

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

3480 *Pleno. Sentencia 6/2026, de 15 de enero de 2026. Recurso de amparo 7432-2023. Promovido por don Eduardo Esteban Rincón en relación con la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que anuló el Real Decreto 417/2022, de 31 de mayo, por el que se le promueve a la categoría de fiscal de sala y se le nombra fiscal de sala de la Fiscalía de Sala de Menores de la Fiscalía General del Estado. Vulneración del derecho de acceso a las funciones públicas: resolución judicial que hace de la especialización en Derecho de menores el único mérito determinante de la adjudicación de la plaza (STC 138/2000). Votos particulares.*

ECLI:ES:TC:2026:6

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por la magistrada doña Inmaculada Montalbán Huertas, presidenta, y los magistrados y magistradas don Ricardo Enríquez Sancho, doña María Luisa Balaguer Callejón, don Ramón Sáez Valcárcel, don Enrique Arnaldo Alcubilla, doña Concepción Espejel Jorquera, doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, don Juan Carlos Campo Moreno, doña Laura Díez Bueso y don José María Macías Castaño, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 7432-2023, promovido por don Eduardo Esteban Rincón contra la sentencia núm. 1051/2023, de 20 de julio, y el auto de 11 de octubre de 2023, dictados ambos por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el procedimiento ordinario núm. 745-2022. Han intervenido la Asociación de Fiscales, el abogado del Estado y el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el magistrado don Ramón Sáez Valcárcel.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el registro general de este tribunal el día 24 de noviembre de 2023, don Eduardo Esteban Rincón, representado por el procurador de los tribunales don Ángel Martín Gutiérrez y asistido por el abogado don José María de Castro Llorente, interpuso recurso de amparo frente a las resoluciones judiciales que se han identificado en el encabezamiento de esta sentencia.

2. Los hechos relevantes para resolver el presente proceso son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Mediante Orden JUS/90/2021, de 27 de enero, por la que se convocan para su provisión destinos vacantes en la carrera fiscal («Boletín Oficial del Estado» núm. 31, de 5 de febrero de 2021) se convocó la plaza de «fiscal de Sala-Primera» correspondiente a la «Fiscalía de Sala de Menores de la Fiscalía General del Estado». A dicha plaza podían optar, según especificaba la orden aludida y de conformidad con lo preceptuado en la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto

orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante, EOMF), tanto los fiscales ya pertenecientes a la categoría primera (fiscal de sala) como los pertenecientes a la categoría segunda (fiscal), si bien estos últimos debían contar, al menos, con veinte años de servicio en la carrera fiscal.

b) Tras la reunión del Consejo Fiscal celebrada el 12 de marzo de 2021, la fiscal general del Estado propuso al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, el nombramiento para la referida plaza del recurrente en amparo, quien tenía en ese momento destino en la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional. Al tratarse de un fiscal de la categoría segunda, el nombramiento llevaba consigo la promoción a la categoría primera y la adquisición, con ello, de la condición de fiscal de sala.

c) El Consejo de Ministros, de conformidad con la propuesta formulada por la fiscal general del Estado, acordó mediante Real Decreto 212/2021, de 30 de marzo (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2021), «promover a la categoría primera de la carrera fiscal a don Eduardo Esteban Rincón, que desempeñará el cargo de fiscal de sala de la Fiscalía de Sala de Menores de la Fiscalía General del Estado».

d) El referido real decreto fue recurrido por don J.M.D.C. (recurso núm. 124-2021), fiscal de la categoría primera que había optado a la plaza convocada, y por la Asociación de Fiscales (recurso núm. 133-2021). Dichas impugnaciones fueron resueltas, respectivamente, por las sentencias de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo 453/2022 y 452/2022, ambas de 19 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1466 y ECLI:ES:TS:2022:1467, respectivamente) que anularon el nombramiento del recurrente en amparo y ordenaron la retroacción de las actuaciones a efectos de que la fiscal general del Estado realizara una nueva propuesta que contuviera una motivación suficiente acerca de la idoneidad del candidato seleccionado en relación con las características de la plaza.

e) En fecha 5 de mayo de 2022, la fiscal general del Estado elevó la correspondiente propuesta al Gobierno, en la que volvía a proponer el nombramiento del recurrente en amparo, si bien sobre la base de una motivación distinta y más amplia.

En la propuesta formulada por la fiscal general se señala que una de las manifestaciones más importantes de la capacidad directiva que le corresponde dentro del Ministerio Fiscal, del que ostenta la jefatura superior y la representación en todo el territorio español (art. 22.2 EOMF), es la de efectuar nombramientos discrecionales o elevar propuestas de nombramiento al Gobierno (art. 13.1 EOMF). La especial estructura organizativa del Ministerio Fiscal, caracterizada en la Constitución misma por el principio de jerarquía (art. 124.2 CE), determina, según razona, que los márgenes de discrecionalidad con los que cuenta la fiscal general en materia de nombramientos sean especialmente amplios, excediendo a los que caracterizan al Consejo General del Poder Judicial, pues aquella está facultada incluso para remover a los fiscales de los cargos directivos de designación discrecional (art. 41.6 EOMF).

Con ese presupuesto, analiza las funciones que, de acuerdo con lo previsto en el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal y la instrucción de la Fiscalía General del Estado 3-2008, de 30 de julio, sobre el fiscal de sala coordinador de menores y las secciones de menores de las fiscalías, corresponden al fiscal de sala coordinador en materia de menores. De esa regulación deduce que la especialización en menores es, sin duda, uno de los criterios objetivos que han de ser evaluados, pero que no es el único y ni siquiera el más relevante.

La normativa reguladora así lo evidenciaría, pues distingue tres escalones distintos en este punto: (i) la especialización, más intensa, exigida para ejercer como fiscal ante la jurisdicción de menores en las distintas fiscalías territoriales, ámbito este en el que el art. 18.3 EOMF dispone que la selección de estos fiscales ha de realizarse conforme al criterio de «mayor especialización»; (ii) la «mínima especialización acreditable» que se exige a los fiscales adscritos a la Unidad de Menores de la Fiscalía General del Estado (art. 36.1, párrafo cuarto, EOMF), y (iii) la ausencia de toda referencia a la especialización en el régimen de nombramiento del fiscal de sala coordinador de esta materia. De ese régimen legal se deduciría, según la fiscal general, que la

especialización va perdiendo relevancia cuando la plaza objeto de cobertura no exige la actuación forense ante órganos jurisdiccionales concretos sino la realización de tareas de organización, unificación de criterio y dirección general de la actividad de los fiscales especialistas en todo el territorio del Estado.

Considera la fiscal general que ese régimen legal resulta coherente con el elenco de funciones asignadas al fiscal de sala coordinador de menores en la citada instrucción 3-2008, en la que destacan funciones de investigación penal, gestión, coordinación, supervisión, estadística, representación institucional o dirección. Esto explicaría, igualmente, la existencia de importantes precedentes de fiscales de sala coordinadores de menores que fueron nombrados sin que tuvieran ninguna experiencia forense en la materia (se citan en su propuesta de nombramiento dos casos concretos).

A ello añade que el fiscal de sala coordinador de menores ejerce otras funciones que desbordan el ámbito propio de esa especialidad: (i) de un lado, como el resto de fiscales de la categoría primera de la carrera fiscal, forma parte de la junta de fiscales de sala, como máximo órgano técnico de asesoramiento del Ministerio Fiscal que aborda todo tipo de materias, y (ii) de otro, debe realizar, conforme al art. 20.3 EOMF, las funciones que le delegue expresamente la fiscal general del Estado.

Todas estas circunstancias pondrían de relieve que la fiscal general, a la hora de realizar la propuesta de nombramiento del fiscal de sala coordinador de menores, ha de evaluar un conjunto de criterios objetivos que no pueden ser circunscritos a un baremo preestablecido ni sustituidos por la evaluación mecánica de un único criterio de mérito, concretamente la mayor especialización en esa área jurídica.

En relación con el conocimiento y especialización exigibles en el área de menores, la fiscal general hace, además, las siguientes consideraciones: (i) entiende que dicha materia no presenta particularidad alguna en lo que se refiere al Derecho penal sustantivo, pues la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores se remite al Código penal y las leyes especiales; (ii) considera que las funciones de dirección del procedimiento investigador previstas en la Ley Orgánica 5/2000 son, en esencia, equiparables a la investigación penal preliminar que, en relación con mayores de edad, puede realizar el Ministerio Fiscal al amparo de los arts. 774 de la Ley de enjuiciamiento criminal y 5 EOMF, y (iii) estima, por ello, que «[l]a auténtica particularidad de la especialidad de menores radica en la necesidad de extremar el celo en la protección de sus derechos fundamentales, así como en el hecho de que el ejercicio del *ius puniendi* debe conjugarse con el criterio del superior interés del menor», criterio este que ha de ser comprendido «en términos constitucionales» y de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional. Recuerda, en este punto, que el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal convierte al Ministerio Fiscal en el defensor de los derechos de los menores y que esa función ha de tener un especial reflejo en las labores del fiscal de sala coordinador de menores.

De acuerdo con tales parámetros, la fiscal general concluye que el candidato más idóneo para el cargo es el recurrente en amparo, pues: (i) acredita mayor experiencia en la gestión, coordinación y supervisión de plantillas, entre ellas, la sección de menores de la Fiscalía Provincial de Madrid, que es la de mayor tamaño de España; (ii) tiene mayor experiencia en la coordinación del área de menores, precisamente por haber dirigido y supervisado la actividad de las secciones de reforma y protección de menores de la fiscalía provincial citada; (iii) acredita un mayor conocimiento del Derecho Constitucional, en cuanto elemento que la fiscal general considera «fundamental» (con referencia a concretos dictámenes en materia de menores efectuados por el recurrente en amparo en su condición de fiscal de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional); (iv) se encuentra, por ello, en mejor disposición para «elaborar nuevos criterios que aborden el tratamiento que debe ofrecerse a los derechos fundamentales de los y las menores de edad», y (v) acredita una mayor capacidad para desarrollar «una actuación coordinada con las autoridades y órganos competentes de las distintas administraciones», dada su previa actuación como fiscal jefe de Madrid y la actividad de coordinación reflejada en las memorias de dicha fiscalía mientras ejerció su jefatura. Desde todos estos puntos de

vista, considera la fiscal general que el recurrente en amparo resulta el candidato más idóneo para el puesto, y en particular más idóneo que don J.M.D.C.

En la propuesta de nombramiento también se utiliza como elemento de juicio para valorar la mayor idoneidad del recurrente en amparo el «plan de actuación» presentado por este (y exigido por las bases de la convocatoria). Para la fiscal general, dicho plan responde a criterios (que cita pormenorizadamente) más ajustados al modelo de Ministerio Fiscal que ella promueve, desde su función directiva superior, singularmente en lo que se refiere al impulso de medidas que enfatizan la dimensión de tutela de derechos fundamentales del área de menores, perspectiva a la que en el plan de actuación de don J.M.D.C., apenas se daría importancia.

Añade que la trayectoria de uno y otro candidato revela, asimismo, que el recurrente en amparo ha orientado su ejercicio profesional a la primacía de los derechos humanos y ha mostrado una mayor sensibilidad para el abordaje de cuestiones jurídicas desde la óptica de la perspectiva de género, aspectos estos que coinciden, nuevamente, con las pautas que la fiscal general pretende impulsar desde la jefatura superior de la institución. Advierte, en este punto, que elegir un determinado perfil profesional implica también elegir «un modelo» de aproximación al ejercicio del cargo y que, en lo que respecta a la plaza de fiscal de sala coordinador de menores, el perfil del recurrente en amparo es el que más se ajusta a «las propuestas internacionales de justicia descriminalizadora» (que la propia fiscal general comparte). Según concluye: «No solo elijo a uno de los candidatos, también elijo un modelo».

f) Sobre la base de la referida propuesta, el demandante de amparo fue nombrado por segunda vez por el Gobierno, esta vez mediante el Real Decreto 417/2022, de 31 de mayo (BOE núm. 130, de 1 de junio de 2022), que dispone lo siguiente:

«Con fecha 19 de abril de 2022, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha dictado las sentencias 452/2022 y 453/2022, por las que se estiman los recursos contencioso-administrativos núm. 133-2021 y 124-2021, interpuestos contra el Real Decreto 212/2021, de 30 de marzo, por el que se promueve a la categoría de fiscal de sala a don Eduardo Esteban Rincón y se le nombra fiscal de sala de la Fiscalía de Sala de Menores de la Fiscalía General del Estado.

Dichas sentencias anulan el Real Decreto 212/2021, de 30 de marzo, y ordenan la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la formulación de la propuesta de nombramiento de la fiscal general del Estado para que realice nueva propuesta motivada.

De conformidad con lo expuesto, la fiscal general del Estado ha formulado, con fecha 5 de mayo de 2022, nueva propuesta de ascenso a la primera categoría de la carrera fiscal de don Eduardo Esteban Rincón, así como de nombramiento como fiscal de sala coordinador de menores de la Fiscalía General del Estado.

A propuesta de la ministra de Justicia, vista la formulada por la fiscal general del Estado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 41.1 y 36.1 de la Ley 50/1981, de 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 31 de mayo de 2022,

Vengo en promover a la categoría primera de la carrera fiscal a don Eduardo Esteban Rincón, que desempeñará el cargo de fiscal de sala de la Fiscalía de Sala de Menores de la Fiscalía General del Estado».

g) Frente al referido real decreto, la Asociación de Fiscales promovió incidente de ejecución, en la consideración de que trataba de sortear lo ordenado en las SSTS 452/2022 y 453/2022. Mediante auto de 20 de septiembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:12604A), dicho incidente fue desestimado al no apreciarse que existiera una deliberada intención de incumplir las resoluciones judiciales aludidas.

h) En fecha 1 de septiembre de 2022, la Asociación de Fiscales interpuso recurso contencioso-administrativo frente al Real Decreto 417/2022, dando lugar al recurso ordinario núm. 745-2022, tramitado ante la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-

Administrativo del Tribunal Supremo y en el que se personó, como parte recurrida, el demandante de amparo.

i) Mediante STS 1051/2023, de 20 de julio, la Sala estimó parcialmente la demanda formulada por la Asociación de Fiscales y anuló el Real Decreto 417/2022, de 31 de mayo.

Tras exponer los antecedentes del caso y las alegaciones de las partes, la Sala aclara, como punto de partida, que lo que se dilucida en el proceso no es el nombramiento para una plaza genérica de fiscal de sala o la promoción de un candidato a la primera categoría de la carrera fiscal, sino «la provisión de una [...] plaza con un perfil bien determinado, como es la Fiscalía de Sala de Menores». Afirma, por ello, que la motivación de la propuesta formulada por la fiscal general del Estado podría considerarse «atendible, justificada y suficiente» si lo que estuviera en juego fuese la idoneidad para ascender a la categoría de fiscal de sala, pero que, tratándose en realidad de la cobertura de una plaza «con un perfil determinado», no cabe, por concepto, «preferir a un candidato sin ninguna experiencia teórica ni práctica en la materia sobre otro que ha acreditado ser un verdadero especialista en la misma». El «perfil bien identificado» de la plaza no admite, por tanto, considerar que lo verdaderamente decisivo son la «experiencia en la jefatura», la «práctica del Derecho Constitucional», o la «sintonía con la orientación de [la] política criminal» de la fiscal general. La motivación empleada no resulta, por ello, «mínimamente adecuada».

Concluye su razonamiento la Sala con una referencia particular a la sintonía del recurrente en amparo con la política criminal de la fiscal general. Señala que la sintonía ideológica genera un inevitable sesgo en la determinación de la idoneidad de los candidatos, pero aclara que no es admisible que ese sesgo sea convertido en «criterio explícito, objetivo y legítimo de preferencia» fuera de «los supuestos de selección para puestos de confianza mediante libre designación».

