

**SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL****TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**3481** *Pleno. Sentencia 7/2026, de 15 de enero de 2026. Recurso de amparo 7433-2023. 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:2026:7

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. 7433-2023, promovido por don Eduardo Esteban Rincón contra la sentencia núm. 1024/2023, de 18 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. 707-2022. Han intervenido don José Miguel de la Rosa Cortina, 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 («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 José Miguel de la Rosa Cortina (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) El día 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, 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 artículo 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 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 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; (ii) de otro, debe realizar, conforme al artículo 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 artículos 774 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim) y 5 EOMF; (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 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 «esencial» (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»; (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 José Miguel de la Rosa Cortina.

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 José Miguel de la Rosa Cortina 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 directrices 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 «[n]o 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 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) El 21 de julio de 2022, don José Miguel de la Rosa Cortina interpuso recurso contencioso-administrativo frente al Real Decreto 417/2022, dando lugar al recurso ordinario núm. 707-2022, 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 1024/2023, de 18 de julio, la Sala estimó parcialmente la demanda formulada por don José Miguel de la Rosa Cortina 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 determinada, 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 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 amplio margen de apreciación, que viene reconociendo nuestra jurisprudencia en este tipo de nombramientos».

j) El día 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 mérito determinante con el que 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 conocer el porqué de la misma».

k) El 11 de octubre de 2023 la Sala dictó auto en el que declara que «[n]o ha lugar el 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 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 (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 1024/2023 (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 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». De ello se derivaría, según concluye, la vulneración del derecho a la igualdad del artículo 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 relacionad[a] con el principio de igualdad», pues el derecho fundamental del artículo 23.2 CE lo es a 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 artículo 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; (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 ese 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 artículo 124.4 CE, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal está sometido a reserva de ley.

Añade el actor que el mencionado estatuto (arts. 18.3 y 36.1 EOMF) 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 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 artículo 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.

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

Por ello, 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 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 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 fundamente 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 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 artículo 10.1.n) LOTC. Recibida la comunicación de la Sala, el Pleno del Tribunal Constitucional, el día 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 artículo 10.1 n) LOTC.

5. El 13 de enero de 2025, el magistrado don César Tolosa Tribiño presentó 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 ATC 3/2025, de 14 de enero, por el que se aparta definitivamente al referido magistrado del conocimiento del asunto y de todas sus incidencias.

6. Mediante ATC 5/2025, de 14 de enero, el Pleno acordó: (i) admitir a trámite el recurso de amparo, apreciando que presenta especial trascendencia constitucional [art. 50.1.b) LOTC] 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)]; (ii) requerir atentamente a la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo a fin de que, en plazo de diez días, remitiese certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al procedimiento ordinario núm. 707-2022 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; y(iii) desestimar la solicitud de suspensión formulada en la demanda de amparo con base en el artículo 56.6 LOTC.

7. Por escrito presentado el 6 de febrero de 2025, el procurador de los tribunales don Miguel Ángel del Álamo García, en nombre y representación de don José Miguel de la Rosa Cortina, solicitó que se le tuviera como personado y parte en el procedimiento. En dicho escrito, formuló igualmente solicitud de recusación del magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón alegando la causa prevista en el apartado duodécimo del artículo 219 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ).

8. El 10 de febrero de 2025, el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón presentó 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 ATC 15/2025, de 12 de febrero, por el que se aparta definitivamente al referido magistrado del conocimiento del asunto y de todas sus incidencias. Dicho auto apreció, igualmente, la pérdida de objeto de la solicitud de recusación formulada por don José Miguel de la Rosa Cortina.

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

10. Por diligencia de ordenación de 26 de marzo de 2025 se tuvo por personado y parte en el procedimiento al procurador de los tribunales don Miguel Ángel del Álamo García, en nombre y representación de don José Miguel de la Rosa Cortina 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.

11. 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 le 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 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 artículo 14 CE, en relación con el artículo 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 criterios 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 artículo 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, «[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 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.

12. Mediante escrito registrado el 24 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 artsículos 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 los presupuestos de hecho, los elementos reglados del acto discrecional, la 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 artículo 23.2 CE. Solicita, por todo ello, que se dicte sentencia «estimando en su integridad la demanda de amparo».

