende de otro criterio —capacidad, necesidad, mérito, edad— los grupos de sujetos serán ya distintos de entrada, de modo que las diferencias que a medio y largo plazo se perciban entre ellos podrán deberse a factores distintos o exógenos a la adjudicación⁵⁶.

4. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LOS SORTEOS

Caracterizada la técnica del sorteo y analizadas sus principales utilidades, procedemos a continuación a presentar sus ventajas e inconvenientes más destacados⁵⁷.

⁵⁴ Una defensa decidida de los experimentos aleatorios como herramienta al servicio del diseño de políticas públicas y de normativa puede consultarse en: Michael ABRAMOWICZ *et al.*, “Randomizing Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 159-4, 2011, pp. 929-1005.

⁵⁵ HARCOURT, 2007: 238.

⁵⁶ PERRY y ZARSKY, 2015: 1093.

⁵⁷ Otros elencos de ventajas e inconvenientes pueden consultarse en GOODWIN, 2005: 916 y ss.; y STONE, 2009: 378 y ss.

Como la estructura especular de este epígrafe sugiere, casi siempre los pros y contras de los sorteos son correlativos. Estamos ante un procedimiento de toma de decisiones con características acusadamente ambivalentes; de modo que, dependiendo del contexto concreto en el que se pretenda emplear, el sorteo resultará recomendable, discutible o claramente desaconsejable.

4.1. El sorteo evita interferencias espurias...

Posiblemente la nota más característica de los sorteos sea la aleatoriedad de su resultado, que no puede ser previsto, influido ni adulterado. Huelga decir que, como cualquier procedimiento humano, el sorteo también puede ser manipulado o trucidado; lo que sucede es que, entre todos los mecanismos decisorios, posiblemente sea el más difícil de manipular. Esta propiedad ofrece una ventaja indiscutible: bien celebrado, el sorteo garantiza la imparcialidad de la decisión, que resulta impermeable a cualquier razón, influencia o presión por parte de las personas interesadas en el asunto. El sorteo constituye así un poderoso instrumento contra las interferencias espurias y la corrupción, preservando la decisión de contaminaciones indeseadas⁵⁸.

Este “poder higienizante” de los sorteos —en expresión de STONE—, puede desplegar sus efectos tanto antes como después de su celebración⁵⁹. Antes, al dificultar la intromisión en el proceso de decisión, ya que éste —de un modo u otro— se desgaja de la agencia humana, se automatiza y es dejado al azar⁶⁰. Y después, en los casos en que el sorteo determina quién decide, reduciendo el riesgo de clientelismo y captura del regulador. En efecto, quien ha sido escogido para desempeñar una función o adoptar una decisión mediante sorteo —y no gracias al apoyo o a la labor de *lobby* de un tercero—, tiene las manos más libres para actuar conforme a su propio criterio, sin necesidad de devolver favores o satisfacer las expectativas de quienes le apoyaron para acceder a esa posición decisoria⁶¹.

De lo anterior se desprende que la técnica del sorteo resulta adecuada para salvaguardar los principios constitucionales de imparcialidad y objetividad que deben presidir la actuación de los poderes públicos en general, y la adjudicación administrativa de recursos escasos en particular⁶². Junto con ello, y considerando que las interferencias y presiones en los procesos deliberativos normalmente provienen de sujetos con recursos y poder, el sorteo puede ser beneficioso para los aspirantes

⁵⁸ Cfr. SAMAHA, 2009: 15-16; y Hank GREELY, “The Equality of Allocation by Lot”, *Lotteries in Public Life: A Reader* (ed. P. Stone), Andrews UK Limited, Luton, 2011, pp. 57-59.

⁵⁹ STONE, 2009: 392.

⁶⁰ ELSTER, 1998: 95. En cualquier caso, como señalan PERRY y ZARSKY (2015: 1059), el sorteo no previene todas las formas de interferencia *ex ante*, como la utilización de testaferreros para que se presenten al sorteo y multiplicar las propias probabilidades de obtener un determinado recurso. Este inconveniente puede ser atajado restringiendo el mercado secundario.

⁶¹ VALLEJO SERNA, 2021: 176-177. Esta captura puede ser política o corporativa. Cfr. Viktor RUDENKO, “Elecciones por sorteo y democracia”, *Ciencia ergo-sum*, núm. 21-2, 2014, p. 161.

⁶² Cfr. ARROYO JIMÉNEZ, 2015: 16.

desfavorecidos y con menos influencia, constituyendo también una herramienta al servicio de la igualdad.

... pero es irracional, previene la deliberación y deslegitima la decisión

La impermeabilidad de los sorteos a las interferencias no deseadas tiene el inevitable envés de vaciar la decisión de razones, evitar la participación y suprimir deliberación. En efecto, decidir mediante un sorteo implica que la decisión concreta no responde a motivo alguno —más allá del puro azar— ni es fruto de un proceso de deliberación e intercambio de argumentos en el que las partes sostienen la preferencia de su pretensión.

Esto plantea indudables inconvenientes. Entre ellos destacan tres, paralelos a las finalidades de los procesos contradictorios y deliberativos.

Estos procesos, en primer lugar, tienen como finalidad dilucidar cuál es la mejor decisión posible —qué candidato debe ser preferido a los demás—, lo que se hace contrastando las características, méritos o pretensiones de cada uno de ellos. En segundo lugar, los procesos contradictorios y deliberativos permiten la participación de los interesados, que pueden defender su mejor derecho a recibir el bien, esquivar la carga, asumir la tarea o eludir el encargo. Finalmente, los procesos a los que nos venimos refiriendo tienen una finalidad simbólica, ya que constituyen una verdadera escenificación —ritual, podríamos decir— de la justicia, en la que tanto las partes como la propia sociedad asisten a la ponderación de pretensiones y pueden conocer los motivos de la decisión⁶³. Desde esta perspectiva, el proceso deliberativo no se orienta exclusivamente a decidir con acierto o justicia, sino que aspira también a escenificar la justicia de la decisión, lo que contribuye a revestirla de legitimidad.

Pues bien, estas tres ventajas de los procesos contradictorios y deliberativos desaparecen en los procedimientos aleatorios: ni hay búsqueda de *ratio decidendi*; ni las partes pueden ofrecer argumentos que permitan esclarecer la verdad jurídica del caso; ni se produce un *iter* procesal más o menos escenificado que permita presenciar y entender cómo se toman las decisiones; ni quien decide está obligado a motivar la resolución. Este conjunto de factores arroja un resultado abiertamente problemático, que DUXBURY resume así: “si, como regla general, queremos procesos legales que, entre otras cosas, aseguren que sus resultados están basados en razones, tomen en consideración los argumentos presentados por las partes, terminen con resoluciones de las que alguien pueda responder y sobre las que futuros juzgadores puedan construir, y se adopten de tal forma que no se trivialice el objeto del litigio, menester es

⁶³ Sobre el valor simbólico de los procesos deliberativos, particularmente de los contradictorios, puede consultarse DUXBURY, 1999: 120 y ss.; y PERRY y ZARSKY, 2015: 1062-1064.

concluir que el sorteo como forma de decisión es el paradigma del tipo de proceso que no queremos⁶⁴.

Por todo ello, la adopción de decisiones en el ámbito del Derecho público mediante sorteos es generalmente percibida como lo opuesto a una decisión jurídica racional o justa, casi como una ocurrencia, a la que resulta entre peregrino y siniestro recurrir⁶⁵. Si anteriormente decíamos que los sorteos pueden rodear la decisión resultante de un halo de neutralidad, ello no impide que en el imaginario colectivo dicha forma de adoptar decisiones jurídicas sea considerada como ilegítima por irracional. Todo lo neutral que se quiera, pero irracional. Bajo esta prisma, cabe concluir con Hofstee que el hecho de que los sorteos puedan ser neutrales o justos no los hace necesariamente aceptables⁶⁶.

Frente al argumento de la irracionalidad de los sorteos, empero, se podría contraargumentar en dos direcciones.

En primer lugar, señalando que en la celebración de sorteos la razón desempeña un papel en diferentes momentos: al optar por ese mecanismo de decisión; al seleccionar el tipo de sorteo y su forma de celebración; y, muy especialmente, al establecer las condiciones para tomar parte en el mismo, condiciones cruciales en el proceso de decisión que será preciso motivar⁶⁷.

Y, en segundo lugar, esgrimiendo que los sorteos previenen la híper o pseudorracionalidad, actitud consistente en buscar a toda costa motivos de decisión allí donde no los hay⁶⁸. En efecto, en los casos de indeterminación lo racional —y honesto— no es afanarse en la búsqueda de diferencias minúsculas —y, a menudo, arbitrarias— que justifiquen un trato diferente; ni construir falsas certezas que escondan un prejuicio o sesgo en favor de un candidato; sino reconocer los límites de la razón y dejar que sea el azar el que decida⁶⁹. Y ello porque, como la experiencia demuestra, no siempre hay razones objetivas y sólidas para preferir una determinada opción.

Preciso es constatar, no obstante, la acusada querencia de los seres humanos, y especialmente de los juristas, hacia la pseudorracionalidad, inclinación que determina la obstinada resistencia a adoptar decisiones recurriendo al azar⁷⁰. A este respecto, resulta ilustrativo el expediente sancionador abierto contra una jueza de Míchigan que, en el contexto de un proceso de divorcio, decidió por sorteo con qué ascen-

⁶⁴ DUXBURY, 1999: 135.

⁶⁵ GOODWIN, 2005: 2996. En sentido similar, SAMAHA (2009: 20) sostiene que la oposición a los sorteos como procedimiento decisorio tiene un fuerte componente de relaciones públicas, de imagen.

⁶⁶ HOFSTEE, 1990: 756 y ss.

⁶⁷ Como apunta STONE (2014: 199), al sortear algo sólo se renuncia a la razón en una de las fases del procedimiento decisorio.

⁶⁸ SAMAHA, 2009: 25.

⁶⁹ Así lo defienden, entre otros, ELSTER, 1998: 121; y GREELY, 2011: 88-89.

⁷⁰ Sobre este prejuicio racionalista en el ámbito jurídico, resulta de interés Pierre SCHLAG, *The enchantment of reason*, Duke University Press, Durham, 1998.

dientes debían pasar la nochebuena dos menores⁷¹. La opción de resolver por sorteo, posiblemente la más racional y razonable habida cuenta de los motivos de peso esgrimidos por ambas partes, resultó inaceptable para todo el mundo: para las partes, que denunciaron a la jueza; para la opinión pública, que condenó el sorteo; y para el órgano de gobierno de los jueces michiguenses, que expedientó a la jueza en el entendimiento de que debería haber dedicado más esfuerzo —más audiencias, más preguntas, más distinciones y matices— a fin de encontrar la solución más justa. Todo antes de admitir que, en este caso, no había motivos objetivos para preferir una cena de navidad a otra. ¿Hubiera sido sancionada la jueza de haber resuelto en favor de la parte que le resultase más simpática disfrazando su preferencia subjetiva con cualquier argumentación mínimamente fundada?

4.2. El sorteo garantiza la igualdad...

Un segundo argumento en favor de los sorteos es que estos, cuando son equiprobables, garantizan la igualdad de trato entre los participantes. Efectivamente, el sorteo permite respetar escrupulosamente la igualdad formal de los candidatos, al ignorar sus diferencias de partida y evitar la interferencia de cualquier favoritismo, prejuicio o sesgo discriminatorio, sea consciente o inconsciente, personal o estructural⁷².