En cuanto a los efectos de la anulación del Real Decreto 417/2022, la Sala considera que, en este caso, no cabe retrotraer las actuaciones, tal y como solicitaba el actor, al momento inmediatamente anterior a la propuesta de nombramiento, pues «no tendría sentido prolongar las propuestas y sus motivaciones hasta el infinito». La fiscal general ya habría tenido la oportunidad de motivar adecuadamente el nombramiento tras la anulación del previo Real Decreto 212/2021 y «[n]o lo ha hecho, por lo que todo debe concluir ahora en aras de la racionalidad administrativa y de la economía procesal».

La sentencia cuenta con un voto particular de una magistrada, en el que se sostiene que debió desestimarse el recurso, pues el nombramiento estaba debidamente motivado a tenor de la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Conforme a dicha jurisprudencia, «no puede elegirse y valorarse separadamente un mérito aislado ni convertir ese mérito de la experiencia en menores en un elemento reglado que nos permita adentrarnos en el núcleo de la decisión discrecional». Concluye que, al anular el nombramiento, la Sala habría privado «al órgano que ejerce la potestad discrecional del margen de apreciación, que viene reconociendo nuestra jurisprudencia en este tipo de nombramientos».

j) En fecha 12 de septiembre de 2023, el recurrente en amparo promovió incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia dictada, alegando los siguientes motivos: (i) vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE) en relación con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), puesto que la acreditación de la experiencia en menores no está prevista como mérito específico ni como requisito ni en la convocatoria de la plaza ni en ninguna de las normas que regulan la figura del fiscal de sala de menores, pese a lo cual la resolución dictada lo convierte en un mérito determinante con el que se sustituye el margen de apreciación discrecional del órgano decisor; (ii) vulneración del «derecho a la seguridad jurídica», pues la Sala se habría apartado «de manera diametral» de su doctrina antecedente sobre la revisión de nombramientos discrecionales, sin «especificar razón alguna que le induzca a ese viraje»; (iii) lesión del derecho a la igualdad (art. 14 CE) al elevarse la experiencia en menores «a la categoría de requisito, y se produce su valoración aislada del resto de los méritos alegados, que

deberían haber sido objeto de valoración conjunta»; esto habría generado «un trato desigual ya que al exacerbar un mérito [...] para convertirlo en un requisito encubierto, se prima a alguno de los concurrentes frente a otros cuyos méritos nunca serán suficientes»; (iv) vulneración del derecho de acceso al cargo público (art. 23.2 CE), también «íntimamente ligado a la igualdad», nuevamente por «convertir la experiencia en menores en un requisito, que no está exigido ni en la ley ni en la convocatoria», con lo que se «ha privado a la administración (en este caso a la fiscal general), de sus facultades discrecionales» con «un evidente exceso de jurisdicción», privando sin base legal al recurrente de su derecho al ascenso a la primera categoría de la carrera fiscal, y (v) lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) por «incongruencia omisiva en la motivación», al no haber dado la Sala «una explicación satisfactoria y fundada» de su cambio de doctrina, con el consiguiente «déficit de tutela judicial, ya que impide al destinatario de la decisión [de] conocer el porqué de la misma».

k) En fecha 11 de octubre de 2023, la Sala dictó auto en el que declaraba que «[n]o ha lugar al incidente de nulidad de actuaciones». Considera el órgano judicial que la sentencia no ha incurrido en incongruencia, pues ha examinado todos los argumentos expuestos por las partes y se ha pronunciado sobre todas las pretensiones formuladas. Niega que haya abandonado un criterio jurisprudencial consolidado, pues se ha limitado a constatar el incumplimiento de lo exigido en las previas SSTs 452/2022 y 453/2022 en orden a la motivación del nombramiento. Argumenta, asimismo, que no puede existir tal desviación de una doctrina previa, pues la Sala nunca se ha pronunciado con anterioridad sobre el nombramiento de un fiscal de sala coordinador de menores. Rechaza, en todo caso, que pueda invocarse, como doctrina de referencia, la relativa al nombramiento de magistrados del Tribunal Supremo, pues «para [las] plazas de magistrado del Tribunal Supremo [...] no se convocan plazas a las que pueden presentarse los que ya tienen la categoría, y muy rara vez se convocan –dentro del orden jurisdiccional correspondiente– con un perfil muy especializado en materias concretas. No cabe así la comparación».

l) Comunicada al órgano judicial la Orden PJC/71/2024, de 1 de febrero, por la que se convocan para su provisión destinos vacantes en la carrera fiscal (BOE núm. 30, de 3 de febrero de 2024), mediante la que se realizaba una nueva convocatoria para la cobertura de la plaza de fiscal de sala de menores, se tuvo por totalmente ejecutada la STS 1051/2023 (decreto del letrado de la administración de justicia de 22 de febrero de 2024). Posteriormente, mediante Real Decreto 283/2024, de 19 de marzo (BOE núm. 70, de 20 de marzo de 2024), la referida convocatoria fue resuelta con el nombramiento como fiscal de sala de menores de doña M.T.G.J., a la que se promovió simultáneamente a la categoría de fiscal de sala.

3. La demanda de amparo se funda en los siguientes motivos:

A) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) asociada al cambio inmotivado de doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en materia de nombramientos discrecionales.

Alega el actor que el Tribunal Supremo «abandona su propia doctrina, consolidada durante años, relativa [...] a los actos discrecionales» sin «decir razón alguna» que justifique este «giro copernicano». Tal cambio doctrinal se sustanciaría en (i) el abandono del canon de control externo de la motivación del nombramiento, que es sustituido, en la sentencia impugnada, por un juicio de fondo basado en una comparación de méritos, y (ii) la prohibición dirigida al órgano administrativo de ponderar de manera conjunta los diversos méritos y capacidades de los candidatos, con imposición, en su lugar, de la obligación de valorar un único mérito (en el presente caso, la especialización en menores), convertido en determinante del nombramiento.

Afirma que la pluralidad de méritos es inherente a las características de la plaza de fiscal de sala coordinador y, en particular, de la plaza de fiscal de sala de menores, pues

lleva aparejadas amplias funciones de dirección, coordinación y representación institucional.

Añade que, en todo caso, la experiencia en el área de menores ha sido erróneamente valorada por el órgano judicial, pues este habría tenido en cuenta las publicaciones doctrinales y no la experiencia práctica en la materia, bien en la vertiente penal (reforma), bien en la civil-administrativa (protección). Sostiene que ha acreditado suficientemente el referido mérito, pues, en sus funciones de fiscal-jefe de la Fiscalía Provincial de Madrid y en la de fiscal de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, ha tomado decisiones organizativas y ha elaborado dictámenes jurídicos que requerían el estudio y conocimiento de dicha materia (y así se reflejaría en la propuesta de nombramiento de la fiscal general del Estado).

B) Vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE) en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) derivada del tratamiento desigual en la aplicación de la doctrina sobre nombramientos discrecionales.

Sostiene el actor que la sentencia dictada le «ha cercenado, prácticamente, la posibilidad de acceder al cargo» al prescindir de la valoración conjunta de méritos. En la propuesta de nombramiento efectuada por la fiscal general del Estado se razona que la experiencia en menores es uno de los criterios que deben ser valorados, pero se argumenta, al tiempo, que la plaza de fiscal de sala coordinador también requiere tener en cuenta «otras competencias y facultades». La sentencia impugnada prescinde de esta técnica de ponderación plural de méritos y la sustituye por la valoración exclusiva de un mérito concreto, lo que equivale a «poner un requisito a la elección del nombrado que ni está en la convocatoria de la plaza, ni se desprende de lo racional conforme a lo establecido como doctrina jurisprudencial, hasta ahora indubitada, en relación con los nombramientos administrativos discrecionales». De ello se derivaría, según concluye, la vulneración del derecho a la igualdad del art. 14 CE.

C) Vulneración del derecho de acceso al cargo público (art. 23.2 CE) en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al incurrir la sentencia impugnada en un exceso de jurisdicción que «priva al recurrente de la posibilidad de acceder al puesto que solicitó»

Comienza el demandante señalando que esta vulneración «está íntimamente relacionada con el principio de igualdad», pues el derecho fundamental del art. 23.2 CE es el acceder al cargo público «en condiciones de igualdad». Aclara, asimismo, que, en la doctrina del Tribunal Constitucional, la protección que confiere el citado derecho no se circunscribe al acceso al cargo público, sino que incluye también, como es el caso presente, la promoción profesional, por más que una y otra vertiente difieran en el rigor e intensidad de escrutinio.

Con estas bases, considera que la lesión del art. 23.2 CE se ha producido por razón de los «dos efectos» que genera la sentencia impugnada: (i) de una parte, el impedimento a acceder en plano de igualdad con el resto de candidatos, al convertir, sin sustento en la ley ni en las bases de la convocatoria, la mayor «actividad doctrinal» en materia de menores del otro aspirante en el «requisito determinante» de la adjudicación de la plaza y consiguiente promoción profesional, y (ii) de otro lado, el exceso de jurisdicción que supone que el órgano judicial trascienda el plano externo de análisis y sustituya la discrecionalidad del órgano administrativo competente por su propia valoración de méritos.

Para el demandante de amparo, el Tribunal Supremo «ha vaciado de contenido las competencias que le corresponden al Gobierno, a través del ministro de Justicia y tras el informe de la fiscal general del Estado, y lo ha hecho estableciendo un control del proceso valorativo [...] de los distintos candidatos que no le corresponde, ya que ni está en la norma de la convocatoria, ni en la ley, ni en la propia doctrina de este tribunal respecto de los actos discrecionales».

Esa invasión de las competencias reservadas al órgano gubernativo sería especialmente grave en el caso del Ministerio Fiscal, dada la peculiar estructura organizativa que caracteriza a esta institución del Estado, en la que la fiscal general ostenta «la jefatura superior del Ministerio Fiscal y su representación en todo el territorio español» (art. 22.2 EOMF), razón por la cual es esa figura la que está legitimada para elevar al Gobierno las propuestas de nombramiento (art. 13.1 EOMF), de acuerdo con su propio plan o diseño organizativo y funcional. De ahí que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo haya considerado inadmisibile que los órganos judiciales «sustituya[n] al fiscal general del Estado en la función que le corresponde de definir las líneas maestras de la Fiscalía, jerárquicamente organizada».

Recuerda el recurrente que, de acuerdo con el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, la fiscal general del Estado no solo tiene la potestad de proponer el nombramiento sino también la remoción de los cargos (art. 41 EOMF), lo que indica que sus facultades discrecionales son especialmente amplias, superando, como ha señalado expresamente la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (sentencia de 11 de noviembre de 2014, recurso núm. 149-2013, ECLI:ES:TS:2014:4717), a las del Consejo General del Poder Judicial, pues este órgano carece de facultades de remoción. De ello se deduciría que la fiscal general del Estado goza de un singular margen de libertad «a la hora de decidir los méritos a valorar, es decir, los criterios de selección de los candidatos a una plaza o destino vacante que se provea por el sistema de libre designación», por lo que no resulta aceptable que los nombramientos discrecionales sean convertidos «en una baremación de los méritos computables». Y todo ello por expreso mandato del legislador, pues, de acuerdo con el art. 124.4 CE, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal está sometido a reserva de ley.

Añade el actor que el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal (arts. 18.3 y 36.1) no dispone en ningún precepto que el nombramiento de los fiscales de sala coordinadores deba realizarse en atención exclusiva a su especialización en una concreta materia, situación normativa que obedece «a las muy diferentes funciones que se encuentran llamados a desarrollar el fiscal de sala coordinador de una unidad especializada de la Fiscalía General del Estado y los fiscales especialistas territoriales, pues al primero [le] corresponde, principalmente, desempeñar tareas de supervisión, coordinación y dirección, así como otras de naturaleza doctrinal e institucional». A lo que se suma que el fiscal de sala coordinador puede recibir por parte de la fiscal general del Estado la delegación de otras competencias, adicionales a las expresamente contempladas en el Estatuto, según resulta del art. 20.3 EOMF. De ahí que, inexorablemente, el régimen legal de nombramiento de un fiscal de sala coordinador, y singularmente el del coordinador del área de menores, exija una decisión discrecional de la fiscal general del Estado, pues, para dilucidar la idoneidad del candidato, han de valorarse conjuntamente y sin automatismos muy diversos méritos y competencias profesionales relacionadas con las diversas funciones inherentes al cargo.

Añade que la especialización en menores, siendo sin duda relevante, no puede constituirse, por tanto, en mérito exclusivo determinante de la adjudicación de la plaza de fiscal de sala coordinador sin desnaturalizar el régimen jurídico de nombramiento establecido en la ley. Es más, la plaza de fiscal de sala coordinador de menores ya ha sido adjudicada en el pasado a personas que jamás habían ejercido funciones en dicha especialidad, pero que tenían otras competencias y aptitudes necesarias para el cargo (citándose aquí los mismos ejemplos que se incluyen en la propuesta de nombramiento efectuada por la fiscal general).

También reprocha el recurrente a la sentencia impugnada que no haya tenido en cuenta la gran incidencia que en el área de menores tiene la especialización en Derecho Constitucional, ya que la «auténtica particularidad» de las diversas cuestiones jurídicas atinentes a los menores de edad está, en su opinión, «en la necesidad de extremar el celo en la protección de [los] derechos fundamentales» de estos, conjugando equilibradamente el ejercicio del *ius puniendi* con su interés superior. Esto sería especialmente importante en el caso del Ministerio Fiscal, pues a este le corresponde,

estatutariamente, la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes (art. 5 EOMF).

Por ello, alega que no resulta admisible que el órgano judicial imponga a la fiscal general del Estado la obligación de valorar en exclusiva la especialización en menores – confundiendo, además, la experiencia práctica en dicha materia con la publicación de artículos doctrinales–, y descarte la valoración de otros méritos, como la experiencia del propio recurrente en tareas organizativas e institucionales –por su desempeño en la jefatura de la Fiscalía Provincial de Madrid– o su especialización en Derecho Constitucional –por su trayectoria como fiscal de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional–.

Concluye el recurrente que la sentencia impugnada enjuicia «las razones de la motivación, no su suficiencia» y sustituye el criterio de la fiscal general del Estado, asumido por el Gobierno, por el suyo propio al convertir uno de los méritos a tener en cuenta en el «requisito determinante» para la adjudicación de la plaza. Desnaturaliza, con ello, en detrimento de uno de los candidatos y en beneficio del otro, el régimen de nombramiento discrecional previsto en el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, con la consiguiente violación del derecho del candidato preterido a la promoción profesional en condiciones de igualdad de acuerdo con la ley.

D) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por incongruencia *extra petita* de la sentencia impugnada.

Se argumenta, en este punto, que el promotor del recurso contencioso-administrativo que dio lugar a la sentencia impugnada únicamente solicitó, en el *petitum* de su demanda, la retroacción para que la fiscal general del Estado realizase una nueva propuesta debidamente motivada. El órgano judicial habría ido más allá de lo pretendido al acordar una «retroacción mucho más amplia», exigiendo la nueva convocatoria de la plaza, en perjuicio incluso del promotor del recurso contencioso-administrativo, que podría verse obligado a competir con nuevos candidatos.

Por todo lo expuesto, el recurrente solicita que se declaren vulnerados los derechos fundamentales mencionados y que se le restablezca en la integridad de estos mediante la anulación de las resoluciones judiciales impugnadas.

En la demanda también se dedica un apartado a la especial trascendencia constitucional del asunto, que se fundamenta en las siguientes causas:

a) Se alega, en primer lugar, que el asunto suscitado trasciende el caso concreto porque plantea una cuestión de consecuencias políticas generales [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 g)]. Se argumenta que la sentencia dictada por el Tribunal Supremo «provoca que se vacíe de contenido la facultad discrecional de los órganos administrativos», con lo que se «distorsiona la estructura constitucional de las relaciones entre el Poder Judicial y la Administración». Las potestades de nombramiento discrecional que la ley confiere a ciertas autoridades públicas para preservar el interés general pasan a ser tratadas como la mera resolución de un «concurso de méritos». La potestad de seleccionar al candidato idóneo se trasvasa, de ese modo, a los órganos judiciales, que determinan según su propio criterio cómo han de baremarse los méritos y eligen, en consecuencia, a uno de los aspirantes.

b) El asunto también suscita una faceta del derecho fundamental al acceso al cargo público del art. 23.2 CE sobre el que no hay doctrina del Tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)], pues este solo se ha pronunciado sobre supuestos en los que el órgano judicial confirma el nombramiento realizado por el ente administrativo al considerar que no puede sustituir sus facultades discrecionales (cuando la motivación que sustenta el nombramiento resulta suficiente). El supuesto ahora suscitado sería, precisamente, el contrario, lo que permitiría dilucidar en qué medida el exceso de jurisdicción del órgano judicial que invade facultades discrecionales incide en el derecho fundamental del art. 23.2 CE.

c) El órgano judicial habría incurrido en una negativa manifiesta al deber de acatamiento de la doctrina constitucional [STC 155/2009, FJ 2 f)], al no dar ninguna razón o explicación de su cambio doctrinal en materia de nombramientos discrecionales.