13. Mediante escrito registrado el 25 de abril de 2025, don José Miguel de la Rosa Cortina 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. En su opinión, el recurrente en amparo confunde «la falta de motivación de la sentencia con su desacuerdo con la motivación de la misma». No habría habido, por parte del órgano judicial, apartamiento de su doctrina previa, pues la resolución impugnada exige simplemente, en coherencia con la jurisprudencia anterior de la Sala, que se individualice en la motivación del nombramiento el nivel superior de mérito y capacidad que justifica la preferencia de un candidato sobre otro.

La Sala exige, por tanto, que se den razones «reconducibles a estándares de mérito y capacidad» y considera, acto seguido, que, «para cubrir una plaza que tiene un perfil bien identificado», no 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». Se constata, con ello, que la motivación empleada para justificar el nombramiento por parte de la fiscal general infringe «de forma grosera el principio de mérito y capacidad». En conclusión, si hay un déficit de motivación, este concurre en la propuesta de nombramiento formulada por la fiscal general del Estado y no en la sentencia impugnada en el recurso de amparo.

En cuanto a la pretendida vulneración del derecho a la igualdad del artículo 14 CE, entiende que el recurrente en amparo no aporta un término de comparación válido, pues el supuesto que debía resolver la Sala en la sentencia impugnada no tiene parangón con ninguna otra resolución previamente adoptada por el Tribunal Supremo. Este nunca se había pronunciado con anterioridad sobre «un ascenso a primera categoría de un fiscal, ni un nombramiento para la especialidad de menores». En todo caso, añade, aun en la jurisprudencia relativa a nombramientos efectuados por el Consejo General del Poder Judicial el «amplio margen de apreciación» que se reconoce a este órgano nunca permite «hacer tabla rasa de los principios de mérito y capacidad» y «tener solamente en cuenta la finalidad ideológica del candidato “premiado” con el nombramiento». No hay, en definitiva, ningún cambio jurisprudencial, pues el recurrente «no constata en modo alguno la existencia de un trato desigual ante situaciones homogéneas».

En lo que se refiere a la alegada lesión del derecho de acceso al cargo público (art. 23.2 CE), estima que la única razón por la que fue preterido por la fiscal general del Estado, pese a tener mayores méritos que el recurrente en amparo, fue «la afinidad ideológica» y la «sintonía» política de aquella con el candidato seleccionado. La sentencia del Tribunal Supremo se limita a constatar, en este sentido, que no resulta admisible que unos candidatos sean preferidos frente a otros «según la mayor o menor sintonía» con las directrices de quien efectúa la propuesta de nombramiento. Como la resolución afirma, no puede elevarse «este inevitable sesgo» a «criterio explícito, objetivo y legítimo de preferencia».

Añade que la propuesta de nombramiento de la fiscal general realiza consideraciones únicamente encaminadas a minusvalorar los méritos que él había acreditado en orden a la obtención de la plaza. Niega la viabilidad del argumento que indica que existen dos precedentes de fiscales de sala de menores que fueron nombrados sin que hubieran tenido ninguna especialización previa en la materia, pues lo cierto es que tales nombramientos no fueron impugnados. Pone en duda la valoración positiva que hace la fiscal general de los conocimientos del recurrente en amparo en Derecho Constitucional, pues este «no acreditó ninguna publicación sobre el tema» y discrepa de la caracterización que la propuesta de nombramiento hace de las singularidades de la especialidad en menores.

De todo ello infiere que la vulneración del derecho de acceso al cargo público (art. 23.2 CE) «se perpetró precisamente con el nombramiento anulado por el Tribunal Supremo», pues no se basó, en realidad, más que en la afinidad ideológica y asociativa del candidato elegido con la fiscal general, con preterición de los méritos objetivos requeridos por el perfil de la plaza.

Considera, por último, que el motivo de amparo relativo a la incongruencia *extra petita*, por haber ordenado la Sala una retroacción de mayor alcance que la que se



solicitaba en la demanda, ha de ser inadmitido, pues no fue alegado en el incidente de nulidad de actuaciones. El motivo, en cualquier caso, debería ser desestimado, pues es «manifiestamente erróneo», ya que la sentencia «no da más de lo pedido» sino que otorga «menos de lo pedido».

14. 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 núm. 1024/2023, de 18 de julio, resolutoria del recurso ordinario 707-2022, y contra el auto de 11 de octubre de 2023, desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones.