En los contextos de decisión en que la igualdad de resultado resulta imposible —ya que el recurso, carga o tarea a repartir es limitada o indivisible—, el sorteo garantiza al menos la igualdad de oportunidades, al otorgar a todos los participantes idénticas probabilidades de resultar seleccionados⁷³. La igualdad formal inherente a los sorteos puede tener un efecto corrector de las desigualdades de partida, desactivando las ventajas y privilegios con que algunos candidatos concurren a la asignación y constituyendo un instrumento al servicio de la redistribución.

Esta igualdad formal y de oportunidades es particularmente deseable en dos circunstancias. De un lado, a la hora de decidir en supuestos de indeterminación. De otro, cuando la decisión a adoptar es muy espinosa, ya que implica realizar juicios de enorme trascendencia o sobre el valor intrínseco de las personas (v.g., la asignación de un tratamiento escaso a un paciente y no a otro, o el llamamiento a filas de un ciudadano en tiempo de guerra)⁷⁴. En estos casos, al prescindir de razonamientos sobre el mérito o la valía de las personas, el sorteo evidencia que, en cierto sentido y en última instancia, todas las vidas tienen idéntico valor y dignidad⁷⁵. Sortear, en estos casos

⁷¹ Cfr. Decisión del Tribunal Supremo de Michigan, de 19 de junio de 2003: In Re: Honorable Helen E. Brown, Judge, Wayne County Circuit Court, Docket No. 123687.

⁷² Como destaca AUBERT (1959: 20), estrictamente hablando “existe un único ámbito de la vida en el que todos los hombres nacen iguales y permanecen iguales durante toda su vida, independientemente de sus capacidades y logros físicos, económicos, intelectuales o morales: el puro juego de azar”.

⁷³ Así lo ponen de relieve ELSTER, 1998: 69-70; SAMAHA, 2009: 11; o GREELY, 2011: 62.

⁷⁴ PERRY y ZARSKY, 2015: 1061-1062.

⁷⁵ Para abundar en este argumento, véase ELSTER, 1998: 172; y también, SAMAHA, 2009: 13.

extremos, supone renunciar al resbaladizo juicio acerca de qué vida tiene más valor, juicio llamado a fundarse en unos criterios que —por cuidadosamente definidos que hayan sido— siempre pueden estar contaminados por sesgos o frisar la arbitrariedad.

Otra situación en que el recurso al sorteo puede resultar útil es aquella en que hay que asignar tareas cotidianas, de menor trascendencia, que muchos o pocos quieren asumir. Pensemos en una tarea imprevista y para la que no suele haber voluntarios: la sustitución de un profesor que atraviesa un proceso gripal. Ante la necesidad de asignar la suplencia, y en función de su carácter, fobias y filias, el director de estudios normalmente termina eligiendo: (1) a un profesor amigo, a quien se lo pide como un favor; (2) a un profesor amable, confiando en su buena disposición; o (3) a un profesor por quien siente animadversión, para fastidiarle; cuando no decide (4) asumir la suplencia él mismo, para dejar tranquilos a los demás y evitarse disgustos. Pues bien, en estos casos, un sencillo sorteo permite resolver la situación de forma rápida y sin fricciones, garantizando la igualdad de trato entre los miembros del claustro, con independencia de su sintonía con el jefe o su afabilidad⁷⁶.

Todavía en relación con la igualdad, también se ha destacado el efecto igualador de los sorteos a medio y largo plazo, siempre y cuando el recurso a estos se hiciera más habitual⁷⁷.

Al garantizar la igualdad formal, los sorteos previenen un problema que podemos enunciar como el de *winner takes all*. Valga explicarlo recurriendo a dos ejemplos: la asignación de recursos escasos y de escaños en un parlamento. Si, como es frecuente en los Estados sociales, los recursos escasos se asignan atendiendo fundamentalmente a la capacidad económica de los solicitantes, las personas de clase media y alta quedarán sistemáticamente excluidas de su disfrute. Por el contrario, si estos recursos se distribuyen mediante sorteos —que bien podrían ser ponderados—, estas personas podrían acceder ocasionalmente a dichos recursos, reforzando su sentido de pertenencia y su compromiso con la comunidad política. En cuanto al reparto de escaños o concejales el sistema actual beneficia de forma desproporcionada a los partidos más votados, al tiempo que deja sin representación a muchas minorías. Un sistema aleatorio de asignación —que repartiese los escaños extrayendo de las urnas votos al azar— presumiblemente redundaría en una composición de las cámaras o las corporaciones municipales más ajustada a la realidad electoral, reforzaría la representatividad y daría opciones reales a las minorías⁷⁸.

Una última ventaja de la igualdad formal ínsita a los sorteos, sobre la que volveremos al final de estas páginas, es su potencial al servicio de la construcción de

⁷⁶ Análoga argumentación puede aplicarse a tareas atractivas que muchos desean asumir, como una guardia hospitalaria navideña muy bien retribuida, en la que no resulta factible rotar.

⁷⁷ GOODWIN, 2005: 444 y 2446.

⁷⁸ Así lo sostienen, entre otros, Akhil R. AMAR, “Choosing Representatives by Lottery Voting”, *The Yale Law Journal*, núm. 93, 1984, pp. 1283-1308; y PAREDES, 2021: 133-140.

comunidad o ciudadanía, en unos tiempos marcados por la fragmentación social⁷⁹. Frente a la cacofonía generada por un sinfín de colectivos que reivindican en la arena pública su mayor derecho a ciertos recursos públicos —alegando su contribución, su necesidad, su discriminación histórica, sus capacidades, su nacionalidad...—, la uniformidad de todos ante el sorteo puede coadyuvar a la reconstrucción de un sentido de igualdad y pertenencia que contribuya a cohesionar nuestras sociedades, tan divididas.

... pero impide atender a diferencias relevantes

Si el sorteo puede ser un mecanismo idóneo para adoptar decisiones en casos de indeterminación, particularmente espinosos o de poca monta, utilizarlo otros escenarios puede resultar injusto, ineficiente y contrario al principio de igualdad. Y ello porque, como afirma Leiman, el sorteo hace iguales a los que no lo son⁸⁰. La renuncia a distinguir entre candidatos aboca a la Administración a poner el recurso o la tarea en manos de un candidato cualquiera, que habitualmente y por pura probabilidad no resultará el idóneo.

La justicia y el principio de igualdad exigen otorgar el mismo trato a los iguales, pero no a quienes no lo son, de modo que a la hora de adoptar decisiones los poderes públicos deben atender a las diferencias existentes entre los candidatos. Por consiguiente, adoptar decisiones de forma aleatoria, en lugar de hacer un juicio prudencial y político acerca de cómo conciliar mejor las pretensiones individuales con los intereses generales en el caso concreto, supone una dejación de deberes por parte de la Administración, cuya obligación es servir con objetividad a los intereses generales, no tratar a todo el mundo siempre igual.

En algunos casos, como en la asignación de empleos públicos o en la adjudicación de contratos, lo natural será que los poderes públicos atiendan a la capacidad de los candidatos; en otros, como el otorgamiento de un año sabático a un profesor, a sus méritos de investigación; en otros, como una beca de comedor o una ayuda social, a la necesidad o capacidad económica de cada familia... Como vemos, en función del bien, carga o tarea a repartir será oportuno atender a unos u otros criterios materiales, a efectos de decidir bien⁸¹. La decisión de no atender a criterio material alguno y dejar la decisión al azar debería ser, en consecuencia, extraordinaria, restringiéndose a los supuestos de indeterminación, particularmente espinosos o de ordinaria administración.

Hablando de distinciones relevantes entre candidatos, resulta pertinente hacer aquí un inciso relativo a las distinciones en base a la necesidad.

⁷⁹ GREELY (2011: 51) destaca el significado político de los sorteos y su potencial de integración de la comunidad política.

⁸⁰ Sid Z. LEIMAN, "The Ethics of Lottery", *Kennedy Institute Quarterly Report*, núm 4, 1978, p. 9.

⁸¹ STONE, 2009: 382.

El sorteo, decíamos, garantiza la igualdad entre los participantes, ya que trata a todos en pie de igualdad. Ahora bien, como es sabido, en un Estado social la igualdad no se agota en su dimensión puramente formal, consistente en dispensar a todas las personas idéntico trato, sino que contiene un mandato a los poderes públicos para que promuevan las condiciones que hagan la igualdad efectiva. En otras palabras, el principio constitucional de igualdad no se configura tan solo como un valladar a la actuación de los poderes públicos, sino que implica una verdadera tarea. Pues bien, la igualdad formal que la celebración de sorteos comporta puede resultar insuficiente para satisfacer esas exigencias constitucionales de igualdad, que a menudo requieren políticas compensatorias y discriminaciones positivas para la consecución de la igualdad material, es decir, real y efectiva⁸². En este sentido, DWORKIN sostiene acertadamente que la aspiración de la justicia —y la obligación de los poderes públicos— es tratar a las personas como iguales, lo que no supone en todo caso darles un tratamiento igual⁸³.

Por tanto, en la medida en que la decisión de sortear un bien escaso implica ignorar las desigualdades de partida y renunciar a acciones afirmativas capaces de mitigarlas, es necesario concluir que el sorteo, por muy igualitario que se presente, en ocasiones puede ser contrario al principio de igualdad⁸⁴.

La objeción que acabamos de presentar admite un matiz. Generalmente los sorteos son restringidos, de modo que en su diseño sí se hacen distinciones entre los potenciales candidatos, excluyéndose *a priori* a quienes no reúnen determinadas condiciones —de renta, capacidad o mérito— para ser elegibles.

4.3. El sorteo es eficiente...

Una tercera ventaja de los sorteos es su carácter altamente eficiente, en términos de reducción de costes de procedimiento y de conflictividad⁸⁵.

⁸² Cfr. artículo 9.2 CE. Como apunta Urteaga, este tipo de acciones pretende “promover una mayor igualdad de hecho o, por lo menos, garantizar a los miembros de los grupos con desventaja una verdadera igualdad de oportunidades”. Eguzki URTEAGA, “Las políticas de discriminación positiva”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 146, 2009, p. 183.

⁸³ Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1995, p. 332. Y lo ejemplifica así: “si tengo dos hijos y uno se me está muriendo de una enfermedad que apenas si llega a incomodar al otro, no muestro igual consideración si echo a cara o cruz cuál ha de recibir la última dosis de la medicina”.

⁸⁴ Machado Ruiz sostiene a este respecto que ciertas diferencias de trato “no solo no se oponen al principio de igualdad, sino que parecen exigidas por dicho principio y constituyen un elemento ineludible para su debida efectividad”. Cfr. María Dolores MACHADO RUIZ, *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art. 511 CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 36.

⁸⁵ Eficacia y eficiencia son dos principios rectores del quehacer de la Administración ampliamente reconocidos. Cfr. Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2018 (14ª), p. 132. Como apunta SAMAHA (2009, 12), existen otros mecanismos de decisión altamente eficientes, como el reparto en partes alícuotas o el establecimiento de criterios materiales nítidos, como el orden alfabético o la edad.