Finalmente, mediante otrosí, también se interesa en la demanda la suspensión cautelar, por el trámite del art. 56.6 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), de la sentencia impugnada, en el entendimiento de que la restitución de los derechos fundamentales del actor podría verse afectada por la posible adjudicación de la plaza de fiscal de sala de menores a una tercera persona en una nueva convocatoria para su cobertura.

4. Por providencia de 13 de diciembre de 2023, la Sección Cuarta de la Sala Segunda de este tribunal acordó rechazar la solicitud de suspensión cautelar formulada por el actor, habida cuenta de que la STS 1051/2023, de 20 de julio, «ha sido ya ejecutada en virtud del Real Decreto 952/2023, de 28 de noviembre, publicado en el “Boletín Oficial del Estado” el 29 de noviembre de 2023, sin que concurra la urgencia excepcional que exige como presupuesto el citado precepto».

5. Por providencia de 2 de diciembre de 2024, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional acordó proponer la avocación al Pleno del presente recurso de amparo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1 n) LOTIC. Recibida la comunicación de la Sala, el Pleno del Tribunal Constitucional, en fecha 17 de diciembre de 2024, dictó providencia en la que acordó recabar para sí el conocimiento de este recurso, conforme a lo establecido en el art. 10.1 n) LOTIC.

6. El 13 de enero de 2025, el magistrado don César Tolosa Tribiño presentó un escrito en el que ponía en conocimiento del Pleno de este tribunal su voluntad de abstenerse de intervenir en el conocimiento del recurso de amparo. Dicha solicitud fue estimada mediante el ATC 3/2025, de 14 de enero, por el que se apartó definitivamente al referido magistrado del conocimiento del asunto y de todas sus incidencias.

7. Mediante el ATC 4/2025, de 14 de enero, el Pleno acordó: (i) admitir a trámite el recurso de amparo, apreciando que presenta una especial trascendencia constitucional [art. 50.1 b) LOTIC] porque plantea una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)] y porque el asunto suscitado trasciende del caso concreto al plantear una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social y tener unas consecuencias políticas generales [STC 155/2009, FJ 2 g)], y (ii) requerir atentamente a la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo a fin de que, en el plazo de diez días, remitiese certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al procedimiento ordinario núm. 745-2022 y para que emplazase a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto a la parte recurrente en amparo, a efectos de que pudieran comparecer en el plazo de diez días en el presente recurso.

8. El 12 de febrero de 2025, el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón presentó un escrito en el que ponía en conocimiento del Pleno de este tribunal su voluntad de abstenerse de intervenir en el conocimiento del recurso de amparo. Dicha solicitud fue estimada mediante el ATC 14/2025, de 12 de febrero, por el que se apartó definitivamente al referido magistrado del conocimiento del asunto y de todas sus incidencias.

9. Por escrito presentado el 12 de febrero de 2025, el procurador de los tribunales don Roberto Alonso Verdú, en nombre y representación de la Asociación de Fiscales, solicitó que se le tuviera por personado y parte en el procedimiento.

10. El 19 de febrero de 2025 tuvo entrada en el registro de este tribunal un escrito por el que el abogado del Estado solicitó que se le tuviera por personado y parte en el presente recurso de amparo.

11. Por diligencia de ordenación de 5 de marzo de 2025 se tuvo por personado y parte en el procedimiento al procurador de los tribunales don Roberto Alonso Verdú, en nombre y representación de la Asociación de Fiscales, y al abogado del Estado. También se acordó dar vista de las actuaciones, por un plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que, en dicho término, pudieran presentar las alegaciones que estimasen procedentes.

12. Mediante escrito registrado el 3 de abril de 2025, la Asociación de Fiscales presentó sus alegaciones, en las que interesa la íntegra desestimación de la demanda de amparo.

Rechaza, en primer lugar, que la sentencia vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por falta de motivación, pues el Tribunal Supremo se limita, en la sentencia impugnada, a analizar si la decisión del Consejo de Ministros está suficientemente motivada, sin que se produzca, por tanto, «un giro en la doctrina» de este órgano «sobre los nombramientos discrecionales». Añade que, en todo caso, el ordenamiento jurídico no es estático y el Tribunal Supremo puede cambiar su doctrina ante nuevas realidades sociales e institucionales. En este caso, en definitiva, la Sala justifica motivadamente su criterio, por lo que la violación del art. 24.1 CE no puede entenderse, en modo alguno, materializada.

En cuanto a la pretendida vulneración del derecho a la igualdad del art. 14 CE, entiende que el recurrente en amparo no alega discriminación alguna, pues la sentencia impugnada se limita a constatar la falta de motivación de la propuesta de la fiscal general del Estado, sin que de ello resulte quiebra del referido derecho fundamental.

En lo que se refiere a la alegada lesión del derecho de acceso al cargo público (art. 23.2 CE), estima que tampoco esta puede haberse materializado, pues el Tribunal Supremo «no entra a valorar el fondo de la motivación, sino su estructura lógica».

13. Mediante escrito registrado el 4 de abril de 2025, el abogado del Estado presentó sus alegaciones en las que interesa la estimación de la demanda de amparo.

Opta el abogado del Estado por analizar de manera conjunta las vulneraciones de los arts. 14, 23 y 24 CE. Según razona, la sentencia impugnada se aparta de una línea jurisprudencial consolidada, que exigía el examen externo de la valoración conjunta de méritos efectuada por la fiscal general, sin incluir ninguna argumentación justificativa del cambio. Solo en el auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones se explica que la jurisprudencia previamente recaída, relativa al Consejo General del Poder Judicial, no resulta aplicable y que, hasta ese momento, la Sala no ha resuelto ninguna impugnación de un nombramiento para la plaza de fiscal de sala coordinador de menores, por lo que no existiría doctrina de la que pudiera apartarse.

Estima que la propuesta de nombramiento incluía numerosos motivos explicativos de la mayor idoneidad del recurrente en amparo y que, si el juicio de idoneidad se realiza hacia el pasado, también se razona en la referida propuesta un juicio de capacidad proyectado hacia el futuro, que «tiene más que ver con el modelo de Fiscalía de menores que la Fiscalía General del Estado quiere impulsar e implantar».

Al enfrentarse a tales criterios, el órgano judicial habría actuado «como si se tratara de un acto reglado, soslayando de ese modo el empleo de las tradicionales técnicas de control de los actos dictados en el ejercicio de la potestad discrecional que se concretan [en el examen de la concurrencia de los] presupuestos de hecho, [el respeto a] los elementos reglados del acto discrecional, la [ausencia de] desviación de poder, [la sujeción a] los principios generales del Derecho y la proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos». En lugar de operar de ese modo, el Tribunal Supremo habría sustituido el criterio de la fiscal general del Estado por el examen de la concurrencia en los candidatos de un único mérito determinante, una especialización en materia de menores que, en el caso del nombramiento del fiscal de sala coordinador, no viene prevista en la ley.

La omisión de tal requisito en la regulación legal se explica, según añade, porque el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal considera que «aún más relevante que tener

cierto conocimiento de la materia es poseer las aptitudes y habilidades necesarias para dirigir a un equipo de personas, coordinar a todas las secciones de menores de las fiscalías territoriales, trabajar con otras autoridades, administrativas y judiciales, impulsar proyectos e iniciativas, etc.».

Al actuar de ese modo, el órgano judicial se aparta del régimen de nombramiento legalmente establecido y desvirtúa su carácter discrecional, impidiendo al actor acceder a la promoción profesional, con vulneración del art. 23.2 CE. Solicita, por todo ello, que se dicte sentencia «estimando en su integridad la demanda de amparo».

14. Mediante escrito registrado el 10 de abril de 2025, la fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó sus alegaciones en las que interesa la estimación de la demanda de amparo.

Tras una amplia exposición de los antecedentes del caso, la fiscal considera, en primer lugar, que la sentencia impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) al haber efectuado un cambio inmotivado de doctrina en materia de nombramientos discrecionales.

Afirma que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha configurado un cuerpo de doctrina sobre el control jurisdiccional de los nombramientos efectuados por el Consejo General del Poder Judicial, tanto en relación con la cobertura de plazas judiciales jurisdiccionales como «gubernamentales» y mixtas. Tal doctrina, concretamente la relativa a la cobertura de plazas estrictamente «gubernamentales», es, en su opinión, aplicable al control judicial del nombramiento del fiscal de sala coordinador de menores, pues este realiza funciones «que escapan a las que se pueden denominar 'aledañas a las jurisdiccionales', que son las que determinan que se exija especialización a los fiscales integrados en las secciones especializadas de las fiscalías provinciales».

Según razona la fiscal, «el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal no exige la especialización en la materia propia de cada fiscal de sala coordinador. Nunca ha sido así, y nunca se ha exigido a ninguno de los nombrados hasta la fecha», pues «si se analizan los nombramientos de los fiscales de sala coordinadores de especialidades desde su creación en el año 2005 hasta la actualidad, se comprueba que, además de no haberse exigido nunca la especialidad como presupuesto para poder acceder a dichos cargos por ningún [fiscal general del Estado] —porque no lo exige la ley—, en la mayoría de los casos los candidatos definitivamente propuestos no habían tenido contacto alguno con la materia; el nombramiento de todos ellos se motivó en la valoración que efectuaron los diferentes fiscales generales de los méritos relacionados con las funciones que les son propias de gestión, coordinación, dirección y representación».

No resultaría, por ello, admisible la anulación del nombramiento «optando por dar un valor preferente y determinante a uno solo de los méritos alegados (la especialización), que no [lo] exige la ley, convirtiendo ese mérito, además, en criterio exclusivo y excluyente». Al operar de ese modo, la Sala habría virado su criterio jurisprudencial, hasta ese momento respetuoso con el margen de discrecionalidad del órgano decisor del nombramiento, y habría resuelto el litigio «como si de un concurso reglado se tratara». Y ello, sin dar razón jurídica alguna de tal cambio jurisprudencial, lo que vulneraría, concluye, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

La fiscal también considera vulnerado el art. 14 CE, en relación con el art. 24.1 CE, «por el tratamiento desigual en la aplicación de la doctrina sobre nombramientos discrecionales, sin dar razón alguna que explique el cambio de criterio del Tribunal». Insiste, en este punto, en que «existe una doctrina jurisprudencial consolidada que reconoce un amplio margen de apreciación al órgano decisor en los nombramientos discrecionales y que, aun dando un valor importante a la especialización, este es un criterio que debe ser ponderado junto al resto de los méritos vinculados a las funciones de dirección, coordinación y gestión». La resolución dictada se aparta «caprichosamente» de tal doctrina, por lo que vulnera el derecho a la igualdad (art. 14 CE).

Finalmente, la fiscal estima que se ha vulnerado el derecho de acceso al cargo público (art. 23.2 CE) en relación con el art. 24.1 CE porque «el exceso de jurisdicción en

que incurre la sentencia priva al recurrente de la posibilidad de acceder al puesto que solicitó».

Entiende la fiscal que del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal «se deduce con absoluta claridad, y sin mayores indagaciones, que nuestro ordenamiento jurídico solo exige que los candidatos a las plazas de fiscales de sala coordinadores, también para la plaza de fiscal de sala coordinador de menores, pertenezcan a la categoría segunda y lleven al menos veinte años al servicio de la carrera y presenten un plan de actuación». Cumplidos esos presupuestos, se reconoce a la fiscal general «un amplio margen de discrecionalidad, no exigiéndose para el fiscal de sala coordinador –como ya se ha expuesto– conocimientos específicos en la materia». Añade que esos nombramientos son temporales, por un plazo de cinco años y que el fiscal de sala coordinador se integra, en todo caso, con carácter permanente, en la junta de fiscales de sala, por lo que la persona elegida no solo debe resultar idónea «para desarrollar las concretas funciones inherentes al cargo específico, sino también para ejercer las que resultan de su condición de integrante de la junta de fiscales de sala».

En tales circunstancias, la fiscal afirma que «[l]os tribunales no pueden exigir la concurrencia de requisitos que no están previstos en la ley para determinar, a su juicio, qué candidatos pueden ser nombrados y quiénes no, invadiendo competencias que exclusivamente corresponden al [fiscal general del Estado] y al Gobierno de la Nación». Eso, precisamente, habría hecho la Sala al anular el nombramiento del demandante de amparo, con lo que vulneró el derecho de este «a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que marca la ley» (art. 23.2 CE).

En consecuencia, la fiscal ante el Tribunal Constitucional interesa que se otorgue el amparo solicitado, se reconozca la vulneración de los derechos citados y se restablezca al recurrente en la plenitud de estos mediante la declaración de nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas.

15. Mediante providencia de 9 de enero de 2026, se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 13 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del recurso y posiciones de las partes.

El presente recurso de amparo se interpone contra la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (en adelante, la Sala) núm. 1051/2023, de 20 de julio, resolutoria del recurso ordinario núm. 745-2022, y contra el auto de 11 de octubre de 2023, desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra la referida sentencia.

Como se ha explicado ampliamente en los antecedentes, la sentencia impugnada anula el Real Decreto 417/2022, de 31 de mayo (BOE núm. 130, de 1 de junio de 2022), por el que se promueve al demandante de amparo a la categoría de fiscal de sala y se le nombra fiscal de sala coordinador de menores. Previamente, en el marco del mismo proceso selectivo (convocado por Orden JUS/90/2021, de 27 de enero) la Sala ya había anulado (SSTS 452/2022 y 453/2022, ambas de 19 de abril) un primer nombramiento del actor para la referida plaza (Real Decreto 212/2021, de 30 de marzo), por considerarlo insuficientemente motivado.

El demandante de amparo alega que, con la anulación del segundo nombramiento, la Sala ha vulnerado:

a) Su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues entiende que el órgano judicial se ha apartado, sin explicación alguna, de su propia doctrina jurisprudencial en materia de nombramientos discrecionales, en particular de la recaída en relación con los nombramientos discrecionales de cargos judiciales. Dicho cambio inmotivado de doctrina se habría producido, según alega, en los dos puntos siguientes: (i) frente al tradicional canon de control judicial puramente externo, estrictamente

proyectado sobre la motivación del nombramiento, la Sala realiza un juicio de comparación entre los méritos de los candidatos, y (ii) en contraste con el reconocimiento inveterado de la facultad del órgano administrativo de ponderar conjuntamente los méritos y capacidades de los distintos aspirantes, la Sala impone a dicho órgano la obligación de adjudicar la plaza en atención a un único criterio de mérito (la mayor especialización en menores), que queda convertido, de ese modo, en determinante del nombramiento.

b) Su derecho a la igualdad (art. 14 CE) en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues la Sala, al negar al órgano competente para la provisión de la plaza la posibilidad de realizar una ponderación plural de méritos y al exigir la valoración exclusiva de un mérito determinado, establece un «requisito [en] la elección del nombrado que ni está en la convocatoria de la plaza, ni se desprende de lo racional conforme a lo establecido como doctrina jurisprudencial, hasta ahora indubitada, en relación con los nombramientos administrativos discrecionales». Habría incurrido, con ello, en un trato desigual en la aplicación de tal doctrina.

c) Su derecho de acceso al cargo público (art. 23.2 CE) en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues la Sala, al considerar, sin sustento en la ley ni en las bases de la convocatoria, que la mayor especialización en materia de menores es el «requisito determinante» de la adjudicación de la plaza, habría desnaturalizado el régimen de nombramiento discrecional previsto en la ley y habría privado al recurrente en amparo de la posibilidad de acceder a la plaza (y, con ello, a la promoción profesional a la categoría primera de la carrera fiscal) en plano de igualdad con el resto de candidatos de acuerdo con la ley. El actor estima, asimismo, que esta vulneración está íntimamente ligada a la lesión de su derecho a la igualdad (art. 14 CE).

d) Su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por haber incurrido la Sala, al dictar sentencia, en incongruencia *extra petita*, ya que el promotor del recurso contencioso-administrativo únicamente solicitaba, en el *petitum* de su demanda, la retroacción para que la fiscal general del Estado realizase una nueva propuesta de nombramiento, debidamente motivada, pese a lo cual la Sala acuerda la nulidad sin retroacción alguna, lo que exige una nueva convocatoria de la plaza en disputa. La Sala habría ido, por tanto, más allá de lo pedido.