Como se ha explicado 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, 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 don José Miguel de la Rosa Cortina, fiscal que concurrió sin éxito a la plaza convocada y que promovió el recurso ordinario 707-2022, que dio lugar a las resoluciones impugnadas. A su parecer, no se ha vulnerado ningún derecho fundamental del recurrente en amparo pues el actor confunde «la falta de motivación de la sentencia con su desacuerdo con la motivación de la misma». Entiende que la Sala no se ha apartado de su doctrina previa y se ha limitado a exigir que se individualice en la motivación del nombramiento el nivel superior de mérito y capacidad que justifica la preferencia de un candidato sobre otro. Afirmar, en definitiva, que la única motivación real del nombramiento del recurrente en amparo como fiscal de sala de menores ha sido su sintonía política con la entonces fiscal general del Estado. Estima, en todo caso, que la queja relativa a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) resulta inadmisibles, pues el actor no invocó tal vulneración en el incidente de nulidad de actuaciones que promovió frente a la sentencia.

## 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*, pues, tal y como ha alegado don José Miguel de la Rosa Cortina, esta resulta inadmisibles. Dicha vulneración se atribuye a la sentencia y, sin embargo, nada se dice sobre ella en el incidente de nulidad de actuaciones promovido por el actor, de modo que no ha dado 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, 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 artículos 14 y 24.1 CE, y (ii) la indebida conversión de la experiencia en menores en mérito determinante para la adjudicación de la plaza, 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 artículos 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 que este tribunal se pronuncie sobre la 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 artículo 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 por las dos causas siguientes:

a) El asunto plantea una faceta novedosa del artículo 23.2 CE sobre la que no hay 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 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) El asunto trasciende el caso concreto al suscitar 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 criterios constitucionales mínimos, desde la óptica del artículo 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 previsto en la ley 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 provocado la vulneración del derecho del demandante 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 artículo 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 artículo 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; 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 sobre el artículo 23.2 CE de interés para la resolución del presente amparo.

#### 4.2 Doctrina constitucional relevante sobre el artículo 23.2 CE.

La doctrina de este tribunal que cobra relevancia para la resolución del recurso se ciñe a los siguientes aspectos: (a) la aplicabilidad del artículo 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 artículo 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 artículo 23.2 CE, en relación con el artículo 103.3 CE, que implica el derecho a la predeterminación legal del nombramiento; (d) la especial conexión que el derecho del artículo 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 artículo 23.2 CE, que se materializa cuando se infringe la especial reserva de ley garantizada por el citado precepto constitucional al otorgar a un requisito o condición una eficacia excluyente que la ley no contempla en detrimento de uno de los aspirantes.

a) El derecho fundamental reconocido en el artículo 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 artículo 23.2 CE «actúa no solo en el momento del acceso a la función pública, sino también durante la vigencia de la relación funcional 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 artículo 23.2 CE protege a los ciudadanos «no solo en el [momento del] 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 artículo 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, 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 artículo 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, aunque no pueda ser cuestionada automáticamente en este proceso, forme parte del derecho fundamental en cuanto constituye su soporte y puede ser aquí invocada cuando vaya inescindiblemente unida 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 artículo 23.2 CE debe ponerse en relación con lo que al respecto se establece en el artículo 103.3 CE, no pudiendo afirmarse, sin más, que el límite de la reserva de ley previsto en el mencionado artículo 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, de 31 de marzo, FJ 3.a), y 138/2000, FJ 6.a)].

d) La protección que el artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 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 artículo 103.3 CE y no en el artículo 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 artículo 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 estos supuestos, nuestra doctrina ha estimado que el trato desigualitario proscrito por el artículo 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 artículo 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, de 20 de marzo, 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 artículo 23.2 CE (“con los requisitos que señalen las leyes”) con el artículo 103.3 CE (“La 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 artículo 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 (FJ 9) que «[n]o cabe duda, ciñéndonos al caso que ahora nos ocupa, que la experiencia docente, a tenor de lo dispuesto en los artículos 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 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 artículo 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 artículo 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, que modifica la Ley 50/1981 y 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 artículo 19 EOMF).