El sorteo, en primer lugar, reduce los costes procedimentales para el adjudicador, que puede adoptar la decisión de manera relativamente expeditiva, sin tener que invertir recursos en determinar la fuerza de las pretensiones de cada candidato, sea en términos de capacidad, mérito, necesidad, deseo, etc.⁸⁶ Por otro lado, los sorteos reducen la conflictividad, ya que ante la ausencia de razones sustantivas que fundamentan el resultado del sorteo —y, por ende, la decisión pública— el número de impugnaciones se reduce de forma radical⁸⁷.

En determinados procedimientos de adjudicación el sorteo es eficiente también para los propios aspirantes, que no deben invertir recursos en competir por el bien, ya sea haciendo méritos para un concurso, preparando un examen, guardando cola para una asignación basada en la prioridad temporal o litigando⁸⁸.

Aunque renunciamos a descender a detalles, distintos sorteos previamente discutidos presentan otras ventajas en términos de eficiencia. Así, la vigilancia aleatoria permite el ahorro de recursos públicos sin menoscabar el efecto preventivo del sistema sancionador; como también podría hacerlo el hipotético sorteo de los infractores o delincuentes que deben enfrentarse a procedimientos sancionadores⁸⁹.

... pero puede dar lugar a ineficiencias

A pesar de las ventajas anteriormente expuestas, los sorteos también pueden generar ineficiencias, al menos de tres maneras. Veamos cómo.

En primer lugar, la adjudicación aleatoria de un recurso, carga o tarea es una adjudicación ciega, que no atiende a las diferencias entre los candidatos. De ello se deriva que, salvo excepciones, la decisión no recaerá sobre el mejor candidato, por lo que la adjudicación no será eficiente⁹⁰. En efecto, por muy eficiente que el proceso de adjudicación resulte, su resultado no lo será salvo accidentalmente. La asignación aleatoria de casos entre los jueces, por poner tan solo un ejemplo, impide que cada litigio sea resuelto por el juez que mejor conoce dicha materia, lo que perjudica la eficacia y la calidad de la Administración de justicia⁹¹.

⁸⁶ Esta ventaja podría relativizarse atendiendo a la progresiva incorporación de herramientas tecnológicas automatizadas para la adopción de decisiones públicas, como algoritmos o sistemas de “inteligencia artificial”. Sea de ello lo que fuere, dichos instrumentos han de ser programados y evaluados periódicamente, amén de operar con datos que es preciso recabar, estandarizar y proteger, cargas todas ellas que el sorteo aligera.

⁸⁷ ROMÁN CORDERO, 2023: 103. Huelga decir que siempre cabe recurrir el proceso de celebración del sorteo, cuando se entiende que el mismo ha sido adulterado o no ha resultado equitativo. Así sucedió, por ejemplo, en diversos sorteos celebrados en Estados Unidos para reclutar soldados para la Primera y la Segunda Guerra Mundial. Cfr. FIENBERG, 1971.

⁸⁸ ELSTER, 1998: 39.

⁸⁹ Una profundización en este argumento puede consultarse en SAMAHA, 2009: 16.

⁹⁰ Así lo destacan, entre otros, DUXBURY, 1999: 58; y PERRY y ZARSKY, 2015: 1067-1068.

⁹¹ En idéntico sentido, en el supuesto de la vigilancia aleatoria se renuncia a focalizar la atención en las personas más sospechosas, lo que puede prevenir sesgos discriminatorios, pero también reducir

Otras formas de adjudicación que atienden al mérito, la capacidad, la necesidad o el deseo, cuyo *iter* procedimental quizá sea más costoso, arrojan resultados más eficientes, toda vez que permiten seleccionar a las personas idóneas para hacer rendir el recurso o desempeñar la tarea.

Esta ineficiencia podría paliarse permitiendo el mercado secundario del recurso sorteado, de forma que quienes tengan interés en el recurso puedan adquirirlo de aquellos agraciados —o perjudicados— por el sorteo. El mercado secundario ha generado interesantes debates en relación con el sorteo para ser llamado a filas en tiempos de guerra o la adjudicación de viviendas de protección oficial, ámbitos en los que las transacciones posteriores al sorteo han sido generalmente restringidas por el ordenamiento⁹². La principal ventaja de este mercado es que el recurso tiene una mayor probabilidad de llegar a la persona que más lo desea o que lo empleará de forma más eficiente; el principal inconveniente es que puede incentivar la especulación, incrementando artificialmente el interés en el recurso.

La segunda ineficiencia de los sorteos se produce, precisamente, por el posible incremento del interés en el recurso sorteado. Tanto el sorteo como el mercado secundario invitan a considerar la eventual producción de un efecto llamada entre personas poco cualificadas o sin interés real en el recurso, que concurren al sorteo bien “para ver si hay suerte”, aunque carezcan de la cualificación suficiente para hacerlo rendir; bien con la intención de revender el recurso si resultan escogidos. Dicho en otros términos, el sorteo puede “inflar” artificialmente el número de interesados, ya que desactiva los mecanismos de autoexclusión propios de otros sistemas selectivos (la necesidad de estudiar una oposición, pujar en una subasta, guardar cola, etc.)⁹³.

El aumento de solicitantes implica ineficiencias tanto durante el proceso de asignación, al tener que atender a un mayor número de candidatos; como tras su celebración, ya que la probabilidad de que resulte seleccionado un candidato inidóneo se incrementa.

En tercer lugar, la técnica del sorteo puede generar ineficiencias al desincentivar la competencia entre los aspirantes a un determinado recurso o tarea, como analizamos a continuación.

4.4. El sorteo genera incentivos positivos y previene negativos...

Dejar al azar el sentido de una decisión puede influir en el curso de actuación de las personas potencialmente afectadas, incentivando y desincentivando ciertas conductas. Algunos de estos incentivos y desincentivos son indudablemente positivos.

En cuanto a los incentivos positivos, pueden referirse cuatro.

la tasa de inspecciones “exitosas”, entendiéndose por tales aquellas que desvelan infracciones o delitos.

⁹² Sobre el debate acerca de los mercados secundarios, véase DUXBURY, 1999: 154 y ss.

⁹³ PERRY y ZARSKY, 2015: 1087.

En primer lugar, y respecto de los sorteos voluntarios, es plausible que el sorteo incremente el número de interesados, la participación en el procedimiento. Cuando la asignación de un recurso obedece a razones de necesidad, mérito, capacidad o espera, muchas personas desisten de aspirar a este, por carecer de las cualidades que les hacen elegibles o no estar dispuestas al realizar el esfuerzo o sufrir el desgaste que exige el proceso selectivo. Los motivos para la autoexclusión desaparecen cuando la asignación se deja a la suerte, de forma que más interesados se presentarán al proceso de selección⁹⁴. Debidamente diseñados, los sorteos reducen el coste de participación en los procedimientos selectivos o de adjudicación, abriendo la puerta a una mayor participación. Imaginemos que un determinado cargo judicial, en lugar de proveerse por concurso de méritos o un proceso electoral, se sortea entre los candidatos con un mínimo de años de servicio. Es muy probable que algunos jueces que nunca harían campaña a su favor —o que se saben con menos méritos que otros colegas que aspiran al cargo—, decidan concurrir al sorteo. Pues bien, habida cuenta de que la participación política, económica, cultural y social es generalmente considerada como valiosa, el empleo de procedimientos selectivos que la incentiven, como el sorteo, debe ser bienvenido. Cuestión distinta es que dicha multiplicación de aspirantes contribuya a la eficiencia del procedimiento o de su resultado, como tuvimos ocasión de exponer con anterioridad.

Los sorteos también pueden incentivar una mayor sinceridad en la manifestación de las preferencias de los ciudadanos, ofreciendo información valiosa a los poderes públicos. Veámoslo con dos ejemplos. Está demostrado que, a la hora de solicitar plaza en centros escolares de la red pública, muchas familias no eligen su centro preferido, sino aquél en el que piensan que tienen más probabilidades de entrar. Y ello porque el sistema de adjudicación más extendido —conocido como mecanismo Boston— da prioridad a las primeras opciones de cada familia, de modo que, si una familia finalmente no entra en el primer centro solicitado, fácilmente puede ser admitida en aquél que ha situado en último lugar. Por este motivo, son muchas las familias que renuncian a expresar sus preferencias reales y manifiestan otras más “realistas” —y menos sinceras— para conseguir, al menos, su segunda o tercera mejor opción⁹⁵. Si la asignación de plazas incorporara algún elemento aleatorio, dicho comportamiento estratégico dejaría de tener sentido y las familias ordenarían sus opciones de acuerdo con sus preferencias reales, con una mayor sinceridad. En esta misma línea, se ha sugerido que los representantes políticos, en lugar de ser elegidos mediante fórmulas proporcionales en función del número de votos obtenidos, se eligieran mediante un sorteo que ponderase las probabilidades de resultar elegido de acuerdo con el número de votos⁹⁶. Imaginemos que, en un municipio de 120 habitantes donde se eligen cinco concejales, se presentan tres partidos: el primero obtiene 80 votos, el segundo 30 y

⁹⁴ STONE, 2009: 387-388.

⁹⁵ Sobre el particular, véase Álvaro FERRER y Lucas GORTAZAR, “Diversidad y libertad. Reducir la segregación escolar respetando la capacidad de elección de centro”, *Esade EcPol Insight*, núm. 29, 2021, pp. 1-28.

⁹⁶ Para una propuesta detallada en este sentido, véase AMAR, 1984.

el tercero 10. El sistema aleatorio propuesto supondría introducir los 120 votos en una urna y sacar al azar cinco papeletas, que determinarían la composición del Pleno municipal. Este sistema desincentiva el voto útil y fomenta la sinceridad de los electores, de forma que los votos finales —no así necesariamente los concejales— revelarían de forma mucho más exacta las preferencias políticas de los ciudadanos.

En tercer lugar, y en el contexto del ejercicio de potestades de policía, la técnica del sorteo puede incentivar un mayor respeto del ordenamiento jurídico. Y ello porque cuando los destinatarios de las normas —y de la vigilancia— no pueden predecir cuándo serán objeto de escrutinio por parte de los agentes de la autoridad, tienden a conformar su conducta a la norma como si fueran a ser efectivamente inspeccionados⁹⁷. La aleatoriedad dota a la vigilancia pública de una imprevisibilidad que resulta idónea para reforzar la eficacia preventiva general de los regímenes sancionadores.

Los sorteos, finalmente, pueden incentivar el debate público y afinar el ajuste de los recursos o cargas a distribuir entre la ciudadanía. En efecto, la escasez de recursos disponibles —o la necesidad de distribuir ciertas cargas— no suele venir dada o ser ineluctable, sino que habitualmente es consecuencia de una decisión política. Pues bien, cuando las personas poderosas no pueden garantizarse el recurso o escapar de la carga, porque su asignación se efectúa mediante un sorteo en el que participan y que no pueden controlar, puede suceder que influyan activamente para incrementar el recurso disponible o suprimir la carga, modificando así “la cantidad de suerte” a repartir⁹⁸. En este sentido, algún autor ha sostenido que una de las causas que contribuyó a la finalización de la guerra del Vietnam fue una modificación del sorteo de llamamiento a filas, consistente en eliminar la exención para estudiantes universitarios, habitualmente jóvenes de clases medias y altas. Enfrentadas a la posibilidad real de ver partir a sus hijos universitarios al frente, muchas familias influyentes estadounidenses abogaron por la finalización de ese conflicto bélico⁹⁹.

La celebración de sorteos, por otro lado, también desincentiva comportamientos considerados negativos.