Tanto el abogado del Estado como la fiscal ante el Tribunal Constitucional interesan la íntegra estimación del presente amparo con argumentos, consignados en los antecedentes, similares a los que se utilizan en la demanda.

Interesa, en cambio, la desestimación del amparo la Asociación de Fiscales, que promovió el recurso ordinario núm. 745-2022, en el que se dictaron las resoluciones ahora impugnadas. A su parecer, no se ha vulnerado ningún derecho fundamental del recurrente, pues, según razona, (i) no ha existido cambio de doctrina y se ha motivado suficientemente el criterio aplicado por la Sala al caso (art. 24.1 CE), y (ii) la Sala ha ejercido un control puramente formal de la motivación del nombramiento, lo que resulta incompatible con la alegada vulneración de los arts. 14 y 23.2 CE.

2. Óbice procesal, delimitación de las quejas y orden de tratamiento.

De las vulneraciones denunciadas en la demanda ha de quedar fuera de nuestro enjuiciamiento la relativa a la alegada incongruencia *extra petita*, que resulta inadmisibile. Dicha vulneración se atribuye a la STS 1051/2023 y, sin embargo, nada se dice sobre ella en el incidente de nulidad de actuaciones promovido por el actor, de modo que este no ha dado la oportunidad a la Sala de reparar la vulneración del derecho fundamental supuestamente acaecida, tal y como exige el carácter subsidiario del recurso de amparo [por todas, STC 149/2025, de 23 de septiembre, FJ 2 b)]. Concorre, por ello, respecto de este concreto motivo, el óbice procesal de falta de agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1 a) LOTC].

En cuanto al resto de los motivos alegados, se observa que, más allá del *nomen* formalmente invocado en la demanda en relación con cada uno de ellos, todos se circunscriben, con leves variaciones de contenido, a dos alegaciones esenciales: (i) la pretendida existencia de un cambio inmotivado de jurisprudencia en materia de nombramientos discrecionales, motivo este que el actor ha articulado simultáneamente al amparo de los arts. 14 y 24.1 CE, y (ii) la indebida conversión de la experiencia en menores en mérito determinante para la adjudicación de la plaza controvertida, pese a no estar previsto en la ley, con la consiguiente desnaturalización de la esencia discrecional del nombramiento, motivo este que el actor articula, a su vez, al amparo de los arts. 14, 23.2 y 24.1 CE.

Delimitadas así las quejas, se analizará, en primer lugar, la pretendida imposición, por parte del órgano judicial, de la obligación de valorar un mérito concreto como determinante de la adjudicación de la plaza, con la consiguiente desnaturalización del sistema de nombramiento legalmente previsto y la privación del cargo público del actor. Y ello porque, como a continuación se explicará, este es el motivo en el que radica la especial trascendencia constitucional del asunto, de modo que su tratamiento prioritario permite garantizar que este tribunal se pronuncie sobre la concreta cuestión que ha justificado la admisión del recurso de amparo.

3. Especial trascendencia constitucional del recurso de amparo.

Este tribunal ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre supuestos de lesión del art. 23.2 CE imputables al órgano judicial que anula la adjudicación de una plaza de funcionario al otorgar, sin habilitación legal al efecto, una eficacia excluyente a un determinado criterio de mérito (STC 138/2000, de 29 de mayo). La doctrina elaborada sobre esta vertiente del derecho de acceso al cargo público, en la que el sometimiento a reserva de ley y el tratamiento desigualitario de los aspirantes están estrechamente imbricados, se explicará detenidamente con posterioridad (*vid. infra* fundamento jurídico cuarto).

El presente asunto presenta, sin embargo, características que lo distinguen de los supuestos hasta ahora enjuiciados, pues se trata de un caso de promoción en la carrera profesional, y no de acceso a la función pública, y, lo que es más relevante, versa sobre un nombramiento que la ley configura inequívocamente como discrecional. Tales características son las que han permitido apreciar, en el trámite de admisión, la concurrencia en el presente asunto de especial trascendencia constitucional (*vid. supra* antecedente 7) por las dos causas siguientes:

a) Porque el asunto plantea una faceta novedosa del art. 23.2 CE sobre la que no hay una doctrina constitucional específica [STC 155/2009, FJ 2 a)]. Y ello porque, aunque este tribunal ha enjuiciado resoluciones judiciales que confirmaban la provisión de cargos judiciales realizada en el ejercicio de potestades discrecionales (ATC 119/2018, de 13 de noviembre), nunca ha podido examinar en qué medida una decisión judicial revocatoria de un nombramiento discrecional puede vulnerar el derecho de acceso al cargo público al incidir en el margen de valoración conferido por la ley al órgano administrativo competente para proponer el nombramiento.

b) Porque el asunto trasciende el caso concreto al plantear una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social y tener unas consecuencias políticas generales [STC 155/2009, FJ 2 g)], pues la discrecionalidad administrativa es, tal y como se ha dicho, una categoría dogmática sobre la que pivota, en buena medida, la delimitación de los ámbitos funcionales de los tres poderes del Estado, dimensión esta que cobra especial importancia cuando afecta a una institución de relevancia constitucional, como es el Ministerio Fiscal (art. 124 CE). El presente asunto puede servir, por ello, para definir unos criterios constitucionales mínimos, desde la óptica del art. 23.2 CE, para la revisión judicial de los nombramientos discrecionales que afectan a instituciones que revisten especial importancia en la estructura constitucional del Estado.

4. Vulneración del derecho de acceso al cargo público en condiciones de igualdad de acuerdo con la ley (art. 23.2 CE).

4.1 Delimitación de la queja.

Como se ha anticipado, el actor considera que la Sala ha incurrido en un exceso de jurisdicción al anular su nombramiento, pues, sin sustento en la ley ni en las bases de la convocatoria, ha convertido la mayor especialización en materia de menores en el «requisito determinante» de la adjudicación de la plaza convocada por Orden JUS/90/2021, de 27 de enero. Con ello, según alega, se habría desnaturalizado el régimen de nombramiento discrecional expresamente previsto en la ley aplicable y se habría privado al recurrente de la posibilidad de acceder, en plano de igualdad con el resto de los candidatos, a la categoría primera de la carrera fiscal y al puesto de fiscal de sala coordinador de menores. Esto habría conllevado la vulneración del derecho del demandante de amparo a acceder al cargo público en condiciones de igualdad de acuerdo con la ley (art. 23.2 CE), del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y del derecho a la igualdad (art. 14 CE).

Dada la pluralidad de derechos invocados por el actor, conviene aclarar que el examen de esta queja se ha de efectuar desde el prisma específico del art. 23.2 CE, pues, de acuerdo con nuestra doctrina: (i) la protección que este derecho fundamental confiere, absorbe, salvo que se alegue uno de los motivos de discriminación especialmente proscritos en el segundo inciso del art. 14 CE, la tutela que puede derivar de la posible violación del derecho a la igualdad (SSTC 50/1986, de 23 de abril; 84/1987, de 29 de mayo; 27/1991, de 14 de febrero; 217/1992, de 1 de diciembre; 30/1993, de 25 de enero; 293/1993, de 18 de octubre; y 87/2008, de 21 de julio), y (ii) dicha protección también trasciende, por su mayor rigor, la posible lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que puede derivar de una motivación judicial irrazonable (por todas, SSTC 138/2000, de 29 de mayo, FJ 5, y 30/2008, de 25 de febrero, FJ 5).

Por tales razones, a continuación se expondrá la doctrina de este tribunal sobre el art. 23.2 CE que es de interés para la resolución del presente amparo.

4.2 Doctrina constitucional relevante sobre el art. 23.2 CE.

La doctrina de este tribunal que cobra relevancia para la resolución del presente amparo se ciñe a los siguientes aspectos: (a) la aplicabilidad del art. 23.2 CE no solo a los cargos públicos de representación política, sino también a los cargos funcionariales; (b) la proyección de esa concreta vertiente del art. 23.2 CE sobre toda la relación funcional, tanto sobre el acceso a la función pública como también, aunque con distinta intensidad, sobre los procesos de concurrencia competitiva en los que participan quienes ya son funcionarios; (c) la garantía específica de reserva de ley que confiere el art. 23.2 CE, en relación con el art. 103.3 CE, que implica el derecho a la predeterminación legal del nombramiento; (d) la especial conexión que el derecho del art. 23.2 CE presenta con el derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE), pues lo que proscribía aquel es, precisamente, un trato desigualitario en la provisión de cargos públicos, y (e) la concreta modalidad de trato desigualitario, contrario al art. 23.2 CE, que se materializa cuando se infringe la especial reserva de ley garantizada por el art. 23.2 CE al otorgar a un requisito o condición una eficacia excluyente que la ley no contempla en detrimento de uno de los aspirantes.

a) Es doctrina de este tribunal que el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE «no solo se proyecta sobre los cargos de representación política sino también sobre los funcionariales, [...] lo que ha llevado a rodear a los procesos de acceso a la función pública de una importante serie de garantías invocables en el recurso de amparo constitucional» (por todas, SSTC 73/1998, de 31 de marzo, y 30/2008, de 25 de febrero).

b) Ahora bien, la protección conferida por el art. 23.2 CE «actúa no solo en el momento del acceso a la función pública, sino también durante la vigencia de la relación

funcionarial y, por tanto, es aplicable a los actos relativos a la provisión de puestos de trabajo» (SSTC 75/1983, de 3 de agosto; 15/1988, de 10 de febrero, y 47/1989, de 21 de febrero). De ahí que este tribunal haya considerado que el derecho fundamental de acceso al cargo público también proyecta sus exigencias en supuestos como los concursos de traslados (STC 30/2008, ya citada) o la promoción interna (STC 87/2008, de 21 de julio). En general, por tanto, el derecho fundamental del art. 23.2 CE «[protege a los ciudadanos] no solo en [el momento d]el acceso a la función pública, sino, [aunque con diferente alcance], también [en] el desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa» (por todas STC 63/2004, de 19 de abril).

Es diferente, sin embargo, «el rigor e intensidad con que operan los principios de mérito y capacidad según se trate del inicial ingreso en la función pública o del ulterior desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa, pues en el supuesto de provisión de puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública y, por ende, acreditado los requisitos de mérito y capacidad, cabe tener en cuenta otros criterios distintos enderezados a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos» (por todas, STC 365/1993, de 13 de diciembre, FJ 7).

c) El art. 23.2 CE contiene, en particular, «un derecho a la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas», pues «con carácter general la Constitución reserva a la ley y, en todo caso, al principio de legalidad, entendido como existencia de norma jurídica previa, la regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, lo que entraña una garantía de orden material que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminar cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, que solo pueden preservarse y, aun antes, establecerse mediante la intervención positiva del legislador, resultando esta exigencia más patente y de mayor rigor e intensidad en el caso de acceso a la función pública que cuando, dentro ya de la misma, se trata del desarrollo y promoción de la carrera administrativa» [SSTC 48/1998, de 2 de marzo, FJ 7 a); 73/1998, FJ 3 a), y 138/2000, de 29 de mayo, FJ 6 a)].

Una verdadera predeterminación ha de asegurar, en particular, «que el órgano administrativo encargado de valorar a los candidatos no pueda actuar con un indiscriminado arbitrio, sino con el prudente y razonable que requiere el art. 23.2 CE, lo cual, por otra parte, es lo que hace posible, en su caso, el ulterior control jurisdiccional, puesto que el juez –que lo es de la legalidad– tendrá así un criterio con el que contrastar si la actuación administrativa se ha ajustado o no a las condiciones de igualdad, mérito y capacidad previamente establecidas, sin que ello pueda implicar tampoco, como es obvio, la sustitución de la discrecionalidad técnica de la Administración –la calificación técnica del órgano calificador– por la judicial. Desde esta perspectiva, por otra parte, se entiende que la preexistencia y predeterminación de las condiciones de acceso [...] formen parte del derecho fundamental en cuanto constituyen su soporte y pueden ser aquí invocadas cuando vayan inescindiblemente unidas a la posible vulneración de las condiciones materiales de igualdad, mérito y capacidad» [SSTC 48/1998, FJ 7 a); 73/1998, FJ 3 a), y 138/2000, FJ 6 a)].

Ahora bien, «[l]a reserva de ley en la regulación de las condiciones para acceder a la función pública de conformidad con los indicados principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad no puede considerarse como absoluta, de modo tal que la ley formal no pueda recabar la colaboración reglamentaria y el recurso a los instrumentos que sean necesarios para su desarrollo y aplicación. En lo que atañe al acceso a cargos y funciones en las administraciones públicas, la remisión a las leyes que efectúa el art. 23.2 CE debe ponerse en relación con lo que al respecto se establece en el art. 103.3 CE, no pudiendo afirmarse, sin más, que el límite de la reserva de ley previsto en el mencionado art. 103.3 CE impida, en términos absolutos, todo tipo de remisión legislativa al reglamento. Por el contrario, las disposiciones reglamentarias, cuando así lo requiera la ley, pueden colaborar con esta para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada, si

bien la potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí ignorando o sustituyendo a la disciplina legislativa, no siéndole tampoco posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento a favor de la potestad reglamentaria que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva» [SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 3; 47/1990, de 20 de marzo, FJ 7; 48/1998, FJ 7 a); 73/1998, FJ 3 a), y 138/2000, FJ 6 a)].

d) La protección que el art. 23.2 CE proporciona no puede confundirse con un derecho a la revisión integral del ajuste a la legalidad de la actuación administrativa o judicial relativa a la provisión de cargo público y debe acotarse en sus límites con toda claridad, pues el recurso de amparo no es un cauce idóneo para la revisión genérica e indiferenciada de la correcta interpretación de la legalidad llevada a cabo por los órganos constitucionalmente competentes para ello. También aquí, en otras palabras, nuestra tarea es la de realizar un juicio de constitucionalidad, no de mera legalidad ordinaria (por todas, SSTC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 4; 185/1999, de 11 de octubre, FJ 3, y 138/2000, FJ 5).

En este sentido, el art. 23.2 CE «al reconocer a los ciudadanos el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas con los requisitos que señalen las leyes, concreta el principio de igualdad en el ámbito de la función pública. [Por ello,] [n]o confiere derecho alguno a desempeñar funciones determinadas, ni siquiera el derecho a proponerse como candidato a las mismas, sino que garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la consiguiente imposibilidad de establecer requisitos para acceder a las mismas que tengan carácter discriminatorio y otorga un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la justicia ordinaria, y, en último extremo, ante este Tribunal Constitucional toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad (SSTC 50/1986, de 23 de abril, FJ 4; 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 9; 193/1987, de 9 de diciembre, FJ 5; 200/1991, de 28 de octubre, FJ 2; 293/1993, de 18 de octubre, FJ 4; 353/1993, de 29 de noviembre, FJ 6, por todas)» (STC 138/2000, FJ 6).