(ii) De otro lado, y en lo que a este amparo 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 mencionado estatuto, 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 artículo 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 la relativa al 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 artículo 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 cualquier otra reservada a un fiscal de la primera categoría. Es de aplicación el régimen común de nombramiento contenido en el artículo 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 artículo 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 artículo 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 del candidato propuesto: artículo 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 esta 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 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 artículo 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 a legislador, administración y juez, pues, como se ha explicado, 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 artículo 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 artículo 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 pide 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 en 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 de carácter normativo, ya 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 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 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 provisión de cargos, 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 artículo 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 artículo 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 de 21 de junio de 1926, 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 artículo 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 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 el control judicial de la discrecionalidad cobra una especial importancia la motivación empleada por el órgano administrativo competente, pues permite al órgano judicial dilucidar, enjuiciando las razones expuestas, si se trata de 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 artículo 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 de 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 pueda entenderse materializada una lesión del artículo 23.2 CE, 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 artículo 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, nos hallamos 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 artículo 23.2 CE (C).

A) La propuesta de nombramiento, 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, cuya jefatura sirvió, donde el actor había 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 la importancia de la perspectiva constitucional para ejercer las funciones de coordinación del área de menores, pues la característica que distingue a 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 elaborado 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) que había presentado. 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, a continuación, 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 artículo 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, sigue, 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 artículo 20.3 EOMF.

B) En lo que atañe a la sentencia impugnada, esta cuenta con una motivación 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 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 constatar que el modo de ejercer las facultades discrecionales conferidas por el legislador no resulta manifiestamente arbitrario, porque, para determinar los criterios objetivos que han de ser evaluados, se ha tomado como referencia fundamental la regulación de las funciones y características que el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal y su normativa de desarrollo asocian a la plaza en concurso.

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 explicar la base normativa que impide la valoración conjunta de otros criterios distintos al de especialización y asume, sin sustento legal explícito, que las facultades discrecionales de la fiscal general del Estado deben orientarse exclusivamente a decidir quién de los candidatos en liza tiene mayor especialización en el área de menores.

c) El órgano judicial priva así, sin 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 criterios de mérito y capacidad pertinentes de acuerdo a las necesidades orgánicas y funcionales del momento.

Al exigir sin soporte legal, reiteramos, 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 de mérito 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 los criterios que el órgano competente había considerado adecuados para integrar la norma legal incompleta y sustituirlos por un único criterio, 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, constatar 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 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 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 decisivo 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).

## 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 artículo 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, esta 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 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 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. 1024/2023, de 18 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 avocado por el Pleno núm.7433-2023*

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 avocado por el Pleno núm. 7433-2023, 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. 1024/2023, de 18 de julio, que con estimación parcial del recurso contencioso-administrativo núm. 707-2022 promovido por don José Miguel de la Rosa Cortina, 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.

Los motivos para la formulación del presente voto particular son enteramente coincidentes con los expresados en el voto particular que previamente he firmado en esta fecha a la sentencia recaída en el recurso de amparo avogado por el Pleno núm. 7432-2023, dado que en esta última se emplean idénticos razonamientos que en la dictada en el recurso 7433-2023 para otorgar el amparo al mismo recurrente, contra otra sentencia de la Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, anulatoria del mismo Real Decreto 417/2022 (y el posterior auto que la confirmó, en incidente de nulidad); por lo que me remito en su integridad a lo explicado en aquel voto.

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. 7433-2023*

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el artículo 90.2 LOTC 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 defendidas en su momento durante la deliberación y que exponemos a continuación, consideramos que el recurso debió ser desestimado.

1. Cuestión previa: sobre la irregularidad de la admisión a trámite de este recurso.

La tramitación de este recurso de amparo se ha visto empañada desde el momento inicial por una incidencia procesal de calado no menor, hasta el punto de haber podido generar una manifiesta indefensión a don José Miguel de la Rosa Cortina, en su condición de interviniente en este procedimiento. Nos referimos a la indebida participación del presidente del Tribunal en la decisión sobre la admisión a trámite del recurso, que fue acordada por medio del ATC 5/2025, de 14 de enero.

En efecto, tras la admisión a trámite (decisión sobre la que formulamos un voto particular discrepante, al que nos remitimos expresamente), y una vez personado en las actuaciones, el ya citado interviniente don José Miguel de la Rosa Cortina solicitó la recusación del presidente del Tribunal mediante escrito presentado el 6 de febrero de 2025, por concurrir la causa prevista para ello en el artículo 219.12 LOPJ (ser o haber sido una de las partes subordinado del juez que deba resolver la contienda litigiosa), interesando igualmente la declaración de nulidad del ATC 5/2025, fundada en la intervención del presidente, que no podía desconocer la concurrencia en su persona de la citada causa de abstención. El propio presidente presentó entonces, en fecha 10 de febrero de 2025, un escrito por el que exponía al Pleno su voluntad de abstenerse de intervenir en el conocimiento de este asunto, conforme a lo dispuesto en la causa prevista en el precepto ya citado.