Posiblemente, el más palmario es el desincentivo de interferencias externas en el proceso de toma de decisiones. En efecto, como ya hemos tenido ocasión de señalar, el sorteo “higieniza la decisión”, minimizando los riesgos de presiones, manipulación, corruptelas, tráfico de influencias y captura del regulador¹⁰⁰. Cuando se trata de seleccionar a una persona para una determinada tarea de relevancia, el sorteo

⁹⁷ PERRY y ZARSKY, 2015: 1074.

⁹⁸ ELSTER, 1998: 68; GOODWIN, 2005: 400; y PERRY y ZARSKY, 2015: 1090.

⁹⁹ DUXBURY, 1999: 57. En esta misma línea argumental, GOODWIN (2005: 1998) sostiene que la manera más rápida de terminar con muchas guerras sería hacer llamamientos a filas mediante un sorteo en el que pudieran ser elegidos los políticos que adoptan la decisión de combatir. En sentido opuesto, PERRY y ZARSKY (2015: 1058) sugieren que el sorteo también puede emplearse para hurtar ciertas cuestiones del debate público, atribuyendo a la mala suerte la privación de un recurso, en lugar de discutir la decisión política que determina su escasez.

¹⁰⁰ Como es lógico, el riesgo de interferencias externas no desaparece totalmente, ya que siempre existirá la posibilidad de manipular la propia celebración del sorteo.

también hace inútil cualquier campaña, ya sea de promoción o desprestigio, lo que puede incentivar la participación¹⁰¹.

El sorteo, por otro lado, desincentiva la realización de esfuerzos para resultar escogido, ahorrando a los candidatos determinadas cargas que pueden resultar costosas y —para algunos de ellos— revelarse inútiles si no resultan finalmente elegidos. Pongamos algunos ejemplos. En Estados Unidos se ha sugerido sortear entre candidatos cualificados las plazas en las universidades más prestigiosas, a fin de evitar el desgaste que para miles de adolescentes y sus familias comporta preparar durante largos años el mejor *currículum vitae* posible para ser seleccionado¹⁰². Ese sorteo —sobre el que volveremos más adelante— desincentivaría la competencia feroz que actualmente se libra sobre esas plazas. En el ámbito judicial, desde algunas tribunas se ha planteado dirimir mediante sorteo los pleitos por la custodia exclusiva de un menor, lo que presumiblemente reduciría la litigación y ahorraría al menor —y, de paso, a sus progenitores— el desgaste ínsito a esos procesos judiciales, particularmente penosos¹⁰³. La opción por el sorteo, por último, también pueden evitar la inversión de tiempo —relativamente inútil— que supone guardar cola para obtener un recurso, como puede ser una plaza en una escuela oficial de idiomas cuando la matrícula se formaliza por orden de llegada.

Finalmente, Hofstee argumenta que adjudicar de forma aleatoria determinados recursos escasos desincentiva la competencia a la baja que puede producirse cuando estos se asignan en clave de necesidad, en el contexto de esquemas de discriminación positiva conforme a los cuales no compensa mejorar la propia situación, a riesgo de perder el bien deseado¹⁰⁴. Ilustrémoslo con un ejemplo de trazo grueso. Si la adjudicación de plazas en guarderías públicas se asigna conforme al criterio de renta, es posible que algunos padres autónomos opten por facturar menos el año en que se dilucida la admisión, o descarten por el momento buscar empleo o aspirar a uno mejor. Adjudicar esas plazas por sorteo, *contrario sensu*, desactivaría ese incentivo pernicioso y podría desbloquear aspiraciones a una situación mejor¹⁰⁵.

¹⁰¹ Como apunta ROMÁN CORDERO (2023: 108) la amenaza de sufrir una campaña de desprestigio, indudablemente, desincentiva la participación.

¹⁰² Cfr. Barry SCHWARTZ, “Top Colleges Should Select Randomly from a Pool of *Good Enough*”, *Chronicle of Higher Education*, febrero de 2005, pp. 20-25.

¹⁰³ Sobre el particular, entre otros, véase: ELSTER, 1998: 123-174.

¹⁰⁴ HOFSTEE, 1990: 755.

¹⁰⁵ Los amantes del baloncesto quizá conozcan la práctica del *tanking* en la NBA, consistente en perder partidos a propósito para caer en la clasificación y, de este modo, tener prioridad a la hora de elegir jugadores en el *draft* de la siguiente temporada. Ello demuestra que, en ciertos contextos, cuando los recursos escasos —nuevos jugadores— se reparten por orden de necesidad —quién ha quedado peor en la liga—, puede producirse una competencia a la baja. Una de las fórmulas orquestadas en la NBA para evitar el *tanking* es, precisamente, la celebración de un sorteo ponderado, que evite que siempre los últimos equipos tengan prioridad en la selección de nuevos jugadores. Sobre el particular y con un tono divulgativo, véase: Alejandro GAITÁN: “Wembanyama y el arte de perder a propósito: ¿qué es el *tanking* y cuáles son sus peligros?”, *Relevo.com*, 11 de octubre de 2022. Disponible en: <https://www.relevo.com/baloncesto/nba/tanking-perder-pensando-futuro-20221009041521-nt.html> (última visita: 25.02.2025).

... pero también previene incentivos positivos y genera negativos

No todo el impacto de los sorteos en términos de incentivos y desincentivos resulta positivo. En efecto, incorporar elementos aleatorios en una decisión pública puede prevenir incentivos positivos y generar incentivos perniciosos entre las personas afectadas.

El sorteo, en primer lugar, es un instrumento desmovilizador, previniendo los efectos positivos de una sana competencia¹⁰⁶. La impermeabilidad de los sorteos a las diferencias entre candidatos evita, sí, tanto las patologías de una competencia desbocada como la injusticia de una competencia en que no todo el mundo parte de idéntica posición. Pero las evita al precio de desincentivar cualquier esfuerzo por mejorar, destacar o diferenciarse de los demás, ya que dicho esfuerzo por sobresalir no tendrá recompensa alguna. Y ello porque, como concluye Duxbury, “a fin de cuentas no tiene sentido trabajar duro para recibir una recompensa que luego será distribuida al azar”¹⁰⁷. Así, por ejemplo, si las plazas para estudiar Medicina en una determinada facultad se adjudican por sorteo y no por nota, muy probablemente los estudiantes de bachillerato perderán un poderoso incentivo para esforzarse y sobresalir en sus estudios, esfuerzo que a la postre les beneficiará independientemente de que sean admitidos o no en la citada facultad¹⁰⁸.

En el hipotético caso de que algunos litigios se resolviesen por sorteo, éste prevendría la creación de jurisprudencia y la consiguiente maduración de la reflexión judicial. Asimismo, puesto que los antecedentes no tendrían influencia alguna en las decisiones judiciales —el sorteo no tiene memoria—, se desincentivaría que los ciudadanos acomodasen sus conductas a las pautas que van fijando los tribunales en su interpretación del Derecho, ya que dichas pautas, lisa y llanamente, no existirían¹⁰⁹. Todavía en el ámbito judicial, las resoluciones aleatorias prevendrían el esfuerzo probatorio de las partes, de modo que los tribunales tendrían menos luz a la hora de juzgar. Esto, a su vez, podría desincentivar la constitución de evidencias registrales o documentales en el tráfico jurídico —ya que a la postre su valor judicial sería nulo—, lo que generaría una indudable inseguridad —cuando no caos— jurídico.

Por lo que se refiere a los incentivos negativos, ya nos hemos referido al incremento del interés en el bien o tarea que se adjudica entre personas que no reúnen las

¹⁰⁶ AUBERT, 1959: 4.

¹⁰⁷ DUXBURY, 1999: 58.

¹⁰⁸ PERRY y ZARSKY (2015: 1072) califican este efecto como *spillover* o derrame: la conducta positiva que la competencia incentiva redundaría en beneficio de todos los candidatos, resulten o no adjudicatarios del recurso escaso. Respecto de la admisión a estudios sobredemandados, HOFSTEE (1990: 749) argumenta exactamente en sentido opuesto, señalando que la selección por nota desmotiva a una amplia mayoría de estudiantes, que no son brillantes y sabrán de entrada que su acceso a esos estudios resulta prácticamente imposible.

¹⁰⁹ Sobre el impacto de los sorteos en la creación de jurisprudencia, véase DUXBURY, 1999: 133 y 170.

condiciones para emplearlo o ejercerla de manera idónea. Mientras que otros procedimientos selectivos desincentivan el interés de estas personas —o las descalifican rápidamente—, el sorteo los equipara al resto de aspirantes, lo que indudablemente fomenta su participación —“por si suena la flauta”, como quien dice—, y reduce las opciones de los candidatos más cualificados. El siguiente ejemplo lo ilustra bien. A principios de los años 80, en Estados Unidos se decidió adjudicar las licencias de radiotelevisión por sorteo, con la intención de hacer la asignación más eficiente e imparcial¹¹⁰. Atraídas por la posibilidad de resultar seleccionadas, muchas empresas sin experiencia en el sector, que con otros sistemas electivos no hubieran tenido opción alguna, concurrieron al sorteo, y algunas de ellas fueron seleccionadas. Pues bien, como era de esperar —pero parece que nadie esperó—, varias de estas empresas fueron incapaces de prestar el servicio en las condiciones de calidad exigidas por la licencia. Y ello porque una cosa es presentarse a un concurso con ciertos sueños de ganancias y la mejor de las intenciones, y otra prestar un servicio de radiodifusión consistente, lo que requiere un *know how* y una estructura empresarial que no se improvisan¹¹¹. No es de extrañar, pues, que las autoridades norteamericanas optaran por renunciar al sorteo y reconducir la adjudicación a otros procedimientos más tradicionales¹¹². Si bien en ciertos contextos el incremento de la participación puede resultar ventajoso, en otros, como el aquí expuesto, resulta problemático.

La movilización indeseada que los sorteos a veces incentivan podría traducirse en un incremento de la litigiosidad, si los pleitos se resolviesen mediante sistemas aleatorios. Aunque algunos autores han sostenido que los sorteos en sede judicial mitigarían la litigiosidad y propiciarían el intercambio de información y las transacciones entre las partes, tampoco hay que excluir que tuvieran el efecto contrario: que personas que no se plantean ir a juicio por saber que la fuerza de sus pretensiones es débil, se animaran a hacerlo al saber que la resolución de los asuntos es aleatoria, lo que incrementaría hasta el 50% sus opciones de resultar vencedoras. Por otro lado, el sorteo desequilibraría las negociaciones extraprocerales en favor de la parte con menos opciones en caso un juicio al uso o con menos aversión al riesgo¹¹³.

Finalmente, la opción de decidir por sorteo abre la puerta a un último incentivo negativo entre quienes están llamados a tomar la decisión: el de recurrir a una salida fácil, a un atajo, para evitar decisiones complejas o difíciles. Bajo esta perspectiva, se ha aventurado que la posibilidad de sortear podría resultar una invitación a la

¹¹⁰ Cfr. Henry M. RIVERA, “Licensing by Lottery: the FCC’s experience”, *Administrative Law Review*, núm. 35-1, 1983, pp. 53-54.

¹¹¹ Tras analizar en detalle el sorteo de las estaciones de radio, PERRY y ZARSKY (2015: 1084) señalan que se podría evitar la concurrencia de candidatos poco cualificados o con un interés remoto en el recurso elevando los costes de participación en el sorteo.