La interdicción de la discriminación en el acceso al cargo público contenida en el art. 23.2 CE puede materializarse, de acuerdo con la doctrina de este tribunal, de diferentes formas, entre ellas: (i) la exclusión, durante el desarrollo del procedimiento selectivo, de toda diferencia de trato entre los aspirantes, «habiendo de dispensárseles a todos un trato igual en las distintas fases del procedimiento selectivo, pues las condiciones de igualdad a las que se refiere el art. 23.2 CE se proyectan no solo a las propias 'leyes', sino también a su aplicación e interpretación»; (ii) la prohibición de establecer requisitos o condiciones que tengan, por su propia naturaleza, carácter discriminatorio, con la consiguiente interdicción «de referencias individualizadas y concretas [SSTC 50/1986, de 23 de abril, FJ 4; 67/1989, de 18 de abril, FJ 2; 27/1991, de 14 de febrero, FJ 4; 353/1993, de 29 de noviembre, FJ 6; 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3 b)]», y (iii) la prohibición de exigir requisitos ajenos al mérito y capacidad, «pues, aunque la exigencia de que el acceso a la función pública se haga conforme a los mencionados principios figura en el art. 103.3 CE y no en el art. 23.2 CE, la necesaria relación recíproca entre ambos preceptos constitucionales, que una interpretación sistemática no puede desconocer, autoriza a concluir que, además de la definición genérica de los requisitos o condiciones necesarias para aspirar a los distintos cargos y funciones, el art. 23.2 CE impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad, de manera que pueden también considerarse violatorios del principio de igualdad todos aquellos que, sin esa referencia, establezcan una diferencia entre los ciudadanos [SSTC 50/1986, de 23 de abril, FJ 4; 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 8; 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3 b)]» [STC 138/2000, FFJJ 6 b) y c)].

e) Junto a los supuestos que acaban de ser referenciados, este tribunal ha estimado que el trato desigualitario proscrito por el art. 23.2 CE también se produce cuando se infringe la especial reserva de ley garantizada por este precepto al dar, en perjuicio de un

candidato y sin sustento en la ley reguladora, un carácter excluyente del acceso al cargo a un requisito o condición que la norma legal no contempla con tal carácter.

Según señala la ya citada STC 138/2000, FJ 6 a), la «predeterminación normativa de las condiciones para acceder a la función pública de conformidad con los indicados principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad tiene también transcendencia, por lo que aquí interesa, desde la perspectiva estricta del principio de igualdad que incorpora y especifica el art. 23.2 CE como contenido del derecho fundamental que reconoce y garantiza, en cuanto el mismo puede resultar vulnerado cuando por vía reglamentaria o a través de actos de aplicación de la ley o de las normas reguladoras de los procedimientos de acceso se introduzcan nuevos requisitos o condiciones que limiten el acceso a la función pública a determinados ciudadanos o grupos sin contar para ello con la necesaria habilitación legislativa, excluyendo del goce de un derecho a aquellos a los que la ley no excluyó. De modo que resulta totalmente proscrita la posibilidad de que por vía reglamentaria o mediante actos de aplicación de la ley o de las normas reguladoras de acceso a un determinado puesto de la función pública se incorporen o añadan nuevos requisitos carentes de toda cobertura legal, estableciendo criterios innovativos de diferenciación donde el legislador no había diferenciado, desconociendo de esta forma el criterio igualatorio sancionado por este (SSTC 47/1990, FJ 7; 185/1994, de 20 de junio, FJ 5; ATC 1035/1986, de 3 de diciembre)».

En otras palabras, y según sigue afirmando la citada STC 138/2000, FJ 6 a), «la puesta en conexión del art. 23.2 CE ('con los requisitos que señalen las leyes') con el art. 103.3 CE ('[l]a ley regulará [...] el acceso a la función pública') obliga a concluir que tales requisitos han de ser establecidos mediante disposiciones con rango de ley, sin perjuicio de la colaboración de la potestad reglamentaria con los límites y condiciones que ya se han expresado, por lo que hay que estimar como constitucionalmente proscrita la posibilidad de que 'por vía reglamentaria o a través de actos de aplicación de la ley, puedan incorporarse nuevos y diferentes requisitos a los legalmente previstos en los procedimientos de acceso a la función pública' [STC 27/1991, de 14 de febrero, FJ 5 b)]».

La peculiaridad del juicio de igualdad en este supuesto, como señala la citada STC 138/2000, FJ 7, es que resulta indiferente en este caso que el criterio de mérito o capacidad sea aplicado igualitariamente a los distintos candidatos, pues la vulneración de la igualdad «no consiste en una supuesta aplicación desigual de las normas reguladoras del procedimiento selectivo, sino en la exigencia para acceder a una concreta función pública de un requisito o condición [...] no previsto en las mismas y carente de toda cobertura legal».

Según concluye la STC 138/2000, FJ 7, «[t]al planteamiento supone, desde la estricta óptica de la igualdad, que el requisito introducido por la interpretación judicial, genera de por sí una posición desigual entre quienes lo cumplen y quienes no, cuando, de no haber existido, la posición respecto del acceso hubiera resultado igual». La exigencia, con carácter determinante, del requisito al que la ley no otorga tal naturaleza genera, por tanto, «una posición desigual entre quienes lo cumplen y quienes no» que resulta, de por sí, vulneradora del art. 23.2 CE.

Aplicando esta doctrina al supuesto entonces enjuiciado, relativo a la provisión de una plaza de profesor de universidad, concluía la sentencia citada (fundamento jurídico 9) que «[n]o cabe duda, ciñéndonos al caso que ahora nos ocupa, que la experiencia docente, a tenor de lo dispuesto en los arts. 37.2 [de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de reforma universitaria] y 9.3 y 4 del Real Decreto 1888/1984, de 26 de septiembre, [por el que se regulan los concursos para la provisión de plazas de los cuerpos docentes universitarios], en la redacción dada por el Real Decreto 1427/1986, [de 13 de junio,] puede ser uno de los méritos aportados por los candidatos a plazas de profesor titular de universidad y que ha de ser valorado por la comisión evaluadora en la selección de los aspirantes en el marco de la primera de las pruebas del concurso junto con otros méritos, el historial académico e investigador y el proyecto docente presentado por cada candidato. Sin embargo, al configurarse, como se hace en la sentencia impugnada, tal mérito o, más precisamente, la carencia del mismo

en circunstancia que determina la exclusión del procedimiento selectivo del candidato o candidatos afectados por dicha carencia, la experiencia docente viene a operar, en realidad, no como un mérito, junto a otros, a aportar por los candidatos y a valorar por la comisión evaluadora, sino como un requisito o una condición de acceso al cuerpo docente de profesores titulares de universidad, que como tal requisito o condición de acceso no es contemplado ni exigido por las normas reguladoras de los concursos para la provisión de plazas de profesor titular de universidad».

4.3 Enjuiciamiento.

4.3.1 Consideraciones previas.

Expuesta la doctrina relevante, conviene realizar, para la mejor comprensión del enjuiciamiento de la alegada vulneración del derecho al cargo público (art. 23.2 CE), algunas consideraciones preliminares sobre su particular objeto, que es, según se ha expuesto, la cobertura de la plaza de fiscal de sala coordinador de menores, en cuanto plaza de la categoría primera de la carrera fiscal:

a) De acuerdo con el art. 32 EOMF «[l]a carrera fiscal está integrada por las diversas categorías de fiscales que forman su cuerpo único, organizado jerárquicamente». Dichas categorías están previstas en el art. 34 EOMF, precepto que contempla las tres siguientes:

«1. Fiscales de sala del Tribunal Supremo, equiparados a magistrados del Alto Tribunal. El teniente fiscal del Tribunal Supremo tendrá la consideración de presidente de sala.

2. Fiscales, equiparados a magistrados.

3. Abogados-fiscales, equiparados a jueces».

b) Conviene aclarar que la denominación estatutaria de los fiscales pertenecientes a la categoría primera como «fiscales de sala del Tribunal Supremo» no significa que todos ellos realicen actividad forense ante dicho órgano. Existen, en efecto, fiscales de sala que no actúan ante este alto tribunal, pues:

(i) El legislador de 1981 (art. 35.1 EOMF) entendió, de un lado, que la actividad forense del Ministerio Fiscal ante otros altos órganos jurisdiccionales no insertos en el Poder Judicial, como el Tribunal de Cuentas o el Tribunal Constitucional, también debía estar dirigida, dada su importancia, por un fiscal de la primera categoría (y, en consecuencia, por un fiscal de sala). La misma consideración hizo con la Fiscalía de la Audiencia Nacional, en cuanto dicho tribunal ejerce funciones particularmente relevantes y tiene jurisdicción en todo el territorio del Estado. Con las leyes 5/1988, de 24 de marzo, por la que se crea la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, y 10/1995, de 24 de abril, por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal y se crea la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción, ese mismo régimen se extendió a las llamadas «fiscalías especiales» (la Fiscalía Antidroga y la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada), pues estas también actúan ante la Audiencia Nacional (de acuerdo con el art. 19 EOMF).

(ii) De otro lado, y en lo que a este amparo más concierne, el ejercicio de las amplias funciones que el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal atribuye al fiscal general del Estado siempre ha requerido la configuración de órganos centrales directamente dependientes de él e igualmente dirigidos por un «fiscal de sala». Tal fue el caso, ya en la redacción originaria del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, de la Secretaría Técnica [art. 35.1 c)] y de la Inspección Fiscal [art. 35.1 b)].

Esta línea legislativa se vio reforzada con la reforma del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal operada por la Ley 24/2007, de 9 de octubre, que materializó un importante cambio en la organización del Ministerio público al crear la «Fiscalía General

del Estado» como estructura orgánica independiente (pues hasta entonces el estatuto solo se refería al fiscal general del Estado como órgano unipersonal). Desde ese momento y conforme a la nueva redacción dada al art. 13 EOMF, «[e]l fiscal general del Estado *dirige la Fiscalía General del Estado*, integrada por la Inspección Fiscal, la Secretaría Técnica, la Unidad de Apoyo [órgano novedoso introducido también por la referida reforma], y *por los fiscales de sala que se determinen en la plantilla*» (cursivas añadidas).

Existen, por ello, en la actualidad, plazas de «fiscales de sala», esto es, de la categoría primera de la carrera fiscal, que están específicamente insertas en la estructura orgánica de la Fiscalía General del Estado, bajo la dirección inmediata del fiscal general, y que no están relacionadas con el desempeño de funciones forenses ante órganos jurisdiccionales determinados, particularmente ante el Tribunal Supremo.

c) El referido es, precisamente, el caso de las plazas de fiscal de sala coordinador de una determinada materia y, en particular, de la relativa a la coordinación del área de reforma y protección de menores, plaza cuya provisión es la que ha dado lugar a la controversia de la que procede el presente recurso de amparo. En efecto, el vigente art. 20.3 EOMF dispone que «en la Fiscalía General del Estado» ha de existir un fiscal de sala responsable «de la coordinación y supervisión de la actividad del Ministerio Fiscal en materia de protección y reforma de menores».

El régimen de provisión de la referida plaza no difiere del generalmente previsto en el Estatuto para cualquiera otra reservada a un fiscal de la primera categoría. Es de aplicación el régimen común de nombramiento contenido en el art. 36 EOMF, conforme al cual las plazas reservadas a la categoría primera «se proveerán por el Gobierno, a propuesta del fiscal general del Estado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 de este estatuto». El referido art. 13 EOMF dispone, en este punto, que «[c]orresponde al fiscal general del Estado, además de las facultades reconocidas en otros preceptos de este estatuto, la de proponer al Gobierno los ascensos y nombramientos para los distintos cargos, previo informe del Consejo Fiscal». El nombramiento ha de formalizarse, en todo caso, tal y como dispone el art. 38 EOMF, mediante real decreto.

Esto supone que el nombramiento de los fiscales de sala se formaliza a través de un acto complejo, en el que concurren necesariamente dos voluntades. Por un lado, la del fiscal general del Estado, que, como proponente, es el que debe justificar las razones en las que funda la selección de un candidato, y, de otro, la del Gobierno, que asume la propuesta efectuada mediante la formalización del correspondiente real decreto de nombramiento.

La ausencia de toda programación positiva por parte del legislador de los criterios que deben regir la propuesta y el consiguiente nombramiento (más allá de la exigencia de veinte años de antigüedad y la pertenencia al menos a la segunda categoría de la carrera fiscal del candidato propuesto: art. 37.1 EOMF) indica, además, que estamos ante una actividad administrativa estrictamente discrecional.

d) El Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal no prevé, por otra parte, ningún mecanismo específico para el acceso a la categoría primera de la carrera fiscal (fiscal de sala). Es, por ello, la adjudicación de una plaza que requiere la pertenencia a dicha categoría la que proporciona, si todavía no se pertenece a ella pero sí a la categoría segunda y se dispone ya de veinte años de antigüedad en el cuerpo (art. 37.1 EOMF), el correspondiente ascenso. En tal supuesto, tanto la propuesta de la fiscal general del Estado como el consiguiente real decreto de nombramiento tienen un contenido doble: de un lado, el ascenso del fiscal seleccionado a la categoría primera y, de otro, su nombramiento para la plaza reservada a esa categoría.

Esta circunstancia explica que, en el asunto que ha dado lugar a este amparo, la adjudicación de la plaza de fiscal de sala de menores supusiera, de manera concurrente, la promoción del actor a la categoría primera de la carrera fiscal, esto es, la adquisición por su parte de la condición de «fiscal de sala» (de acuerdo con el Real Decreto 417/2022, de 31 de mayo).

e) Debe tenerse en cuenta, finalmente, que el desempeño de una plaza de fiscal de sala de menores es temporal, pues el art. 41.1 EOMF dispone, en regulación conjunta de diversas plazas de fiscales de sala (fundamentalmente las que implican el ejercicio de jefatura o coordinación), que «serán nombrados por un período de cinco años, transcurridos los cuales cesarán en sus cargos, salvo que sean nombrados de nuevo para esa jefatura por sucesivos periodos de idéntica duración». El cese en la plaza no supone, sin embargo, la pérdida de la categoría de fiscal de sala, pues el precepto citado añade que esta se conserva «en todo caso».

4.3.2 La promoción profesional como faceta concernida: reserva de ley y rol del legislador, la Administración y el juez.

Según acaba de exponerse, en el presente asunto no está en juego el acceso a la función pública del recurrente en amparo sino el desarrollo y promoción de su carrera profesional, concretamente el ascenso a la primera categoría de la carrera fiscal y la adjudicación de una plaza a ella reservada. Debe determinarse, por ello, el alcance de las atribuciones que en este contexto corresponden al legislador, a la Administración y al juez, pues, como se ha explicado [*vid. supra* FJ 4.2.2 c)], la exigencia de reserva legal es más patente y de mayor rigor e intensidad en el momento de acceso a la función pública que cuando se trata del desarrollo y promoción de la carrera administrativa.

Sobre esta cuestión han de realizarse las consideraciones siguientes:

a) La reserva de ley es un contenido nuclear del art. 23.2 CE que se proyecta sobre toda la carrera profesional del funcionario. Debe, por tanto, desplegar su eficacia tuitiva en este ámbito, si bien de manera diversa según cuál sea la vertiente concreta de la citada reserva que se vea afectada, esto es, según esté en juego el mandato de predeterminación normativa dirigida al legislador o la exigencia de sometimiento de los órganos administrativos y judiciales al régimen jurídico por este establecido.

b) En comparación con los supuestos de acceso a la función pública, el art. 23.2 CE proyecta un menor nivel de exigencia al legislador que regula el desarrollo y la promoción profesional de los funcionarios, de suerte que este precepto no exige la programación positiva, por parte de aquel, de los concretos criterios que han de regir la provisión de plazas y ascensos dentro de los distintos cuerpos de funcionarios públicos. Y ello porque, tal y como se ha explicado ya, para la provisión de cargos y la promoción profesional entre quienes son ya funcionarios pueden ser relevantes criterios muy diversos, enderezados a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos.

Ese menor grado de exigencia de predeterminación o programación positiva en lo que atañe al desarrollo y promoción de la carrera funcional habilita, precisamente, si así resulta requerido para la mejor consecución del interés general (art. 103.1 CE), que tenga mayor cabida en este concreto ámbito el ejercicio de la discrecionalidad administrativa.

La discrecionalidad no es una anomalía del Estado de Derecho, sino un elemento que puede ser necesario e idóneo para lograr, en ciertos casos, una actuación administrativa eficaz, ya sea por la naturaleza de la materia sobre la que versa, que puede exigir un juicio de valor cuyo acierto resulta incompatible con la predeterminación legislativa, ya sea por la posición institucional que la administración pública tiene atribuida en el orden constitucional, en el que le corresponde cierta función conformadora del orden social para la salvaguarda de los intereses generales (art. 103.1 CE).