El Pleno acordó, mediante el ATC 15/2025, de 12 de febrero, aceptar la abstención presentada por el presidente, declarando al mismo tiempo la pérdida de objeto de la solicitud de recusación formulada por el interviniente don José Miguel de la Rosa Cortina. Ese auto contó de nuevo con nuestro voto particular discrepante (al que también nos remitimos expresamente), en el que se puso de manifiesto, por un lado, que la abstención del magistrado señor Conde-Pumpido no podía entenderse como

espontánea, sino que obedecía a una previa solicitud de recusación en la que, por otro lado, también se solicitaba la nulidad del auto de admisión a trámite del recurso, petición que quedaba pendiente de resolución y que, en ningún caso, podía entenderse que había perdido objeto de forma sobrevenida.

En fecha 20 de febrero de 2025, el interviniente don José Miguel de la Rosa Cortina presentó un escrito por el que formulaba (con apoyo en el artículo 80 LOTC) un recurso de reposición [art. 451.2 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC)] o, subsidiariamente, un incidente de nulidad de actuaciones (arts. 238 y ss. LOPJ), y en el que, en esencia, solicitaba la nulidad del ATC 15/2025 para que se dictase una nueva resolución que ofreciera respuesta a todas las pretensiones invocadas en su escrito de 6 de febrero de 2025, señaladamente, la nulidad del ATC 5/2025. El escrito del interviniente no fue inicialmente proveído, lo que dio lugar a la presentación de un nuevo recurso de reposición contra la diligencia de ordenación de 26 de marzo de 2025, a fin de que, antes de que las partes presentaran sus alegaciones sobre el fondo del asunto (art. 52.1 LOTC), se resolviera lo procedente sobre el recurso de reposición o, subsidiariamente, la solicitud de nulidad de actuaciones.

El Pleno acordó –mediante el ATC 31/2025, de 8 de abril– la inadmisión del escrito presentado por el interviniente, al entender que, conforme a la propia remisión que el artículo 80 LOTC hace a la Ley Orgánica del Poder Judicial, no cabe recurso alguno contra las decisiones sobre abstención y recusación (tanto si se estiman como si no); y, al mismo tiempo, que el artículo 80 LOTC no contempla el incidente de nulidad de actuaciones frente a las resoluciones de este tribunal. Y añadía que la pretensión de nulidad del auto de admisión del recurso de amparo «excedía del objeto de la abstención e implicaba una utilización indirecta [...] del incidente de nulidad de actuaciones ante este tribunal, que debe rechazarse porque este incidente es improcedente». A juicio del Pleno, la petición de nulidad resultaba desestimada «tácitamente» en el ATC 15/2025, tanto «porque era accesoria de la recusación que quedó sin objeto, como ante su inviabilidad y la ausencia de aportación de cualquier razonamiento acerca de la indefensión que le produciría de no acordarse», ex artículo 238.3 LOPJ. Para finalizar con una afirmación sobre la inexistencia de «precedentes en este tribunal de que se haya declarado la nulidad de la providencia o del auto de admisión del recurso de amparo en que intervino el magistrado que después se abstiene».

En el voto particular que suscribimos a ese nuevo auto, al que expresamente nos remitimos, se justificaba la procedencia de la petición de nulidad y se rebatía la supuesta insuficiencia de la carga alegatoria expuesta por el interviniente, para luego destacar la incongruencia del ATC 15/2025 al no resolver expresamente la solicitud de nulidad y, finalmente, exponer los precedentes obrantes en este tribunal en los que, tras apreciar una causa de abstención, se acordó, de oficio, la nulidad de la providencia de admisión, con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado (ver, por todos, el ATC 23/2018, de 7 de marzo, referido al mismo magistrado).

A pesar de la indisimulada relevancia de todo cuanto se acaba de exponer, nada de todo esto figura en los antecedentes de la resolución de la que ahora se discrepa (singularmente, en los apartados 6, 7 y 8). Una importancia que cobra una especial caracterización si se tiene en cuenta el ínfimo índice de decisiones de admisión de recursos de amparo por parte de este tribunal (que no llega al 3 por 100 en los últimos años, según los datos oficiales publicados en nuestra web). Por no hablar de la singular posición que ostenta la presidencia de este tribunal, no solo en función del amplio elenco de facultades que, en general, le atribuye el artículo 15 LOTC, sino también, en el caso concreto, por su profundo conocimiento de la organización y funcionamiento del Ministerio Fiscal, dada su notoria condición de exfiscal general del Estado.