¹¹² Algo similar sucedió en dicho país con las concesiones para extraer petróleo y gas en terrenos públicos, que entre 1960 y 1987 se repartieron por sorteo. Cfr. SAMAHA, 2009: 19.

¹¹³ Así lo explica ELSTER (1998: 172) en el contexto de un hipotético sorteo sobre la custodia exclusiva de los hijos comunes.

molicie¹¹⁴. En efecto, ¿para qué desgastarse intentando adoptar la solución más justa cuando todo puede resolverse lanzando una moneda al aire?

4.5. El sorteo evita la presunción y el estigma...

En la línea de los desincentivos positivos, también se ha enumerado entre las ventajas de los sorteos su capacidad para desactivar ciertas reacciones psicológicas entre los participantes en procedimientos de adjudicación: la presunción de los ganadores y la humillación de los perdedores. Estas reacciones a la adjudicación, hasta cierto punto naturales, conllevan una victoria o victimización secundaria, reforzando los efectos positivos o negativos de obtener o ser privado del recurso escaso¹¹⁵. Quien lo obtiene, junto con el recurso, recibe una suerte de reafirmación sobre su valía, que puede a su vez dar pie a la presunción. Quien no lo obtiene, junto a la privación, debe padecer el juicio negativo que el haber sido preterido trae consigo, lo que puede generar desánimo, una merma en la autoestima o incluso un estigma.

Frente a otros procedimientos de asignación que implican la realización de juicios sobre el mérito, la capacidad o la valía de los aspirantes, el sorteo se caracteriza por resolver de forma “ciega”, lo que supone que ni el ganador debería sentirse orgulloso ni el perdedor humillado por el resultado. Esta característica de los sorteos resulta particularmente ventajosa cuando distinguir entre aspirantes implica realizar un juicio sobre aspectos importantes en la vida de las personas o sobre su valía personal. Pensemos en un juicio sobre quién debe ejercer la custodia exclusiva de un menor, o sobre qué persona debe recibir un determinado tratamiento médico escaso. Si la decisión en estos casos se deja al azar, ninguno de los candidatos podrá extraer consecuencias sobre su valía como padre o como persona, lo que indudablemente mitiga los efectos secundarios e indeseables de la concreta asignación, ya sea en términos psicológicos o reputacionales¹¹⁶.

Frente a la fatuidad y el estigma que la decisión basada en criterios sustantivos es idónea para producir (“bien hecho”, “te lo mereces”, “fracasado”, “ya se ve que no eras el mejor”...), algunos autores expresan su convicción de que los sorteos podrían contribuir a una mayor extensión de la solidaridad y la empatía¹¹⁷. Así lo explica SCHWARTZ, refiriéndose a un hipotético sorteo para acceder a las universidades estadounidenses más codiciadas: “darte cuenta de que has sido afortunado puede hacerte más empático con los contextos vitales de otras personas. Puede incrementar tu inclinación a acercarte y ayudar a otras personas que no han tenido tanta suerte como tú (...). A fin de cuentas, el perdedor en el sorteo podríais haber sido tu hijo o tú”¹¹⁸.

¹¹⁴ Cfr. DUXBURY, 1999: 54.

¹¹⁵ Sobre esta adjudicación “secundaria”, cfr. PERRY y ZARSKY, 2015: 1061 y ss.

¹¹⁶ Cfr. ELSTER, 1998: 171 y ss.

¹¹⁷ GOODWIN, 2005: 453.

¹¹⁸ Barry SCHWARTZ, “Why selective colleges should become less selective -and get better students”, *Capitalism and Society*, núm. 11-2, 2016, p. 14.

... pero al precio de vaciar la libertad

El carácter aleatorio del sorteo hace que quienes lo afrontan no puedan hacer nada para determinar su resultado, lo que resta sentido a su actividad. Este potencial “desactivador” de los sorteos ha sido abordado cuando tratamos sus efectos desincentivadores, que pueden ser tanto positivos —v.g., desincentivando los intentos de amaño— como negativos —v.g., desincentivando el esfuerzo personal por cualificarse mejor para una tarea—.

Si entonces presentamos los diversos desincentivos de forma singularizada, la objeción que ahora traemos a colación los presenta conjuntamente, subrayando cómo los sorteos pueden ser considerados contrarios a la dignidad humana, ya que obvian por completo las circunstancias, méritos y capacidades de los candidatos, tratándolos como si fueran números, como si su individualidad y sus opciones personales no contasen¹¹⁹. Desde esta perspectiva, y por utilizar un término muy en boga, los sorteos pueden ser acusados de desempoderar a los ciudadanos, dejándolos al albur de una aleatoriedad caprichosa.

Los sorteos, es verdad, pueden ser idóneos para prevenir los sentimientos de preunción y fracaso, el honor y el oprobio. Ahora bien, estas consecuencias de los propios actos no resultan siempre injustas e indeseables. Frecuentemente actúan como una recompensa o castigo interno o social, y tienen una importancia nada desdeñable como motor y guía de la conducta. Desactivar esos premios y castigos mediante sorteos supone renunciar a un poderoso instrumento de conformación social y de la personalidad¹²⁰. Suprimir las consecuencias de las opciones personales equivale, frecuentemente, a vaciar de sentido el ejercicio responsable de la propia libertad.

4.6. El sorteo excluye responsabilidades...

Un último argumento en favor de los sorteos es que permiten adoptar decisiones sin que nadie tenga que asumir la responsabilidad, carga o estrés que trae consigo la decisión. Este atributo del sorteo —que permite «decidir sin decidir»— es interesante en situaciones particularmente graves, en las que se dilucidan cuestiones de vida y muerte, y en las que nadie se siente inclinado o legitimado a adoptar la decisión y arrostrar sus consecuencias. Pues bien, en estas situaciones el sorteo permite superar la encrucijada sin tener que cargar a nadie con las consecuencias de la decisión¹²¹.

¹¹⁹ Esta objeción a los sorteos es presentada por Dael WOLFLE, “Chance, or Human Judgement?”, *Science*, vol. 167, núm. 3922, 1970, p. 1201; y por STONE, 2009: 380.

¹²⁰ PERRY y ZARSKY (2015: 1070) destacan cómo la autoestima y el honor resultante de ser preferido por determinados méritos resulta un poderoso acicate para que el individuo actúe de forma socialmente deseable.

¹²¹ HOFSTEE, 1990: 760; y también, DUXBURY, 1999: 48.

Esta ventaja de los sorteos se ha planteado y discutido en supuestos límite, como la elección de qué naufrago debe ser arrojado por la borda para prevenir que el bote salvavidas se hunda, o servir de alimento al resto de supervivientes¹²². Quizá con menor dramatismo, pueden plantearse situaciones similares en el ámbito de la distribución de recursos médicos o de bienes muy valiosos en contextos de indeterminación, como los que estudiamos más arriba. Piénsese en la asignación de un respirador en un contexto de pandemia, en una máquina de diálisis en un país poco desarrollado o una vivienda de protección oficial para una familia en situación de vulnerabilidad. En este orden de cosas, se ha sostenido que los sorteos resultan especialmente pertinentes en la asignación de cargas, como el llamamiento a filas en una situación de conflicto armado¹²³.

Posiblemente, la opción de “decidir sin decidir” también puede resultar conveniente en la asignación de beneficios o cargas de menor trascendencia, como el orden de elección de las vacaciones, unas guardias hospitalarias o la sustitución de un profesor que atraviesa un proceso gripal.

GREELY conjetura que las decisiones aleatorias, sin un responsable a quien culpar, son más fáciles de aceptar que otras basadas en principios, criterios o razones decididas por terceros —normalmente, un poder público—, con quien se puede abiertamente discrepar¹²⁴.

... pero elimina la imputación, la motivación y la previsibilidad de las decisiones públicas

Como es sabido, tres claves de actuación de los poderes públicos en un Estado de Derecho son la imputación, la motivación y una cierta previsibilidad, de modo que sus decisiones no deberían ser anónimas, arbitrarias ni impredecibles.

Pues bien, decidir mediante sorteo —de algún modo— erosiona cada una de estas tres claves, ya que la decisión aleatoria no resulta imputable a nadie, se presenta ayuna de razones sustantivas y resulta hasta cierto punto imprevisible.

Aunque la opción por el sorteo pueda ser racional y justa —*de facto*, sí es imputable a un órgano y se asienta sobre razones, precisamente aquellas que recomiendan su celebración—, en muchos casos no será socialmente admisible. Y ello porque, como apunta DUXBURY, a menudo las personas no queremos decisiones justas, sino decisiones imputables, motivadas y previsibles: provenientes de personas a quienes podamos responsabilizar; basadas en razones que podamos conocer; y con resultados

¹²² Un supuesto parecido fue resuelto por el Tribunal Supremo norteamericano en su Sentencia *United States v. Holmes*, 26 F. Cas. 360, 367 (C.C.E.D. Pa. 1842) (No. 15.383). Sobre el particular, véase LEIMAN, 1978.

¹²³ Así lo señalan ELSTER, 1998: 105; STONE, 2009: 379; y PERRY y ZARSKY, 2015: 1061.

¹²⁴ GREELY, 2011: 123-124. En idéntico sentido, GOODWIN, 2005: 3100.

que podamos anticipar, que no impongan en los destinatarios —mayoritariamente alérgicos al riesgo— dosis innecesarias de incertidumbre¹²⁵.

La ventaja de la exclusión de responsabilidades tiene, por tanto, el envés de dejar la decisión pública en una suerte de “tierra de nadie”, lo que puede generar en sus destinatarios una punzante sensación de indefensión, frustración y zozobra, así como una desafección hacia lo público¹²⁶. En esta línea, se ha advertido que decidir mediante sorteo puede ser interpretado como una forma de arrogancia, holgazanería, frivolidad o incompetencia de quien debe adoptar la decisión; o como una trivialización de su tarea decisora¹²⁷.

5. DISCRETA APOLOGÍA DE LOS SORTEOS EN EL ÁMBITO PÚBLICO

En el epígrafe precedente hemos analizado las principales ventajas e inconvenientes de los sorteos como instrumento para la toma de decisiones públicas. A pesar de sus numerosas ventajas, sin embargo, esta técnica de decisión tiene una presencia residual en el ámbito del Derecho público, muy refractario hasta la fecha a introducir elementos de azar en los procesos decisorios. A día de hoy, preciso es señalarlo, los sorteos generalmente se emplean como última alternativa, cuando se han agotado o resultan inviables el resto de formas o criterios de decisión¹²⁸.

En el presente epígrafe, y a modo de conclusión, pretendemos reivindicar esta forma de adopción de decisiones, destacando cómo en determinadas circunstancias el sorteo puede constituir un elemento sofisticado de justicia e innovación, contribuyendo a superar problemas que generan o no resuelven otros mecanismos decisorios.

Por motivos de espacio, nos contentaremos con esbozar a grandes rasgos un elenco de propuestas de índole heterogénea, pensando específicamente en el contexto español. El propósito descriptivo y sintético de nuestro estudio impide detenernos en cada una de ellas, que podrán dar lugar a futuras investigaciones. Más que una batería de propuestas nítidamente delineadas, por lo tanto, lo que se pretende es realizar una discreta apología de los sorteos, invitando al lector a reflexionar sobre todo el potencial que este procedimiento decisorio —considerado todavía por muchos como algo excéntrico— puede tener en el ámbito jurídico-público.