El legislador puede, por ello, conferir a la Administración ámbitos de discrecionalidad, ya sea esta de carácter normativo, ya sea de carácter ejecutivo o aplicativo. Este segundo tipo de escenarios, que son los relevantes a los efectos del presente recurso de amparo, se caracterizan porque el legislador deja deliberadamente abierto o incompleto el supuesto de hecho normativo de una concreta actuación administrativa para que sea la Administración la que determine cuáles son los criterios más idóneos para preservar y promover, a través de ella y de acuerdo con las circunstancias concurrentes, la

realización del interés general. La misión del órgano administrativo que ejerce una potestad discrecional es, por tanto, la de determinar los criterios objetivos que han de servir para completar el supuesto de hecho normativo que el legislador ha decidido dejar abierto o incompleto. En el caso de un nombramiento para un cargo público, la autoridad administrativa debe determinar qué capacidades y méritos (art. 103 CE) son los que deben ser exigidos para la provisión del puesto, de acuerdo con las necesidades organizativas y funcionales del momento.

c) En todo caso, una vez que el legislador ha regulado, con una densidad normativa determinada, el régimen de promoción profesional y de provisión de cargos, es claro que sus prescripciones resultan plenamente vinculantes para la Administración llamada a aplicarlo y para el órgano judicial que debe revisar la correspondiente actuación administrativa. El derecho fundamental del art. 23.2 CE, al garantizar que el acceso al cargo público y la permanencia en él se efectúe con arreglo a lo dispuesto en las leyes, sigue proyectando, por tanto, su eficacia tuitiva en ambas sedes, administrativa y judicial, exigiendo, como contenido mínimo irrenunciable, que en ninguna de ellas llegue a desvirtuarse el sistema de nombramiento o promoción profesional establecido por el legislador.

Es obvio que esa sujeción del aplicador de la norma al sistema legal de provisión de plazas y ascensos cobra, además, una especial importancia allí donde existe un llamamiento constitucional específico a la intervención de la ley. Así ocurre en el caso del art. 124.3 CE, que dispone que «[l]a ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal». Dicho «estatuto orgánico» es un instituto acuñado en nuestra tradición jurídica previa que incorpora, como contenido característico (así ya en el Estatuto del Ministerio Fiscal, aprobado por Real Decreto de 21 de junio de 1926, y derogado por la disposición final segunda del vigente Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal), la definición de las categorías profesionales de fiscales y el régimen de provisión de plazas a ellas reservadas. Es, por ello, que la sujeción al sistema de nombramiento establecido por la ley cobra aquí una especial relevancia constitucional, pues es la propia Constitución la que cualifica, en este ámbito de la función pública, la reserva general de ley de los arts. 23.2 y 103.3 CE.

d) En lo que se refiere, específicamente, a la actividad judicial de revisión de un nombramiento discrecional, está fuera de duda la procedencia de dicho control jurisdiccional, de acuerdo con el art. 106.1 CE. No obstante, resulta siempre exigible que los órganos judiciales ejerzan dicho control con sujeción estricta a los parámetros constitucional y legalmente previstos, sin sustituir a la autoridad pública competente en el juicio de discrecionalidad que la ley reserva exclusivamente a esta.

Los parámetros de control judicial de la discrecionalidad han de ser, por ello, tanto los tradicionalmente acuñados por la legislación y jurisprudencia administrativas (relativos a los hechos determinantes, la competencia, el procedimiento y la desviación de poder) como aquellos que derivan de los principios característicos de nuestro ordenamiento constitucional, como es el caso, en particular, de la proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), principio este último que, llevado al ámbito de la función pública, impide al órgano administrativo materializar un nombramiento que no sea reconducible, en última instancia, a criterios objetivos de mérito y capacidad (art. 103 CE).

A efectos de llevar a cabo este control judicial de la discrecionalidad cobra, sin duda, una especial importancia la motivación empleada por el órgano administrativo competente, pues es a la luz de ella que el órgano judicial puede dilucidar, enjuiciando las razones exteriorizadas por la Administración, si estamos ante una decisión arbitraria. Ahora bien, lo que en ningún caso puede hacer el órgano judicial sin quebrantar la exigencia de sumisión a la ley establecida en el art. 23.2 CE es desvirtuar la naturaleza discrecional que el legislador ha asignado inequívocamente a la provisión del cargo, privando al órgano administrativo de la facultad que solo a él corresponde completar, de acuerdo con el interés general y exteriorizando la debida motivación, el supuesto de hecho normativo que el legislador ha dejado incompleto.

e) En todo caso, para que una lesión del art. 23.2 CE puede entenderse materializada, la desvirtuación del carácter discrecional del sistema legal de

nombramiento o promoción profesional por parte del órgano judicial habrá de ocasionar, como elemento adicional exigido por nuestra doctrina y por el propio tenor del citado precepto constitucional, un trato desigualitario, lo que, en los términos de la citada STC 138/2000, requiere, en un supuesto como el presente, hacer a un candidato de peor condición que a otro.

Lo decisivo, en consecuencia, para afirmar la existencia de una violación del art. 23.2 CE en un caso como el presente es determinar si la valoración realizada por el órgano judicial ha llegado a desvirtuar o desnaturalizar el régimen legal de provisión de la plaza, caracterizado por la discrecionalidad, y si ha generado, con ello, un trato desigual entre los aspirantes a ella, al hacer a uno de peor condición que al otro.

4.3.3 Aplicación al caso de los parámetros anteriores.

Una vez sentado lo anterior, este tribunal está en disposición de enjuiciar la vulneración denunciada, para lo que es necesario sintetizar las razones que fueron exteriorizadas por la fiscal general del Estado en la propuesta de nombramiento dirigida al Gobierno (A) y las que llevaron, por su parte, al órgano judicial a anular ese nombramiento al entender que no estaba debidamente motivado (B), sometiéndolas después al correspondiente contraste con las exigencias del art. 23.2 CE (C).

A) En cuanto a la propuesta de nombramiento, esta, sintéticamente:

(i) Pone de manifiesto que, en la propia regulación legal (arts. 18.3, 36.1 y 20.3 EOMF), el dato de la especialización va perdiendo relevancia en función de que la plaza objeto de cobertura exija la actuación forense ante órganos jurisdiccionales concretos o la realización de tareas de organización, unificación de criterio y dirección general de la actividad de los fiscales especialistas en todo el territorio del Estado, hasta el punto de desaparecer completamente la referencia a la especialización en el régimen de provisión del cargo del fiscal de sala coordinador.

(ii) Constata que el fiscal de sala coordinador del área de menores ejerce principalmente, de acuerdo con el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal y la instrucción 3-2008 (que lo desarrolla en este punto), funciones de investigación penal, gestión, coordinación, supervisión, estadística, representación institucional y dirección, por lo que atribuye una singular relevancia, para la provisión de dicho cargo, a la experiencia del candidato en tareas organizativas e institucionales.

(iii) Valora, por consiguiente, la amplia experiencia del recurrente en amparo en la gestión, coordinación y supervisión de plantillas, entre ellas la de la Fiscalía Provincial de Madrid, donde, según señala, el actor ha dirigido y supervisado la actividad de las secciones de reforma y protección de menores de mayor tamaño de España, así como su amplia experiencia en la coordinación y relación institucional con otras autoridades.

(iv) Destaca, asimismo, la importancia, para ejercer las funciones de coordinación del área de menores, de la perspectiva *iusfundamental*, pues considera que la característica distintiva de esta jurisdicción es la necesidad de preservar debidamente los derechos fundamentales de los menores, así como materializar el principio del mayor interés del menor tal y como ha sido caracterizado por la doctrina constitucional. En relación con este factor, valora la experiencia del recurrente en amparo como fiscal de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional e, igualmente, la mayor trascendencia que dicha perspectiva tiene en el proyecto de actuación (exigido en las bases de la convocatoria) presentado por este. Estima, además, que el perfil del recurrente en amparo es más idóneo para avanzar en la línea de una justicia descriminalizadora en el ámbito de la jurisdicción de menores, en cuanto línea de política criminal que, según señala, preside el programa de actuación de la propia fiscal general en la materia.

(v) Indica, asimismo, que la plaza de fiscal de sala lleva siempre aparejadas funciones que trascienden el ámbito estricto de la coordinación de un área de actividad del Ministerio Fiscal, pues el nombrado se integra en la junta de fiscales de sala, órgano que, conforme al art. 15 EOMF, «asiste al fiscal general del Estado en materia doctrinal y

técnica, en orden a la formación de los criterios unitarios de interpretación y actuación legal, la resolución de consultas, elaboración de las memorias y circulares, preparación de proyectos e informes que deban ser elevados al Gobierno y cualesquiera otras, de naturaleza análoga, que el fiscal general del Estado estime procedente someter a su conocimiento y estudio, así como en los supuestos previstos en el artículo 25 de este estatuto».

En este caso, además, se señala que se trata de una plaza de fiscal de sala integrada en la estructura orgánica de la Fiscalía General del Estado, por lo que la fiscal general puede asignarle nuevas tareas de acuerdo con el art. 20.3 EOMF.

B) En lo que atañe a la sentencia impugnada, esta cuenta con una motivación mucho más escueta. Fundamentalmente, la resolución reprocha a la fiscal general que la motivación del nombramiento no pivote, como factor decisivo, sobre la mayor especialización en menores, pese a que la plaza tiene «un perfil bien determinado» que no admite adjudicarla, como se ha hecho en este caso, a un candidato que presenta un nivel de especialización muy inferior al del otro aspirante.

Añade que uno de los argumentos utilizados por la propuesta de la fiscal general resulta, además, improcedente, pues la motivación del nombramiento no puede fundarse en la mayor sintonía política de la fiscal general del Estado con uno de los candidatos, como si de un cargo de confianza se tratase.

Anula, por consiguiente, el nombramiento y considera, además, que no cabe ya retroacción alguna, pues se trata de la segunda anulación dentro de la misma convocatoria y la fiscal general ya ha tenido, por tanto, la oportunidad de motivar debidamente su propuesta.

C) A la vista de los argumentos expuestos, el enjuiciamiento de este tribunal ha de basarse en las siguientes consideraciones:

a) A este tribunal no le corresponde evaluar la corrección de los argumentos exteriorizados por la fiscal general del Estado en la propuesta dirigida al Gobierno. A los efectos de la resolución de este amparo, basta, simplemente, con constatar que el modo de ejercer las facultades discrecionales conferidas por el legislador no resulta manifiestamente arbitrario, pues, para determinar los criterios objetivos que han de ser evaluados, se ha tomado como referencia fundamental la regulación de las funciones que el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal y su normativa de desarrollo asocian a la plaza que ha de ser cubierta.

b) Se observa, sin embargo, que, al enfrentarse a dicha motivación, el órgano judicial ha rechazado la pertinencia de los referidos criterios sin explicitar más parámetro jurídico de control que el «perfil bien determinado» de la plaza. Dicho perfil impediría, según razona, nombrar a un candidato en detrimento de otro que presenta una especialización jurídica muy superior en el área de menores. Al hacer estas afirmaciones el órgano judicial no explicita, sin embargo, cuál es la fuente normativa que le sirve de sustento, más allá del mero dato del *nomen* de la plaza convocada.

En efecto, la sentencia impugnada no dedica ningún razonamiento jurídico a dilucidar cuál es la base normativa que impide la valoración conjunta de otros criterios distintos al de especialización y asume, sin base legal explícita que sustente tal conclusión, que las facultades discrecionales de la fiscal general del Estado deben orientarse exclusivamente a dilucidar quién de los candidatos en liza es el que tiene una mayor especialización en el área de menores.

c) El órgano judicial priva, con ello, sin un soporte normativo claramente determinado, a la fiscal general del Estado de las facultades de concretización o integración de la norma legal que el legislador le ha atribuido, pues el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal define deliberadamente un supuesto de hecho incompleto a efectos de que sean la fiscal general del Estado (con su propuesta) y el Gobierno de la Nación (aceptando o rechazando esta) los que lo completen con los criterios de mérito y capacidad pertinentes de acuerdo con las necesidades orgánicas y funcionales del momento.

Al exigir, sin soporte legal, que la decisión sobre el nombramiento se resuelva en atención a un único criterio objetivo (sin duda, relevante, como la propia propuesta de la fiscal general reconoce), la Sala desnaturaliza el sistema de nombramiento que ha previsto el legislador y lo convierte en un concurso de méritos en el que debe evaluarse simplemente quién, entre los diversos candidatos, tiene una mayor especialización en menores.

d) Conviene advertir, en este punto, que la Sala está habilitada, sin duda, para efectuar un control negativo de los criterios que el órgano administrativo ha utilizado en ejercicio de su poder discrecional, a efectos de descartar, entre otros extremos, que sean arbitrarios (por su ajenidad, por ejemplo, a las funciones propias de la plaza a cubrir) o que carezcan del necesario vínculo con los principios de mérito y capacidad. Pero la Sala, en este caso, ha hecho algo bien distinto: descartar globalmente, sin expresar la fuente legal del reparo, los criterios que el órgano competente había considerado adecuados para integrar la norma legal incompleta y sustituirlos por un solo criterio objetivo, sin indicar siquiera la fuente legal de semejante naturaleza determinante.

e) El órgano judicial solo se pronuncia, en realidad, sobre uno de los criterios utilizados en la propuesta de nombramiento, pues achaca a esta que valore la mayor sintonía política de la fiscal general del Estado con el recurrente en amparo, como si de un cargo de confianza se tratase.

Tal reproche no se corresponde, sin embargo, con lo que en la propuesta de nombramiento se razona. En ella se valora la concordancia de la trayectoria profesional y del plan de actuación de uno de los candidatos con las líneas programáticas que la fiscal general, en el ejercicio de sus funciones directivas del Ministerio Fiscal, pretende establecer en la Fiscalía General del Estado, en particular con la pretensión de dotar a la especialidad en menores de una mayor sensibilidad constitucional, con mayor protagonismo de la perspectiva *iusfundamental* y de la noción de interés del menor tal y como ha sido interpretada y concebida en la doctrina constitucional. Aprecia, en este punto, que la trayectoria profesional del recurrente en amparo (en cuanto fiscal ante el Tribunal Constitucional) resulta especialmente valiosa, y considera, asimismo, que esa perspectiva *iusfundamental* resulta mucho más acentuada en el proyecto de actuación de este candidato. Se trata, por tanto, de optar por un «modelo» de fiscal de sala coordinador que prime la dimensión de tutela de los derechos fundamentales y avance, según señala expresamente la propuesta, en la línea de la justicia de menores descriminalizadora.

No corresponde, obviamente, a este tribunal valorar si esas pautas de política criminal y ese modelo directivo del área de menores es el más idóneo para satisfacer el interés general, pues esta valoración ha sido encomendada por el legislador a la fiscal general del Estado y al Gobierno de la Nación. Puede, sin embargo, constatarse que, frente a lo que señala el órgano judicial, no estamos ante una valoración impropia del modelo de nombramiento que el legislador ha establecido, en cuanto la idoneidad del candidato también puede ser evaluada desde la óptica de la mayor capacidad y preparación para impulsar, en un área concreta de actuación del Ministerio Fiscal, unas determinadas directrices de política criminal desde la Fiscalía General del Estado (en cuya estructura orgánica se inserta, como ya se ha explicado, la figura del fiscal de sala coordinador).

f) Finalmente, se observa que la decisión del órgano judicial no solo desvirtúa el régimen legal de nombramiento, con la consiguiente quiebra de la reserva de ley, sino que implica, además, un trato desigualitario, pues conduce a preterir al recurrente en amparo en el acceso al nombramiento pretendido por razón de su menor especialización en la justicia de menores frente a otros candidatos. Se materializa, con ello, el mismo tipo de trato desigualitario que fue apreciado en la citada STC 138/2000, pues la configuración, al margen de la ley, de la mayor especialización en menores como mérito determinante del nombramiento, supone hacer de peor condición a un candidato sobre otro sin que la ley así lo exija.