En todo caso, y como es conocido, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia advierte que, en el ámbito de las dudas objetivas razonables derivadas del derecho a la imparcialidad judicial, no resulta decisiva la concreta función asumida por la Presidencia de un tribunal en quien concurre una causa de abstención. Como se expuso en la STEDH de 6 de noviembre de 2018, asunto *Otegi Mondragón y*

otros *c. España*, §. 67 y 69, –con cita de la STEDH de 23 de abril de 2015, asunto *Morice c. Francia*, § 89, *mutatis mutandi*–, «debido al secreto de las deliberaciones, [y aunque] no [sea] posible saber cuál fue la influencia real de la [Presidencia] del Tribunal [...], la imparcialidad de esa formación [del Tribunal] podía ser susceptible de una duda razonable», concluyendo la existencia de una vulneración del artículo 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH).

Se insiste en que, lo que –con una interpretación benévola– puede considerarse como un «error», consistente en dejar imprejuizada una legítima pretensión de una de las partes intervinientes en el proceso, puede desembocar en una indefensión real y en la eventual vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por falta de congruencia con las pretensiones legítimamente invocadas ante este tribunal (ver, en tal sentido, STC 128/2017, de 13 de noviembre, FJ 8), así como del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en el que se inserta la imparcialidad judicial (por todas, STC 91/2021, de 22 de abril, FJ 5.1.1), que se corresponde con el derecho a un proceso equitativo del artículo 6.1 CEDH.

2. La necesaria contextualización de este recurso de amparo.

Un entendimiento cabal de las cuestiones planteadas en este procedimiento requiere de una previa contextualización no solo de las resoluciones ahora impugnadas, sino también del singular sistema de nombramientos discrecionales actualmente vigente en el Ministerio Fiscal.

a) Las resoluciones impugnadas no se pueden analizar de forma aislada.

La sentencia de la que discrepamos pasa de puntillas por un elemento de indudable relevancia para entender el sentido y contenido de las resoluciones impugnadas, como es que estas guardan una indisoluble conexión con las dos sentencias anteriores que anularon el primer nombramiento para la misma plaza del ahora recurrente. De hecho, eso fue lo que justificó que, en el presente procedimiento, se estimara la solicitud de abstención del magistrado de este tribunal, señor Tolosa Tribiño, por haber intervenido en el dictado de aquellas primeras resoluciones (ver, a tal efecto, el ATC 3/2025, de 14 de enero).

En efecto, las SSTS 452/2022 y 453/2022, ambas de 19 de abril, anularon el Real Decreto 212/2021, de 30 de marzo, por el que se promovió –por primera vez– al señor Esteban Rincón a la categoría primera de la carrera fiscal, para desempeñar el cargo de fiscal de sala de menores de la Fiscalía General del Estado. Ambas resoluciones se basaron en la misma causa: falta de motivación suficiente. Aunque están redactadas por ponentes distintos (la STS 452/2022 por el señor Requero Ibáñez y la STS 453/2022 por la señora Teso Gamella), no existen diferencias en el fundamento material de la decisión ni en las consecuencias o efectos de sus respectivas partes dispositivas.

En ambos casos se destaca que nos encontramos ante una plaza en la que «la acreditación de méritos –y méritos sustantivos– en materia de menores es lo que centra el juicio de idoneidad» (STS 452/2022, FJ 7.4.2) o con «un perfil sectorial acotado: los menores» (STS 453/2022, FJ 7). También se constata que hay una «diferencia [...] llamativa» (STS 452/2022, FJ 7.4.5) o una «gran diferencia» (STS 453/2022, FJ 7) entre ambos candidatos a la plaza.

Consecuencia de lo anterior es la apreciación de una deficiencia motivadora de la propuesta de nombramiento, «pues no razona por qué considera que, pese a tales diferencias tan manifiestas, aun así [el señor Esteban Rincón] es más idóneo para ese cargo especializado» (STS 452/2022, FJ 7.4.5). En definitiva, «[n]o han concurrido [...] dos perfiles similares para el destino de fiscal de sala de menores [por lo que] la motivación debió de ser reforzada [...] para explicar los poderosos motivos que hacen que sea relegado precisamente el candidato que tiene experiencia en menores» (STS 453/2022, FJ 7).