¹²⁵ DUXBURY, 1999: 14.

¹²⁶ GREELY, 2011: 123.

¹²⁷ En este sentido, DUXBURY, 1999: 93; SAMAHA, 2009: 50; y PERRY y ZARSKY, 2015: 1063-1064.

¹²⁸ Así se deduce, por ejemplo, del artículo 92.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, sobre autorizaciones demaniales; el ya citado artículo 552-11 del Código Civil Catalán (CCCat), sobre la adjudicación de la vivienda familiar cuando se disuelve la comunidad de bienes; o la abundante normativa sobre asignación de plazas escasas en centros educativos, en la que el sorteo se establece como último recurso.

5.1. El sorteo y la despolitización: el Consejo General del Poder Judicial

Como es sabido, la elección de miembros del Consejo General del Poder Judicial se ha convertido en los últimos años en un *casus belli* que enfrenta a los principales partidos políticos y asociaciones de jueces y magistrados¹²⁹. Frente al sistema de elección actual, muy determinado por las mayorías parlamentarias y que conlleva una acusada captura partidista, son recurrentes las propuestas tendentes a despolitizarlo mediante un sistema de elección que dé mayor protagonismo a los miembros de la carrera judicial¹³⁰. Estas propuestas, sin embargo, suelen toparse con la resistencia de los partidos políticos, que denuncian el peligro de corporativismo latente ese sistema alternativo de selección.

Pues bien, una posible forma de despolitizar el órgano de gobierno del Poder Judicial sería la selección mediante sorteo de sus doce miembros provenientes de la carrera judicial, entre aquellos magistrados que cumplieran determinados requisitos de antigüedad, mérito y capacidad, y que se postularan como candidatos¹³¹.

Un sorteo así contribuiría a despolitizar el órgano, aislándolo frente a injerencias tanto políticas como corporativistas; garantizaría una cierta representatividad de los miembros de la carrera judicial; y daría entrada a personas con perfiles más plurales y menos politizados. Todo ello podría robustecer la legitimidad del Consejo, que atraviesa horas muy bajas por las banderías políticas que vienen rodeando la selección de sus miembros en los últimos lustros¹³².

5.2. Sorteos, méritos y métricas: el acceso a los estudios de Medicina

La asignación de ciertos recursos escasos en función del mérito está muy extendida y resulta frecuentemente razonable. En cualquier caso, en determinados contextos de competencia muy estrecha la aplicación de este criterio puede resultar complicada o producir efectos indeseados.

En el caso del acceso a estudios superiores muy demandados —v.g., la carrera de Medicina— la competencia es feroz, condiciona sustancialmente tanto el sistema

¹²⁹ La composición del Consejo viene regulada por los 122 CE y 567 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

¹³⁰ Así, por ejemplo, Rosario SERRA CRISTÓBAL, “La elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial. Una propuesta de Consejo más integrador e independiente”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013, pp. 299-321; y David ORTEGA GUTIÉRREZ, “La elección del Consejo General del Poder Judicial a debate: el contraste con Europa”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 30, 2021, pp. 1-20.

¹³¹ Desde tribunas doctrinales se ha propuesto esta selección aleatoria, por ejemplo, en: Francisco SOSA WAGNER, *La independencia del juez, ¿una fábula?*, La esfera de los libros, Madrid, 2016, pp. 259-260; y Rafael BUSTOS GISBERT, *Calidad democrática*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 128-129.

¹³² No se nos esconde, empero, que la alternativa del sorteo también plantea problemas. Entre ellos, destaca un debilitamiento de su legitimidad democrática, al desvincular su nombramiento de instancias representativas.

educativo como la vida de los candidatos durante meses —cuando no años—, y se dirime por unas pocas centésimas. Este fenómeno no es exclusivo de nuestro país, como acredita el sostenido debate en torno a la admisión de estudiantes en las universidades norteamericanas más prestigiosas¹³³.

Pues bien, frente a la lógica de la selección de los mejores aspirantes, que en España se articula en torno a la nota de acceso a la universidad, podría considerarse un sistema de admisión previa seguida de un sorteo¹³⁴. Mientras que el sistema actual pretende seleccionar a los mejores candidatos, comparándolos entre ellos en función de su nota de acceso, la admisión seguida de sorteo aspira a elegir a candidatos suficientemente buenos, cualidad que se constata comparando a cada aspirante con unos criterios previamente definidos que permitan predecir su éxito en los estudios que pretende acometer¹³⁵.

Este sistema presenta al menos cuatro ventajas.

En primer lugar, relativiza el valor de la nota de acceso a la universidad, índice cuantitativo que refleja correcta pero no precisa ni perfectamente la capacidad o mérito de cada candidato. Esta relativización resulta oportuna, ya que implica asumir dos cosas. De un lado, que pequeñas diferencias de décimas o centésimas no resultan significativas, toda vez que pueden obedecer a las diferentes varas de medir de los centros educativos de proveniencia o de quienes corrigieron las pruebas de acceso a la universidad, así como a la diferente dificultad de dichas pruebas en cada Comunidad autónoma¹³⁶. De otro lado, que la capacidad de un estudiante no es una realidad unifactorial que puede reducirse a un guarismo¹³⁷.

En segundo lugar, restar algo de trascendencia a la nota media puede mitigar la obsesión de estudiantes y centros educativos por los resultados —la famosa “nota de corte”—, obsesión que incentiva a los centros a enfocar su docencia exclusivamente al examen, y a los estudiantes que aspiran a estudios sobredemandados a focalizar toda su atención en el examen y la nota durante largos meses o años. Los criterios de admisión actuarían como una suerte de “cláusula de saciedad” a partir de la cual no tendría sentido realizar más esfuerzos, permitiendo a centros educativos y estudiantes emplear sus energías en otras direcciones menos “utilitaristas” y liberándoles de la agobiante carrera por diferenciarse en los méritos¹³⁸.

¹³³ Sobre el particular, y entre muchos, Schwartz, 2005.

¹³⁴ En el ámbito irlandés, HYLAND propone este sistema en: *Entry to Higher Education in Ireland in the 21st Century*, Higher Education Authority, Dublín, 2011.

¹³⁵ Abunda en esta distinción entre seleccionar y admitir HOFSTEE, 1990: 750-751.

¹³⁶ Como apunta SCHWARTZ (2016: 7), las diferencias entre los candidatos cualificados frecuentemente son menores que el margen de error de las herramientas que se utilizan para evaluarles. En idéntico sentido, Peter STONE, “Access to Higher Education by the Luck of the Draw”, *Comparative Education Review*, núm. 57-3, 2013, pp. 590-591.

¹³⁷ Para una crítica a la excesiva confianza otorgada a las métricas, también en el ámbito educativo, véase: Jerry Z. MULLER, *The Tyranny of Metrics*, Princeton University Press, Princeton, 2018.

¹³⁸ Sobre este aspecto es particularmente elocuente SCHWARTZ, 2016: 10 y ss.

En tercer lugar, la admisión seguida de sorteo sitúa el acceso a la universidad en la lógica de los derechos y la saca de las lógicas de la competencia y la eficiencia. Mientras que esta lógica lleva a elegir a los mejores, atendiendo a criterios de capacidad y buscando maximizar el retorno de los recursos públicos educativos; aquella hace elegible a todo aquél que reúna los requisitos mínimos, satisfaciendo así su derecho a realizar los estudios de su elección¹³⁹.

Finalmente, el sorteo contribuiría a erosionar lo que Michael Sandel ha denominado como “la tiranía” del mérito, mérito que muy frecuentemente tiene más que ver con cuestiones de cuna, habilidades innatas, oportunidades o pura suerte que con el esfuerzo y la capacidad real de cada persona¹⁴⁰.

Este conjunto de ventajas ha llevado a algunos países e instituciones educativas a utilizar el sorteo en la admisión de estudiantes en ciertos estudios universitarios con más demanda que oferta. La experiencia más conocida es la de Países Bajos, que durante más de dos décadas permitió a las facultades de Medicina seleccionar a sus estudiantes mediante un sorteo ponderado, y que, tras un hiato entre los años 1996 y 2023, recientemente ha vuelto a admitir dicho sistema¹⁴¹. Se trata de una fórmula inteligente y articulada, que bien podría ser ensayada en nuestro país.

5.3. El sorteo, la igualdad de trato y la construcción de comunidad: el acceso a los beneficios sociales y la elección de docencia

Si, como acabamos de exponer, la técnica del sorteo puede poner coto a la competencia por arriba y mitigar la meritocracia, también puede corregir la competencia por abajo, modulando los efectos de la discriminación positiva. Asimismo, puede contribuir a dinamizar la asignación de ciertos recursos, arrancándolos de las manos

¹³⁹ Cfr. HOFSTEE, 1990: 751. La disyuntiva entre la maximización y la satisfacción es presentada por GREELY, 2011: 121-122.

¹⁴⁰ Michael SANDEL, *La tiranía del mérito*, Debate, Madrid, 2020, pp. 59 y ss. Por varios de los motivos que hemos expuesto, el prestigioso profesor de Harvard se inclina también por el sorteo como forma de asignación de plazas en las universidades sobredemandadas, entre aquellos aspirantes que reúnan un buen nivel académico (SANDEL, 2020: 238). En esta misma línea, GOODWIN (2005: 425 y 3046) subraya que las propias capacidades o talentos frecuentemente son innatos, inmerecidos y aleatorios, lo que le lleva a defender un mayor recurso a los sorteos, que considera naturalmente antimeritocráticos.

¹⁴¹ El progresivo abandono y final prohibición del sistema en 2017 vino ocasionado por el polémico rechazo de una muy buena estudiante en tres sorteos celebrados en años consecutivos. La experiencia holandesa es discutida en detalle en Conan BOYLE, *Lotteries for education*, Imprint Academic, Exeter, 2010, pp. 141-162; y, más recientemente, en: Olle TEN CATE, “Rationales for a Lottery Among the Qualified to Select Medical Trainees: Decades of Dutch Experience”, *Journal of Graduate Medical Education*, núm. 13(5), 2021, pp. 612-615. WOLFLE (1970: 1201) trae también a colación el sistema seguido durante algunos años por la Escuela de Artes de Illinois, que elegía a sus estudiantes por sorteo entre los candidatos cualificados.

de unas élites y permitiendo una mayor rotación en su disfrute¹⁴². Se trata, en ambos casos, de prevenir el efecto *winner takes all* que pueden producir otras formas de asignación, y que tiene como consecuencia el desapego hacia lo público y una cierta fragmentación social¹⁴³. Veámoslo.

Nada de injusto tiene, por supuesto, que la distribución de los beneficios del Estado social incorpore mecanismos de discriminación positiva, atendiendo a las necesidades de algunos individuos o colectividades. Conviene que dicha opción, empero, se lleve a cabo de forma razonable y ponderada, para evitar tres consecuencias negativas: que los recursos terminen siempre en las mismas manos; que se penalice la iniciativa para salir de situaciones de desventaja; y que se excluya sistemáticamente a amplias clases sociales del acceso a esos beneficios. Llevada al extremo, la lógica de la discriminación positiva y la redistribución (en este caso, *loser takes all*) incentiva una competencia a la baja, donde cada persona y grupo se afana en buscar agravios o vulnerabilidades a los que poder acogerse para acceder a los recursos públicos. Y donde quienes no los encuentran se quedan con la extraña sensación de que el Estado social —al que contribuyen con sus impuestos— les ignora injustamente.