Ciertamente, en este caso, a diferencia del resuelto en la STC 138/2000, la Sala no excluye al recurrente en amparo por razón de su pretendida carencia de especialización en menores. No obstante, en las circunstancias del caso, estamos ante una cuestión eminentemente semántica, pues, convertida por la Sala la especialización en menores en el único criterio determinante de la adjudicación del puesto, la carencia de este concreto mérito privaba al recurrente en amparo de toda posibilidad de acceso a la plaza, con el consiguiente efecto materialmente excluyente. Lo relevante, en definitiva, en este caso es que se han desbordado los límites de la ley habilitante para convertir un concreto mérito en único determinante del nombramiento en perjuicio del aspirante al que se había adjudicado la plaza.

Este tribunal concluye, por todo ello, que el derecho del recurrente en amparo a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 CE) ha sido vulnerado, por lo que procede la estimación del amparo interesado con los efectos que a continuación se señalarán, sin que sea necesario entrar a examinar la denunciada vulneración de los derechos a la igualdad (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por lo que la demanda considera un cambio inmotivado de la jurisprudencia en materia de nombramientos discrecionales.

5. Efectos del otorgamiento del amparo.

De acuerdo con la doctrina de este tribunal, la tutela a prestar en este tipo de supuestos es la anulación de la resolución judicial vulneradora del art. 23.2 CE, sin retroacción alguna (en coherencia con el carácter sustantivo del derecho fundamental vulnerado), tal y como se hizo en la citada STC 138/2000.

En el presente caso, esa anulación exige, sin embargo, la aclaración de los efectos que conlleva, pues, en las circunstancias actuales, no es posible la plena restauración de la situación jurídica que al recurrente en amparo le confería el Real Decreto 417/2022, de 31 de mayo (BOE núm. 130, de 1 de junio de 2022). Dicha disposición presentaba, en efecto, un doble contenido: de una parte, la promoción profesional del recurrente en amparo a la categoría de fiscal de sala; de otro, su nombramiento para la plaza de fiscal de sala coordinador de menores. De ambos, la promoción profesional del recurrente en amparo a la categoría de fiscal de sala puede recobrar su plena vigencia y efectos –teniendo en cuenta que, como se ha indicado [*supra* FJ 4.3.1 e)], la condición de fiscal de sala se mantiene después del cese en el ejercicio de las funciones asociadas a un concreto cargo–, pero no así su restitución en la plaza de fiscal de sala de menores, que ha sido adjudicada a una tercera persona en una convocatoria posterior [*vid. supra* antecedente 2 I)].

Por ello, la anulación de la resolución judicial ha de implicar exclusivamente la restitución del recurrente en amparo en la condición de fiscal de sala, de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 417/2022, de 31 de mayo.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido otorgar el amparo y, en su virtud:

1.º Declarar que las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado el derecho del recurrente en amparo a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 CE).

2.º Restablecerle en su derecho y, a tal fin, anular la sentencia núm. 1051/2023, de 20 de julio, y el auto de 11 de octubre de 2023, ambos de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, con los efectos señalados en el fundamento jurídico 5 de esta resolución.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a quince de enero de dos mil veintiséis.—Inmaculada Montalbán Huertas.—Ricardo Enríquez Sancho.—María Luisa Balaguer Callejón.—Ramón Sáez Valcárcel.—Enrique Arnaldo Alcubilla.—Concepción Espejel Jorquera.—María Luisa Segoviano Astaburuaga.—Juan Carlos Campo Moreno.—Laura Díez Bueso.—José María Macías Castaño.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el magistrado don Ricardo Enríquez Sancho a la sentencia dictada en el recurso de amparo avogado por el Pleno núm. 7432-2023

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 LOTC, y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría, formulo el presente voto particular por discrepar de la fundamentación jurídica y del fallo de la sentencia recaída en el recurso de amparo avogado por el Pleno núm. 7432-2023, que con estimación de la demanda interpuesta por don Eduardo Esteban Rincón, ha anulado la sentencia de la Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, núm. 1051/2023, de 20 de julio, que con estimación parcial del recurso contencioso-administrativo núm. 745-2022 promovido por la Asociación de Fiscales, anuló el Real Decreto 417/2022, de 31 de mayo, que había designado al recurrente en amparo como fiscal de sala de menores de la Fiscalía General del Estado; anulando también el auto desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones instado contra dicha sentencia.

I. Contexto en el que se enmarca la sentencia de la que se discrepa:

1. La controversia constitucional resuelta por la sentencia ahora aprobada por la mayoría del Pleno trae causa de dos sentencias dictadas por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, la STS 452/2022, de 19 de abril (recurso ordinario núm. 133-2021, promovido por la Asociación de Fiscales), y la STS 453/2022, de 19 de abril (recurso ordinario núm. 124-2021, promovido por don José Miguel de la Rosa Cortina, el otro concursante de la plaza), declarando ambas sentencias la nulidad del Real Decreto 212/2021, de 30 de marzo, que acordaba promover a la categoría de fiscal de sala al aquí recurrente y se le nombraba fiscal de sala de la Fiscalía de Sala de Menores de la Fiscalía General del Estado.

Ambas sentencias, con sus propios razonamientos, apreciaron un déficit de motivación en la propuesta de la fiscal general del Estado para fundamentar la preferencia por el candidato que se proponía sobre el otro candidato, en relación con el destino a cubrir, teniendo en cuenta que «los méritos que aduce el candidato preterido, como es el caso de su destino en secciones de menores, revisten un carácter objetivo y comprobable» que no había sido objeto sin embargo de valoración en la propuesta (STS 453/2022, fundamento de Derecho séptimo). Además de la nulidad del real decreto de nombramiento, ambas sentencias acordaron la retroacción de actuaciones para que la fiscal general del Estado realizase otra propuesta motivada, de conformidad con lo razonado en dichas sentencias.

Don Eduardo Esteban Rincón no interpuso recurso de amparo contra ninguna de esas dos sentencias del Tribunal Supremo.

2. En cumplimiento de lo resuelto en ellas, la fiscal general del Estado volvió a formular meses después una nueva propuesta en favor del mismo candidato, con ampliación, que no variación, de los argumentos esgrimidos en la propuesta anterior, siendo acogida por el Consejo de Ministros que dictó el Real Decreto 417/2022, de 31 de mayo. Esto dio lugar a que se interpusieran dos recursos contencioso-administrativos contra el nuevo nombramiento, justamente por las personas legitimadas en los recursos anteriores:

(i) El recurso ordinario núm. 707-2022 promovido por don José Miguel de la Rosa Cortina, resuelto por la STS 1024/2023, de 18 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3396), y

(ii) el recurso ordinario núm. 745-2022 promovido por la Asociación de Fiscales, resuelto a su vez por la STS 1051/2023, de 20 de julio de 2023. En esta última se asumen los fundamentos de Derecho sexto a noveno de la STS 1024/2023, que se transcriben, procediendo la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo a anular en ambas sentencias el nuevo nombramiento, al no haber quedado subsanado el defecto de motivación (STS 1051/2023, fundamento de Derecho sexto).

El aquí recurrente interpuso contra cada una de ellas un incidente de nulidad de actuaciones, que fueron desestimados por sendos autos de 11 de octubre de 2023.

Frente a estas resoluciones del Tribunal Supremo, don Eduardo Esteban Rincón sí ha interpuesto dos recursos de amparo: el presente recurso núm. 7432-2023 contra la STS 1051/2023, y el recurso de amparo núm. 7433-2023 contra la STS 1024/2023, alegándose en ambos la vulneración del derecho fundamental a la igualdad en el ascenso profesional, por no haberse confirmado su nombramiento como fiscal de sala y fiscal de menores de la Fiscalía General del Estado (art. 23.2 CE).

Aunque los dos recursos de amparo se han tramitado de manera independiente y resueltos por dos sentencias del Pleno de este Tribunal Constitucional, en el día de hoy, la fundamentación jurídica es la misma, por lo que las consideraciones que contiene este voto particular discrepante, aclaro desde ya, son predicables también de la sentencia que resuelve el recurso de amparo núm. 7433-2023.

II. Razones de la discrepancia:

1. La sentencia de la que discrepo presenta aspectos positivos que cabe desde luego reconocer, como son la descripción de la doctrina general sobre el derecho fundamental del art. 23.2 CE (FJ 4.2); la identificación de las normas del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal por las que se regía el concurso y el régimen de ascenso a la primera categoría en la carrera fiscal (FJ 4.3.1), y la importancia del principio de reserva de ley en estos concursos, con la posibilidad de conceder cierto margen de discrecionalidad al aplicador de la norma (FJ 4.3.2) que, en todo caso, conviene precisar desde ya, sería discrecionalidad técnica pero no discrecionalidad política, porque los cargos del art. 20 EOMF como el que nos ocupa, no conforman una especie de guardia pretoriana de la que pueda dotarse el fiscal general de turno, acorde con su ideología e intereses. Si así fuera estarían excluidos los principios de mérito y capacidad, de necesaria observancia constitucional (arts. 23.2 y 103 CE), o estos se aplicarían de un modo sesgado en el concurso para lograr un resultado predeterminado, lo que no sería admisible.

En el caso de la plaza que aquí nos ocupa, el art. 20.3 EOMF precisa que existirán en la Fiscalía General del Estado, fiscales de sala «especialistas» (este término no está recogido en la cita, que hace la sentencia de la que discrepo, del art. 20.3 EOMF) responsables de la coordinación y supervisión de la actividad del Ministerio Fiscal en materia de protección y reforma de menores.

2. No voy a objetar que la sentencia de la mayoría del Pleno haya resuelto el recurso de amparo haciendo aplicación de la doctrina de la STC 138/2000, de 29 de mayo, si bien, como aquella reconoce, en esta STC 138/2000 se trataba de un concurso de un profesor universitario y no de cargos discrecionales de las carreras judicial y fiscal (para cuya materia, por cierto, hay doctrina: véase ATC 119/2018, de 13 de noviembre, FJ 10, y las sentencias que ahí se citan). Ahora bien, si al final estamos ante un caso de aplicación de doctrina, cambiando solo la profesión concernida, no se acaba de ver dónde radicaba la especial trascendencia constitucional del recurso: para entendernos, no es lo mismo, en términos de la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 a), hablar de un «problema (constitucional) nuevo», que es lo que dota de dicha especial trascendencia al recurso, que estar ante «un caso nuevo» pero de un problema constitucional que cuenta con doctrina ya fijada, la cual va a ser de aplicación.

Mi discrepancia con la sentencia, en cualquier caso, se centra en lo razonado en el fundamento jurídico 4.3.3, para llegar a la estimación de la demanda. Pero antes de explicar por qué no estoy de acuerdo, me parece importante tener presente cuál es el canon que este Tribunal Constitucional debía aplicar para examinar la queja del art. 23.2 CE planteada. La propia STC 138/2000, FJ 5, deja claro que en los casos de una denuncia de lesión de un derecho fundamental sustantivo, nuestro control (y antes que nosotros, el que debe desplegar el órgano judicial competente revisor de la decisión administrativa) «no se cumple [...] con la simple constatación de la razonable interpretación que pueda exhibir la resolución judicial impugnada». No es pues un mero control externo, de racionalidad de la decisión.

Sin embargo, no es tampoco un control de legalidad ordinaria, ni de sustitución del órgano judicial en las tareas que le corresponden a este, a modo de una tercera instancia. Ese control, como precisa por ejemplo la STC 192/2012, de 29 de octubre, FJ 6, «obliga a este tribunal a revisar, si a ello es instado en vía de amparo, si la interpretación de la legalidad configuradora de los derechos fundamentales se ha llevado a cabo *secundum Constitutionem*»; es decir, conforme al contenido esencial del derecho. Es en esa línea en la que debía moverse este tribunal al ejercitar su función, línea que como se aprecia tras la lectura de la sentencia de la que discrepo, esta no ha sabido mantener.

3. La sentencia alcanza la decisión estimatoria del recurso de amparo mediante una argumentación que incurre en un triple error:

(i) Achaca a las sentencias del Tribunal Supremo, en primer lugar, que en vez de efectuar la ponderación de una serie de méritos de los candidatos, de acuerdo con las funciones que ha de desempeñar quien obtuviera la plaza, tal y como sí habría hecho la señora fiscal general del Estado en su propuesta, aquellas dos sentencias se limitaron a valorar un único criterio, el del «perfil bien determinado [de la plaza]», lo que les llevó indebidamente a exigir que el candidato ganador debía ser quien acreditara un mayor grado de especialización en Derecho de menores. Esta valoración de un único parámetro, sigue diciendo la sentencia de la que discrepo, se hace por el Tribunal Supremo sin explicitar «cuál es la fuente normativa que le sirve de sustento, más allá del mero dato del *nomen* de la plaza convocada» [FJ 4.3.3 C) b)]; de modo que el órgano judicial «priva, con ello, sin un soporte normativo claramente determinado, a la fiscal general del Estado de las facultades de concretización o integración de la norma legal que el legislador le ha atribuido» [FJ 4.3.3 C) c)].

(ii) En segundo lugar, la sentencia de la que discrepo considera también contrario al art. 23.2 CE, que las sentencias del Tribunal Supremo reprochen a la fiscal general del Estado una mayor «sintonía política» del candidato (el aquí recurrente), cuando ello no es así porque la propuesta de la fiscal se refiere a «la concordancia de la trayectoria profesional y del plan de actuación de uno de los candidatos con las líneas programáticas que la fiscal general, en el ejercicio de sus funciones directivas del Ministerio Fiscal, pretende establecer en la Fiscalía General del Estado, en particular con la pretensión de dotar a la especialidad en menores de una mayor sensibilidad constitucional, con mayor protagonismo de la perspectiva *iustfundamental* y de la noción de interés del menor tal y como ha sido interpretada y concebida en la doctrina constitucional» [FJ 4.3 C) e)].

(iii) El tercer defecto que se atribuye a las sentencias del Tribunal Supremo, y que se presentaría como una consecuencia del primero de ellos, es que en virtud de la valoración de un único mérito se produce un trato «desigualitario» en perjuicio del recurrente en amparo, pretiriéndole «por razón de su menor especialización en [...] menores frente a otros candidatos» [FJ 4.3.3 f)].

Pues bien: resulta que estos tres criterios de la sentencia para considerar que las resoluciones impugnadas de la Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, son lesivas del derecho fundamental del recurrente a su ascenso profesional en condiciones de igualdad, no responden a la verdad y no justifican por

tanto su anulación, pues no se ha producido la vulneración del derecho fundamental alegada. Veamos:

A) Respecto de la afirmación de que las sentencias valoran un único mérito, la especialización en Derecho de menores, de uno de los candidatos:

1. En ningún momento la STS 1051/2023 –ni la STS 1024/2023– dicen eso ni nada semejante. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Alto Tribunal recuerda que ya había anulado un nombramiento anterior de la misma plaza, a favor del aquí recurrente, «dada la enorme diferencia entre ambos candidatos en cuanto a méritos en lo específicamente atinente al Derecho de menores», por lo que devolvió el asunto para que se motivara la propuesta, es decir, para que se justificara por qué la «enorme diferencia» entre ambos candidatos en ese apartado no era tenida en cuenta por la fiscal general del Estado, siendo que se trataba de la jefatura de una sección especializada en el seno de dicha Fiscalía General.

Y el resultado es que en su nueva propuesta, que sirve de base al Real Decreto 417/2022 de (segundo) nombramiento, la fiscal general del Estado mantiene los mismos criterios, es decir, sigue sin justificar por qué no cuenta la «enorme diferencia» de experiencia en un cargo de perfil técnico como este, limitándose a redundar en los mismos criterios ya expresados en su propuesta anterior y que se consideraron insuficientes por la Sala.