La fórmula empleada en la parte dispositiva de la STS 452/2022 fue la siguiente: «se acuerda que la fiscal general del Estado emita una nueva propuesta en los términos exigidos en esta sentencia, en general, y en especial en el fundamento de derecho séptimo». Mientras que, en el caso de la STS 453/2022, se decía expresamente lo siguiente: «Se retrotraen las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la propuesta por la fiscal general del Estado, para que realice otra motivada de conformidad con lo razonado en esta sentencia».

Como se puede observar, el contenido de la nueva propuesta que debía emitir la fiscal general del Estado no venía determinado por lo expuesto en la parte dispositiva, sino por la fundamentación de la sentencia, que era la misma en ambos pronunciamientos. Constatada la especialización requerida para la plaza y la significativa diferencia entre ambos candidatos, se hacía necesario formular una nueva propuesta en la que se valoraran los méritos de los candidatos sobre la materia de menores y, en su caso, se explicitaran las relevantes razones por las que se excluía al candidato que, precisamente, tenía más méritos en esa materia. En virtud de lo anterior, lo que no podía entenderse, en ningún caso, es que la retroacción se acordara para hacer una nueva propuesta sobre el mismo candidato, sino sobre aquel de los dos que resultara más idóneo tras hacer una adecuada ponderación y con la debida motivación. No se trataba de ejecutar una sentencia, sino de formular una nueva propuesta conforme a los criterios expuestos en aquellas resoluciones.

Teniendo en cuenta este contexto, no podemos compartir la referencia contenida en el fundamento jurídico 4.3.3.B), en el sentido de que las sentencias del Tribunal Supremo ahora impugnadas en amparo cuentan con una «motivación más escueta», por comparación con la nueva propuesta de nombramiento formulada por la entonces fiscal general del Estado. De manera nada sutil, la sentencia aprobada por la mayoría del Tribunal Constitucional pretende en realidad deslizar una idea falaz: a una propuesta de nombramiento extensamente motivada, el Tribunal Supremo responde con una sentencia pobremente argumentada, de modo que la decisión de anular el nombramiento del recurrente en amparo sería fruto del mero voluntarismo judicial. Nada más lejos de la realidad, pues la explicación de que las sentencias que anulan por segunda vez el nombramiento del recurrente contengan una motivación más escueta que las que anularon el primer nombramiento de aquel para la misma plaza es, en todo caso, bien sencilla: el Tribunal Supremo constató, como luego veremos, que esa nueva propuesta de nombramiento no respondía a los criterios expuestos de forma ampliamente motivada en las SSTS 452/2022 y 453/2022. La verbosidad de que hace gala esa segunda propuesta de nombramiento del recurrente, hecha suya por el Gobierno, no da respuesta a las exigencias de motivación impuestas por dichas sentencias, sino que evidencia, lisa y llanamente, el empecinamiento de la entonces fiscal general del Estado en designar para la plaza de fiscal de sala coordinador de menores no al candidato más apto o idóneo para el puesto, sino al afín ideológico, con abstracción de su cualificación y méritos.

b) El sistema de nombramientos discrecionales del Ministerio Fiscal.

La sentencia de la que ahora se discrepa contiene, en el fundamento jurídico 4.3.1, una serie de consideraciones previas sobre la normativa que regula la cobertura de la plaza de fiscal de sala coordinador de menores, en cuanto plaza de la primera categoría de la carrera fiscal. Nada que objetar a lo que, en definitiva, es una descripción de los preceptos del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal aplicables a esta materia.

No se puede decir lo mismo del fundamento jurídico 4.3.2.

Vaya por delante que nos parece desacertada la equiparación que, sin mayor explicación, se lleva a cabo entre la administración pública a la que se refiere el artículo 103 CE y la institución del Ministerio Fiscal que, como es conocido, es un órgano de relevancia constitucional integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial (arts. 124 CE y 2.1 EOMF). Pero, al margen de lo anterior, la sentencia deja apuntadas

algunas ideas que no se corresponden con la realidad normativa ni con la práctica institucional en materia de nombramientos discrecionales en la carrera fiscal.