Dos ejemplos permiten ilustrar nuestra argumentación.

Imaginemos un matrimonio joven con dos hijos que lleva años viviendo en España y en el que ambos cónyuges trabajan por el salario mínimo interprofesional; y una familia monoparental migrante que lleva tres meses viviendo en nuestro país. Aplicando criterios de necesidad, probablemente la madre soltera tendrá prioridad a la hora de acceder a muchos recursos públicos: llevar a su hijo a una guardería pública, escolarizarle en el centro de su preferencia, conseguir una beca de comedor y acceder a una vivienda de protección oficial. El matrimonio, por su parte, a pesar de llevar años contribuyendo y de tener serias dificultades para acceder a la vivienda, criar a los hijos y conciliar, no tendrá opciones reales de acceder a esos beneficios sociales —que contribuye a generar y que tan bien le vendrían para llevar adelante su proyecto familiar—, ya que todos terminan en la persona que atraviesa una situación objetiva de mayor dificultad.

El segundo ejemplo, que podemos situar en el contexto estadounidense, es el de una estudiante blanca que se queda fuera de la universidad de su preferencia por una cuota racial que prioriza la admisión de personas de raza negra¹⁴⁴.

¹⁴² Sobre el potencial de los sorteos para evitar la creación de privilegios elitistas, GOODWIN, 2005: 151.

¹⁴³ GREELY, 2011: 115.

¹⁴⁴ Muy simplícidamente, este fue el caso de Barbara Grutter, cuya solicitud de acceso a la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan fue rechazada, en parte debido a la existencia de cuotas reservadas para personas de minorías raciales. Tras un largo itinerario procesal, en el que se planteó la posibilidad de sortear las plazas, el Tribunal Supremo dio la razón a la Universidad y a su política de admisión. Cfr. *Grutter v. Bollinger*, 123 S. Ct. 2325 (2003). KIM analiza este y otros dos supuestos similares en: “The colorblind lottery”, *Fordham Law Review*, núm. 9, 2003, pp. 12-17, defendiendo el mantenimiento de las cuotas y descartando el sorteo.

En ambos casos, la aplicación de criterios de necesidad o discriminaciones positivas tiene efectos perniciosos en la esfera de terceros, que quedan excluidos del acceso a ciertos recursos escasos a los que —en principio— tendrían —un cierto— derecho.

Cuando los criterios de necesidad se aplican en la asignación de unos pocos recursos que quizá no todos necesitan —como puede ser una beca de comedor—, el descontento que esta discriminación positiva genera entre los excluidos será, probablemente, pequeño, y debe ser ignorado. Ahora bien, cuando dichos criterios se aplican en la asignación de un creciente número de recursos que, además, amplias capas de la población entienden como necesarios —plaza en una guardería pública cuando ambos padres trabajan, admisión en el colegio o universidad de su preferencia, vivienda de protección oficial—, y pequeñas diferencias de renta determinan que los recursos vayan habitualmente a las mismas manos, el descontento es más comprensible y acaso deba ser atendido. Y ello porque si, como dice el manido lema de la Agencia Tributaria española, “Hacienda somos todos”, lo razonable es que todos podamos beneficiarnos de los recursos públicos. Una cosa es, como recomienda KIM defendiendo la llamada acción afirmativa, alterar las probabilidades (*altering the odds*) para que los más desfavorecidos puedan alcanzar un buen resultado y disfrutar de los beneficios del Estado social¹⁴⁵; y otra bien distinta es hacerlo hasta el punto de que quienes estaban *a priori* en una situación ventajosa —por su renta, mérito, capacidad o contribución— pierdan la mayoría de sus posibilidades de beneficiarse de lo común, con el desapego hacia lo político y lo público que de ello indudablemente se deriva.

En nuestra opinión, introducir sistemas aleatorios en la asignación de algunos de estos recursos puede ser una buena fórmula para reconstruir el concepto de ciudadanía y el sentido de pertenencia a la comunidad. Frente a una apuesta incondicional por la igualdad material, que divide a la población en grupos y colectivos conforme a sus necesidades y a las discriminaciones históricas que han padecido —sean estas acreditadas o presuntas— y los pone en competencia por los recursos públicos, quizá sea conveniente un cauteloso retorno a la igualdad formal, que sostiene que todas las personas son iguales y merecen idéntico trato, si no en todos, al menos en muchos ámbitos de la vida¹⁴⁶.

Esta capacidad integradora de los sorteos, idónea para evitar que los recursos positivos caigan siempre en las mismas manos, puede desplegar sus efectos en contextos en que las diferencias de trato no se deben a discriminaciones positivas, sino a otros criterios distributivos, como el mérito o la antigüedad. Pensemos, por ejemplo, en la elección de grupos de docencia en las universidades públicas, que suele hacerse entre los profesores por orden categoría y antigüedad. De acuerdo con este sistema (aquí, *winner takes all*) siempre tendrán preferencia los mismos, lo que implica una

¹⁴⁵ KIM, 2003: 27-28.

¹⁴⁶ Los sorteos, es cierto, excluyen el recurso a discriminaciones positivas; pero también ignoran las desigualdades de partida, lo que indudablemente contribuye —quizá en menor medida, quizá más lentamente— a conseguir la igualdad material.

desigualdad que no siempre resulta justa (una persona que entró dos semanas antes que otra y que promociona a su mismo ritmo, durante toda su carrera académica elegirá docencia antes que la otra). Sortear el turno de elección —al menos cada equis años—, contribuiría a mitigar esa desigualdad y, en la línea que apuntamos, a generar un mayor sentido de cohesión en el cuerpo de docentes —particularmente, entre los que siempre eligen más tarde—, ya que todos se verán expuestos cada cierto tiempo a impartir clase tanto en los grupos *a priori* más cualificados como en los más difíciles.

En conclusión, en los ejemplos que hemos presentado el sorteo se muestra como un instrumento útil para alcanzar dos fines. De un lado, para evitar que pequeñas diferencias entre los candidatos se magnifiquen, resultando siempre preferidos los mismos por mínima que su ventaja o desventaja de inicio pudiera ser. Y, de otro lado, para visibilizar que a la postre todos formamos parte de una comunidad —todos somos contribuyentes, aspirantes a una plaza de la universidad o profesores de un departamento—, y que más allá de nuestras diferencias, es justo que en ocasiones seamos tratados como iguales. No siempre, claro está; pero tampoco nunca.

5.4. El sorteo ponderado como solución de compromiso: la adjudicación de plazas en centros educativos de la red pública

La última propuesta que nos gustaría presentar consiste en una utilización más frecuente del sorteo ponderado en contextos de adjudicación de recursos escasos.

Como ya tuvimos ocasión de señalar, en los sorteos ponderados no todos los participantes tienen las mismas probabilidades de ser elegidos, sino que las probabilidades se amplían o reducen en función de diferentes razones, a fin de adaptarlas a la fuerza de las pretensiones de cada candidato. Este tipo de sorteos ha sido empleado en algunos contextos educativos en Países Bajos y Estados Unidos, y ha sido propuesto para asignar tratamientos médicos en situaciones de pandemia¹⁴⁷. En nuestro país, recientemente ha sido propuesto como mecanismo idóneo para adjudicar las plazas en centros educativos de la red pública cuando su número no alcanza a cubrir la demanda¹⁴⁸. Explicamos algunas ventajas de los sorteos ponderados al hilo de este supuesto de adjudicación.

¹⁴⁷ En Países Bajos, el acceso a estudios universitarios de la rama sanitaria se ha determinado durante décadas a través de un sorteo ponderado, que otorga diferentes probabilidades de acceso en función de la nota de cada candidato. Sobre el particular, véase BOYLE (2010:141-162). Actualmente, el sorteo ponderado se aplica en algunos estados norteamericanos para asignar plazas en las *public charter schools*, centros que guardan cierta semejanza con nuestros colegios concertados. Cfr. Lauren E. BAUM, *State Laws on Weighted Lotteries and Enrollment Practices*, National Alliance for Public Charter Schools, Washington, 2015. En cuanto al sorteo ponderado en contextos de pandemia, véase JANSEN y WALL (2021).

¹⁴⁸ Cfr. Juan María MARTÍNEZ OTERO, “Criterios de adjudicación de plazas en centros escolares de la red pública”, *REALA*, núm. 22, 2024, pp. 46-48.

En primer lugar, el sorteo ponderado permite diferenciar a los candidatos en función de criterios sustantivos, lo que abre la puerta a realizar distinciones que se consideran justas, sea en base a la necesidad, el mérito o la capacidad de cada aspirante. Lo que sucede es que las distinciones se limitan a condicionar el resultado, no a determinarlo ineluctablemente. De acuerdo con la ley de los grandes números, la selección beneficiará mayoritariamente a quienes reúnan las condiciones previamente establecidas por los poderes públicos, lo que contribuirá a satisfacer los intereses generales en términos de redistribución o eficiencia. Así, en el caso de los centros escolares sobredemandados, las familias numerosas, monoparentales, de escasos recursos económicos o que residan cerca del colegio obtendrán la mayoría de plazas disponibles.

Ahora bien, y esta es la segunda ventaja de los sorteos ponderados, esa prioridad de determinadas familias no se consigue al precio de ignorar totalmente las preferencias del resto de familias y excluirlas de plano de la adjudicación¹⁴⁹. En este sentido, podría decirse que el sorteo ponderado es un mecanismo inclusivo, ya que permite tomar en consideración —siquiera mínimamente— las preferencias de todos los aspirantes. En nuestro caso, cualquier familia tendrá opciones reales de entrar en su centro escolar preferido, aunque no puntúe en ninguno de los criterios recogidos en los baremos de admisión¹⁵⁰. Las opciones de cada familia, empero, se verán adecuadas proporcionalmente al peso de su pretensión, que se modulará en función del número de puntos que obtengan por cumplir los criterios preferentes de admisión.

Finalmente, y como consecuencia de lo anterior, el sorteo permite dotar al sistema de asignación de una mayor legitimidad. Y ello porque todos los aspirantes a una plaza cuentan con opciones reales de obtenerla, y si no la consiguen no es debido exclusivamente a una decisión política discrecional —como el diseño de las zonas escolares o la determinación de los umbrales de renta— ni a una circunstancia relativamente inmodificable —como el lugar de residencia—, sino también debido a la mala suerte, al azar. Es presumible que esta relativa igualdad de partida, el hecho de tener opciones reales de entrar en el colegio deseado, mitigue la sensación de injusticia —y de desafección hacia lo público— de las familias que finalmente no resulten admitidas¹⁵¹.

¹⁴⁹ Sobre el argumento de que las preferencias otorgadas por la acción afirmativa no deben resultar excesivas ni excluyentes, véase URTEAGA, 2009: 198-199.

¹⁵⁰ Compartimos la opinión de Broome cuando sostiene que las pretensiones deben ser satisfechas en función de su peso o su fuerza. Ello implica que las pretensiones fuertes merecen una mayor satisfacción que las débiles; pero también que las débiles merecen una cierta satisfacción, resultando injusto que sean anuladas siempre y en todo caso por las más fuertes. Cfr. John BROOME, "Fairness", *Proceedings of the Aristotelian Society*, núm. 91(1), 1991, p. 95. El sorteo ponderado permite incorporar estos matices al sistema de asignación.