En el fundamento de Derecho sexto de la STS 1051/2023, en el que se remite al fundamento de Derecho séptimo de la STS 1024/2023, la Sala y Sección mencionadas del Tribunal Supremo recuerdan que la plaza convocada no solamente daba acceso a la categoría primera de la carrera fiscal (a la que ya pertenecía el otro candidato, señor de la Rosa), sino a la jefatura de la Fiscalía especializada, de manera que lo debatido es si «cabe preferir a un candidato sin ninguna experiencia teórica ni práctica en la materia sobre otro que ha acreditado ser un verdadero especialista en la misma; y si ello, además, puede razonablemente motivarse sobre la base de argumentos que eluden explícitamente dar peso y relevancia a la preparación específica en Derecho de menores, señalando que lo verdaderamente decisivo son otras consideraciones».

Pregunta a la que el Tribunal Supremo responde de manera negativa porque no cabe «infravalorar, cuando no obviar, los méritos específicamente relativos a dicho perfil. Poner todo el énfasis en otras consideraciones, como hace la propuesta de la fiscal general del Estado de 5 de mayo de 2022, no es atendible, porque elude el núcleo de la cuestión».

No se trata por tanto de que uno de los candidatos a la plaza tuviera más experiencia que el otro en el desempeño de su actividad en las secciones especializadas de menores. Es que el aquí recurrente no tenía ninguna, pues el hecho de que haya dirigido la Fiscalía Provincial de Madrid no le dota de la especialización necesaria. Por esa regla de tres, el recurrente debería ser considerado especialista de todas las materias que coordinaba, por el mero hecho de hacerlo. Seleccionar en esas condiciones al aquí recurrente como ganador del concurso, entiende el Tribunal Supremo, supone una selección arbitraria. Y este razonamiento a mi juicio no puede tacharse ni de irrazonable ni de contrario al art. 23.2 CE.

2. No discute el Tribunal Supremo que el cargo a concurso tenga un componente de discrecionalidad en su resolución por el/la fiscal general del Estado. La cuestión es que uno de los límites de la discrecionalidad es la observancia de los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE), y la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), en este caso evidenciada por lo inmotivada de la propuesta.

La sentencia de la que discrepo dice que las sentencias impugnadas del Tribunal Supremo carecen de base normativa para sustentar que la resolución del concurso no podía basarse en otros méritos distintos de la especialización del candidato en el Derecho de menores. No es eso sin embargo lo que postula aquella sentencia, sino que el mérito de la especialización no puede dejar de ponderarse al tratarse de un cargo

técnico, teniendo en cuenta la «enorme diferencia» entre los dos candidatos en cuanto a la experiencia en la Fiscalía de Sala de Menores. En todo caso:

(i) El art. 20.3 EOMF señala que el responsable de la coordinación y supervisión de la actividad del Ministerio Fiscal en materia de protección y reforma de menores, que la norma dice será un «especialista», tendrá «facultades y ejercerá funciones análogas a las previstas en los apartados anteriores» para otros responsables de fiscalías especializadas, entre las cuales destacan funciones que presuponen la experiencia forense en ese campo. Tomemos como base las funciones previstas para el fiscal contra la violencia sobre la mujer, que es el primero indicado expresamente en ese art. 20 EOMF:

«(a) Practicar las diligencias a que se refiere el artículo 5 de este estatuto, e intervenir directamente en aquellos procesos penales de especial trascendencia apreciada por el fiscal general del Estado, referentes a los delitos [...] [en este caso sería los cometidos contra, y por, menores].

(b) Intervenir, por delegación del fiscal general del Estado, en los procesos [...] [propios de este ámbito].

[...]

(d) Coordinar los criterios de actuación de las diversas fiscalías en [...] [la materia], para lo cual podrá proponer al fiscal general del Estado la emisión de las correspondientes instrucciones».

(ii) En la instrucción 3-2008 de la Fiscalía General del Estado, de 30 de julio, sobre el fiscal de sala coordinador de menores y las secciones de menores de las fiscalías, apartado II, se concretan las funciones del fiscal de sala coordinador de menores, donde se incluyen entre otras las siguientes que presuponen una experiencia en el ámbito forense de la justicia de menores:

«(a) Practicar las diligencias a que se refiere el art. 5 EOMF, e intervenir directamente o a través de instrucciones impartidas a las secciones en aquellos procesos penales o civiles de especial trascendencia apreciada por el fiscal general del Estado, referentes a los delitos cometidos por menores o a procesos relativos a protección de menores».

[...]

(c) Coordinar los criterios de actuación de las diversas fiscalías en materias de protección y reforma de menores, para lo cual podrá proponer al fiscal general del Estado la emisión de las correspondientes instrucciones.

Sigue diciendo la instrucción 3-2008:

«Además de estas funciones, directamente entroncadas en el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, el fiscal de sala coordinador de menores desempeñará las siguientes, derivadas de las legalmente previstas de forma expresa:

(1) Proposición de reformas para propiciar una intervención activa y eficaz del Ministerio Público en relación con la protección de los menores, su responsabilidad penal y la garantía de sus derechos fundamentales.

(2) Elaboración de criterios para la unificación de actuaciones entre las secciones basándose, fundamentalmente, en reuniones periódicas, cursos especializados eminentemente prácticos, elaboración de protocolos y guías de actuación de tales fiscales, intercambio, publicación y difusión de las actividades anuales de las secciones, elaboración de resúmenes jurisprudenciales sobre menores, etc.

[...]

(4) Proposición al fiscal general del Estado de las circulares que considere necesarias y elaboración de propuestas de resolución de las consultas que se planteen sobre las materias de su competencia».

No parece correcto, por tanto, decir que no hay base normativa para que el Tribunal Supremo exija que en este concurso la propuesta de la fiscal general del Estado motive por qué la «enorme diferencia» de experiencia en el Derecho de menores entre los dos candidatos que optaban a dirigir la Fiscalía de Sala de Menores no es relevante, siendo efectivamente un puesto técnico. Se cuidan en tal sentido las sentencias del Tribunal Supremo de aclarar que no se trata solo de dilucidar si ambos candidatos tenían méritos suficientes para ascender a la primera categoría (a la que pertenecía ya el candidato señor de la Rosa) ni tampoco se trata de negar que pudiera fundamentarse que el recurrente tenía mayores méritos para ese ascenso.

La cuestión es que ese concurso también sirve para «adjudicar una concreta plaza con un perfil determinado, como es la Fiscalía de Sala de Menores» y por tanto, si para ella «cabe preferir a un candidato sin ninguna experiencia teórica ni práctica en la materia sobre otro que ha acreditado ser un verdadero especialista en la misma», eludiendo la propuesta de la fiscal general del Estado «explícitamente dar peso y relevancia a la preparación específica en Derecho de menores», sustituyéndolo por otros criterios.

No veo en este razonamiento de las sentencias impugnadas ninguna inobservancia ni menos todavía, ninguna sustracción de la base normativa reguladora de las funciones del cargo objeto de concurso.

3. La sentencia de la que discrepo confronta además el caso aquí examinado con el que se enjuició en la STC 138/2000, diciendo que son asimilables cuando eso no es así. Como claramente señaló el Tribunal en aquella STC 138/2000, lo que sucedía entonces es que la comisión de valoración había excluido como mérito la experiencia docente del candidato, no que le hubiera dado mayor o menor peso a dicho mérito. En el presente caso no se ha excluido ningún mérito de los que aduce el recurrente en amparo, por lo que no vale que la sentencia del Pleno diga que aunque formalmente no es una exclusión, la del recurrente, en realidad es «una cuestión eminentemente semántica» porque la Sala ha convertido «la especialización en menores en el único criterio determinante de la adjudicación del puesto».

No es eso en absoluto lo que ha hecho la Sala. No estamos ante una cuestión semántica sino ontológica: no se ha excluido ningún mérito del recurrente. Cosa distinta es que el Tribunal Supremo eche en falta que aquel carezca de un mérito que objetivamente debe ser relevante dentro de la ponderación del concurso, atendiendo a la naturaleza y funciones de la plaza. En todo caso, la gran diferencia entre los méritos de ambos candidatos no lo son solo en el plano estricto de la experiencia forense, sino de las demás actividades curriculares evidenciadas por ambos candidatos, los cuales desgrana la STS 452/2022, fundamento de Derecho quinto, apartado 4, y que debió tener en cuenta la fiscal general del Estado al hacer una nueva propuesta, en correcto cumplimiento de dicha sentencia, lo que no sucedió.

B) Respecto de la armonía de criterios de acción política de la fiscal general del Estado con el candidato seleccionado:

1. A la sentencia de la que discrepo le parece mal el razonamiento de las sentencias impugnadas, en concreto el fundamento de Derecho octavo de la STS 1024/2023 (fundamento de Derecho séptimo de la STS 1051/2023), que no concede relevancia a esa afinidad o alineamiento llamémosle programático con el formulado por la fiscal general del Estado, entre otras cuestiones porque quien obtenga la plaza dirigirá la Fiscalía de Sala de Menores por un plazo de cinco años, el cual incluso se puede prorrogar, por lo que el desempeño de su función está desvinculada de la acción de política institucional de quien sea en ese momento el titular de la Fiscalía General del Estado.

Yo creo que es una argumentación razonable y que desde luego no queda desvirtuada por la sentencia del Pleno. Esta última me parece que confunde la discrecionalidad en la valoración de los méritos (que, insisto, debe seguir siendo

respetuosa con los principios del art. 103 CE), con que puede ser una plaza de perfil político y no técnico.

2. Esto último –que tenga un perfil político– resulta claramente distorsionador del espíritu del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, y conduciría a que cada fiscal general del Estado durante su mandato se rodee de fieles ideológicamente alineados con sus políticas, en vez de regirse por criterios de selección técnicos. Pero además, las concretas razones que se dan en la propuesta que aquí nos ocupa, y que asume como correctas la sentencia de la que discrepo, no me parecen sostenibles. A saber, según dicha sentencia: «la pretensión de dotar a la especialidad en menores de una mayor sensibilidad constitucional, con mayor protagonismo de la perspectiva *iustfundamental* y de la noción de interés del menor tal y como ha sido interpretada y concebida en la doctrina constitucional».

Pues bien: no entiendo cómo puede medirse la «sensibilidad constitucional» y la «perspectiva *iustfundamental*» de los fiscales, para poder hacer un baremo en ese específico aspecto de su profesión. Y me parece impensable que un fiscal que ha desarrollado su trayectoria durante años en las secciones especializadas de menores, pueda carecer de la «sensibilidad constitucional» necesaria sobre la protección de los menores, ni que conozca menos la doctrina constitucional o de la jurisdicción ordinaria sobre el Derecho de menores, que quien nunca se ha dedicado a ese ámbito. En todo caso –y lo contrario sería una anomalía– la sensibilidad constitucional debe presumirse en todos los miembros de la carrera fiscal, como se presume de los jueces.

Ahora bien, si la cuestión radica en que un candidato se adecuaba mejor al perfil de la plaza a concurso por haber sido en el pasado letrado del Tribunal Constitucional o haber estado en la Fiscalía de este tribunal, si es eso lo único o lo principal que dota a la persona de la necesaria «sensibilidad constitucional» para encargarse de la Fiscalía de Sala de Menores de la Fiscalía General, entonces estaríamos ante el mismo efecto prohibido que precisamente la sentencia de la que discrepo reprocha sin razón a las dictadas por el Tribunal Supremo: un mérito determinante de la plaza que no viene en ninguna norma del concurso, ni en las que regulan el desempeño del cargo en cuestión.

C) Respecto de la existencia de un trato desigualitario en perjuicio del recurrente:

Finalmente, esta tercera razón de decidir de la sentencia de la que discrepo, no puede tampoco compartirse. Primero, porque ya he dado las razones por las que no cabe hablar de una desnaturalización (así lo llama la sentencia del Pleno, refiriéndose a las del Tribunal Supremo) del concurso que nos ocupa, por lo que no hay discriminación alguna que haya tenido que soportar el recurrente en amparo.

Por lo demás, si se activa un concurso para la provisión de una plaza a la que concurren al menos dos candidatos, es evidente que no pueden ganar todos y que la plaza –si no queda desierta– se le otorgará a uno de ellos. Por tanto, siempre la ponderación de los factores de mérito y capacidad y su desenlace, si se adjudica la plaza, producirá un resultado «desigualitario» para aquel o aquellos candidatos que no la obtuvieron. Desde esa óptica, para que el aquí recurrente no obtenga un «trato desigualitario» tendría que ganar la plaza porque sí. Esto es insostenible.

No entiendo pues que estemos ante un argumento supuestamente demostrativo de una lesión del art. 23.2 CE. Lo que sí está claro es que el otro candidato podría decir exactamente lo mismo si no se le otorga la plaza, y entraríamos así en un bucle.

D) En resumen:

El hecho de que nuestra doctrina permita un control no meramente externo de la decisión impugnada, porque estamos en el ámbito del art. 23.2 CE, no puede suponer que este tribunal haga de tercera instancia, como ha ocurrido, porque lo que teníamos que decidir no es si podían llegar a compartirse los criterios de la fiscal general del Estado que sustentaron su propuesta, y por tanto imponerlos, sino si los criterios que el Tribunal Supremo reprocha a esa propuesta, ya por omisión (no valorar el mérito de la

especialización en Derecho de menores) o ya por acción (valorar el alineamiento con su particular programa) son contrarios al contenido esencial del derecho fundamental del aquí recurrente. Y la respuesta es que no lo son, el Tribunal Supremo no vulneró su derecho.

Por todo lo dicho, la sentencia de la que discrepo debió ser desestimatoria de la demanda interpuesta. Lejos de ello, ha otorgado el amparo y para hacerlo se ha tomado el atrevimiento de indicarle a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo cuáles son los criterios que ha tener en cuenta para llevar a cabo un adecuado control de los actos administrativos discrecionales, una función que es propia de dicha sala del Alto Tribunal (art. 117.3 CE), infligiendo un varapalo a las resoluciones impugnadas en este amparo, las cuales se sustentan en fundamentos que, repito, no pueden tacharse de irrazonables ni de otro modo vulneradores del derecho fundamental invocado por el recurrente.

Y en tal sentido emito mi voto particular.

Madrid, a quince de enero de dos mil veintiséis.—Ricardo Enríquez Sancho.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formulan los magistrados don Enrique Arnaldo Alcubilla, doña Concepción Espejel Jorquera y don José María Macías Castaño a la sentencia dictada por el Pleno de este tribunal por la que se estima el recurso de amparo núm. 7432-2023

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 (LOTG y con respeto a la opinión de los magistrados que han conformado la mayoría del Pleno del Tribunal, manifestamos nuestra discrepancia con la decisión de estimar el recurso de amparo promovido por don Eduardo Esteban Rincón contra las resoluciones del Tribunal Supremo que acordaron y confirmaron la nulidad de su nombramiento como fiscal de sala coordinador de menores de la Fiscalía General del Estado. Por las razones que exponemos en el voto particular emitido en el recurso de amparo núm. 7433-2023, al que expresamente nos remitimos, consideramos que el presente recurso también debió ser desestimado.

En todo caso, nos vemos en la obligación de hacer constar que, a nuestro juicio, los antecedentes de hecho debieron ser más explícitos a la hora de describir la tramitación de este recurso, puesto en relación con el ya citado recurso de amparo núm. 7433-2023, con el que guarda una indudable conexión. Sobre todo, para que pudiera comprenderse el episodio de la abstención del magistrado presidente, señor Conde-Pumpido, a pesar de haber intervenido previamente en la admisión a trámite de estos recursos. Al omitirse la referencia a aquellas vicisitudes procesales (expuestas con detalle en el voto particular emitido en el recurso de amparo núm. 7433-2023), se traslada la impresión desdibujada de que la abstención fue espontánea y que no hubo polémica alguna al respecto, cuando fue reactiva a una recusación previa y resultó controvertida por su carácter tardío.

En cuanto a los términos de esa abstención/recusación, así como a las consecuencias que debieron provocar en el recurso de amparo núm. 7433-2023 y, por conexión, al presente, nos remitimos a los votos particulares emitidos en los AATC 15/2025, de 12 de febrero, y 31/2025, de 8 de abril.

Por todo ello, a nuestro juicio, el presente recurso de amparo núm. 7432-2023 debió ser desestimado.

Madrid, a quince de enero de dos mil veintiséis.—Enrique Arnaldo Alcubilla.—Concepción Espejel Jorquera.—José María Macías Castaño.—Firmado y rubricado.