¹⁵¹ Como apunta GREELY (2011: 123-124), las personas aceptan mejor ciertas decisiones cuando son dejadas al azar que cuando son consecuencia de decisiones políticas o de la aplicación de principios que no comparten.

El sorteo ponderado nos parece, pues, una forma inteligente de toma de decisiones públicas. Implica una suerte de vía intermedia o solución de compromiso que permite hacer distinciones razonables sin absolutizarlas; y que impide que tener menos derecho que alguien a un determinado recurso público equivalga, en la práctica, a no tener derecho alguno¹⁵².

Esta forma de sorteo permite aprovechar muchas de las ventajas de los sorteos que hemos analizado en el epígrafe anterior, al tiempo que mitiga la mayoría de los inconvenientes allí consignados.

6. CONCLUSIÓN

A lo largo de las páginas precedentes hemos ofrecido una caracterización de los sorteos como mecanismo de adopción de decisiones en el Derecho público.

Tras analizar sus principales utilidades, y ofrecer una visión panorámica de sus ventajas e inconvenientes, hemos presentado algunos ámbitos en que los sorteos podrían contribuir a diseñar políticas y adoptar decisiones públicas más justas¹⁵³.

Esperamos que nuestro estudio suscite un mayor interés en esta forma de adopción de decisiones públicas. Como hemos procurado demostrar, y contra lo que pudiera parecer, los sorteos constituyen una alternativa sofisticada, inteligente y, en muchas situaciones, enormemente racional.

BIBLIOGRAFÍA

- Michael ABRAMOWICZ *et al.*, “Randomizing Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 159-4, 2011, pp. 929-1005.
- Akhil R. AMAR, “Choosing Representatives by Lottery Voting”, *The Yale Law Journal*, núm. 93, 1984, pp. 1283-1308.
- Luis ARROYO JIMÉNEZ, “La adjudicación administrativa de recursos escasos”, *Indret*, núm. 1-2015, 2015, pp. 1-42.

¹⁵² Se refieren al sorteo ponderado como solución de compromiso HOFSTEE, 1990: 752; y GOODWIN, 2005: 3231; y SAMAHA, 2009: 7. Como resume Duxbury (1999: 69-70), “el sorteo ponderado muestra consideración y respeto a los candidatos con pretensiones más débiles, dándoles alguna posibilidad de obtener el bien. No son tratados en pie de igualdad, es verdad, pero tampoco son ignorados”. Va de suyo, sin embargo, que tras el sorteo puede suceder que quien *a priori* tenía pretensiones más fuertes sobre un bien o derecho se vea privado del mismo, lo que también resulta problemático.

¹⁵³ Por inevitables razones de espacio, hemos renunciado a explorar algunas aristas interesantes. Entre ellas, nos resulta particularmente atractiva la que estudia la conexión entre posiciones ideológicas y la justificación de determinados sorteos, que no nos resistimos a enunciar. Así, la intuición apunta a que desde posiciones más liberales se preferirán sorteos a ciertas adjudicaciones por necesidad (v.g., en relación con las plazas en centros escolares sobredemandados); mientras que desde postulados más socialdemócratas se preferirá el sorteo a ciertas adjudicaciones basadas en el mérito o la capacidad (así, al repartir las plazas en Facultades de Medicina o el orden de elección de grupos de docencia entre profesores).

- Luis ARROYO JIMÉNEZ y Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, “La actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número”, *La administración de la escasez*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 25-46.
- Vilhelm AUBERT, “Chance in social affairs”, *Inquiry*, núm. 2:1-4, 1959, pp. 1-24.
- Lauren E. BAUM, *State Laws on Weighted Lotteries and Enrollment Practices*, National Alliance for Public Charter Schools, Washington, 2015.
- Gary S. BECKER, “Crime and punishment: An economic approach”, *Journal of Political Economy*, núm. 76-2, 1968, pp. 169-217.
- Deborah BENNET, *Randomness*, Harvard University Press, Cambridge, 1999.
- Conan BOYLE, *Lotteries for education*, Imprint Academic, Exeter, 2010.
- John BROOME, “Fairness”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, núm. 91(1), 1991, pp. 87-101.
- Rafael BUSTOS GISBERT, *Calidad democrática*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “Las regulaciones experimentales”, *Anuario del buen gobierno y de la calidad de la regulación*, núm. 2022-1, 2022, pp. 103-146.
- Neil DUXBURY, *Random Justice. On Lotteries and Legal Decision-Making*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1995.
- Torstein ECKHOFF, “Lotteries in Allocative Situations”, *Lotteries in Public Life: A Reader* (ed. P. Stone), Andrews UK Limited, Luton, 2011, pp. 193-213 (reproducción del artículo original, publicado en 1989).
- Jon ELSTER, *Solomonic Judgements*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.
- Álvaro FERRER y Lucas GORTAZAR, “Diversidad y libertad. Reducir la segregación escolar respetando la capacidad de elección de centro”, *Esade EcPol Insight*, núm. 29, 2021, pp. 1-28.
- Stephen E. FIENBERG, “Randomization and Social Affairs: The 1970 Draft Lottery”, *Science*, vol. 171, núm. 3968, 1971, pp. 255-261.
- Roberto FUMAGALLI, “We Should Not Use Randomization Procedures to Allocate Scarce Life-Saving Resources”, *Public Health Ethics*, núm. 15-1, 2022, pp. 87-103.
- Barbara GOODWIN, *Justice by Lottery*, Imprint Academic, Exeter, 2005. (Libro digital. Las referencias se hacen a la posición en el texto, no a la página).
- Francisco GRANADOS CALERO, *El jurado en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- Hank GREELY, “The Equality of Allocation by Lot”, *Lotteries in Public Life: A Reader* (ed. P. Stone), Andrews UK Limited, Luton, 2011, pp. 113-141 (reproducción del artículo original, publicado en 1977).
- Bernard E. HARCOURT, *Against prediction. Profiling, policing and punishing in an actuarial age*, University of Chicago Press, Chicago, 2007.
- Tim HENNING, “From Choice to Chance? Saving People, Fairness and Lotteries”, *Philosophical Review*, vol. 124-2, 2015, pp. 169-206.
- Willem K. B. HOFSTEE, “Allocation by lot: a conceptual and empirical analysis”, *Social Science Information*, núm. 29-4, 1990, pp. 745-763.
- Johan HUIZINGA, *Homo ludens*, Alianza, Madrid, 2005.
- Áine, HYLAND, *Entry to Higher Education in Ireland in the 21st Century*, Higher Education Authority, Dublín, 2011.
- Lynn A. JANSEN y Steven WALL, “Weighted Lotteries and the Allocation of Scarce Medications for COVID-19”, *The Hastings Center Report*, núm. 51(1), 2021, pp. 39-46.
- Pauline T. KIM, “The colorblind lottery”, *Fordham Law Review*, núm. 9, 2003, pp. 9-39.
- Sid Z. LEIMAN, “The Ethics of Lottery”, *Kennedy Institute Quarterly Report*, núm. 4, 1978, pp. 8-11.
- María Dolores MACHADO RUIZ, *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art. 511 CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Juan María MARTÍNEZ OTERO, “Criterios de adjudicación de plazas en centros escolares de la red pública”, *REALA*, núm. 22, 2024, pp. 28-52.
- Ramiro MARTÍNEZ PINILLA, “Los sorteos que utilizan las primeras letras de los apellidos como criterio de selección son injustos”, *TEMat*, núm. 2, 2018, pp. 1-13.

- James D. MILLER, "Using lotteries to expand the range of litigation settlements", *The Journal of Legal Studies*, núm. 26-1, 1997, pp. 69-94.
- Alberto MONTORO BALLESTEROS, "La aleatoriedad en el Derecho y el problema de la justicia", *Revista de estudios políticos*, núm. 128, 2005, pp. 29-58.
- Remedios MORÁN MARTÍN, *Historia del Derecho privado, penal y procesal*, Universitas - UNED, Madrid, 2002.
- Dennis C. MUELLER *et al.*, "Representative Democracy via Random Selection", *Public Choice*, núm. 12, 1972, pp. 57-68.
- Jerry Z. MULLER, *The Tyranny of Metrics*, Princeton University Press, Princeton, 2018.
- David ORTEGA GUTIÉRREZ, "La elección del Consejo General del Poder Judicial a debate: el contraste con Europa", *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 30, 2021, pp. 1-20.
- Felipe PAREDES, "Democracia, representación y sorteo: un análisis conceptual", *Democracia, representación y nuevas formas de participación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021, pp. 113-146.
- Ronen PERRY y Tal Z. ZARSKY, "May the odds be ever in your favor: lotteries in Law", *Alabama Law Review*, núm. 66-5, 2015, pp. 1035-1068.
- Henry M. RIVERA, "Licensing by Lottery: the FCC's experience", *Administrative Law Review*, núm. 35-1, 1983, pp. 53-60.
- Cristián ROMÁN CORDERO, "Los sorteos en el derecho público", *Revista de Derecho Público*, núm. 98, 2023, pp. 95-112.
- Viktor RUDENKO, "Elecciones por sorteo y democracia", *Ciencia ergo-sum*, núm. 21-2, 2014, pp. 155-162.
- Adam M. SAMAHA, "Randomization in adjudication", *Public Law and Legal Theory Working Paper no. 273*, The Law School – University of Chicago, 2009, pp. 1-64.
- Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2018 (14ª).
- Michael SANDEL, *La tiranía del mérito*, Debate, Madrid, 2020.
- Pierre SCHLAG, *The enchantment of reason*, Duke University Press, Durham, 1998.
- Rosario SERRA CRISTÓBAL, "La elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial. Una propuesta de Consejo más integrador e independiente", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013, pp. 299-321.
- Francisco SOSA WAGNER, *La independencia del juez, ¿una fábula?*, La esfera de los libros, Madrid, 2016.
- Peter STONE, "The logic of Random Selection", *Political Theory*, núm. 37-3, 2009, pp. 375-397.
- Peter STONE, "Access to Higher Education by the Luck of the Draw", *Comparative Education Review*, núm. 57-3, 2013, pp. 577-599.
- Peter STONE, "Non-reasoned decision-making", *Economics and Philosophy*, núm. 30, 2014, pp. 195-214.
- Barry SCHWARTZ, "Top Colleges Should Select Randomly from a Pool of Good Enough", *Chronicle of Higher Education*, febrero de 2005, pp. 20-25.
- Barry SCHWARTZ, "Why selective colleges should become less selective -and get better students", *Capitalism and Society*, núm. 11-2, 2016, pp. 1-17.
- Olle TEN CATE, "Rationales for a Lottery Among the Qualified to Select Medical Trainees: Decades of Dutch Experience", *Journal of Graduate Medical Education*, núm. 13(5), 2021, pp. 612-615.
- Edna ULLMANN-MARGALIT y Sidney MORGENBESSER, "Picking and Choosing", *Social Research*, núm. 44, 1977, pp. 757-785.
- Eguzki URTEAGA, "Las políticas de discriminación positiva", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 146, 2009, pp. 181-213.
- César VALLEJO SERNA, "Representación democrática y nuevas formas de participación en Colombia y en el mundo", *Democracia, representación y nuevas formas de participación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021, pp. 147-181.
- José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, "Animales de compañía y crisis familiares", *Indret*, núm. 4-2024, 2024, pp. 1-48.
- Dael WOLFLE, "Chance, or Human Judgement?", *Science*, vol. 167, núm. 3922, 1970, p. 1201.