En efecto, en el fundamento jurídico 4.3.2 de la sentencia se indica que, en los casos en que el legislador «deja deliberadamente abierto o incompleto el supuesto de hecho normativo de una concreta actuación administrativa», y en el ámbito específico de los nombramientos para un cargo público, es la propia autoridad administrativa la que «debe determinar qué capacidades y méritos [...] son los que deben ser exigidos para la provisión del puesto, de acuerdo con las necesidades organizativas y funcionales del momento». De manera que, como se expone más adelante, el órgano administrativo no pueda «materializar un nombramiento que no sea reconducible, en última instancia, a criterios objetivos de mérito y capacidad (art. 103 CE)». En esta línea, tras reconocer, conforme a lo dispuesto en el artículo 106.1 CE, la procedencia del control jurisdiccional sobre la actividad discrecional de la administración, la sentencia circunscribe esa labor, en lo que ahora interesa, al control de la motivación del acto administrativo, a fin de impedir toda sombra de arbitrariedad, pero sin que pueda «desvirtuar la naturaleza discrecional» de la provisión del cargo, para no «quebrantar la exigencia de sumisión a la ley establecida en el artículo 23.2 CE».

Precisamente, el problema con el que nos enfrentamos cuando se observa cualquier convocatoria para la provisión de una plaza en la carrera fiscal por el sistema de nombramiento discrecional, como el que ahora nos ocupa, es el clamoroso silencio sobre los criterios a tener en cuenta para esa provisión, a lo que se añade una más que notoria ausencia de los principios de transparencia y motivación.

Como se expone en el antecedente 2.a) de la sentencia, la Orden JUS/90/2021, de 27 de enero (BOE núm. 31, de 5 de febrero de 2021), siguiendo una práctica inveterada, convoca la provisión de una plaza con omisión de toda descripción sobre los criterios a tener en cuenta a tal efecto. Es decir, en teoría, los petitionarios desconocen los méritos que deben aportar a fin de que puedan ser ponderados para la provisión del puesto. Además, los reales decretos 212/2021 y 417/2022 por los que se acordaron los nombramientos del señor Esteban Rincón carecen de motivación alguna, que debe obtenerse mediante la remisión al expediente administrativo, en el que se supone que se contiene la motivación de la propuesta del fiscal general del Estado que, a su vez, viene precedida del acta en la que se recoge el resultado de la valoración de los méritos y capacidades de los distintos petitionarios llevada a cabo en la correspondiente sesión del Consejo Fiscal, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13.1 EOMF. La propuesta y el acta no se notifican a ninguno de los interesados, que deben solicitar expresamente el acceso al expediente. En suma, esa supuesta habilitación legal abierta para que la administración concrete los principios de mérito y capacidad brilla por su ausencia en el seno de una institución de la relevancia del Ministerio Fiscal, quedando en manos del fiscal general del Estado de turno la apreciación de lo que deba entenderse por mérito y capacidad en cada caso concreto.

Fruto de esa, a nuestro juicio, deliberada indefinición de los criterios para la provisión de las plazas de nombramiento discrecional es la constante polémica que, desde hace años, envuelve lo que se ha denominado (no sin cierta paradoja) la «política» de nombramientos de la Fiscalía General del Estado. En particular, en los últimos años se ha producido una más que notoria convergencia de los principios de mérito y capacidad hacia los integrantes de una determinada asociación de fiscales, no precisamente la mayoritaria. El interviniente en este procedimiento ha ofrecido, a tal efecto, unos datos que obran en las actuaciones, por haber sido aportados y admitidos en sede jurisdiccional, y reiterados en su escrito de alegaciones ante este tribunal. Esos datos no han sido desmentidos en forma alguna. Es más, como luego se verá, la propia propuesta de la fiscal general del Estado confirma este significativo sesgo que podría calificarse como ideológico-asociativo, por las referencias a lo que, en definitiva, podría calificarse como «política criminal» y un «modelo» de fiscal que se corresponde, casualmente (si se nos permite la ironía), con un determinado perfil integrado por los afiliados a una concreta asociación. Este sesgo se ve apuntalado por el dato indiscutido de que once de



los trece ascensos a la categoría primera de la carrera fiscal llevados a cabo durante el mandato de la entonces fiscal general del Estado, señora Delgado García, recayeron en miembros de una misma asociación, la Unión Progresista de Fiscales, a la que también pertenece, por supuesto, el ahora recurrente. Ciertamente, nos encontramos ante un sorprendente fenómeno consistente en una más que notable identificación – estadísticamente digna de estudio– entre los principios de mérito y capacidad y los integrantes de una determinada asociación, en detrimento no solo de los afiliados a otras asociaciones sino, sobre todo, de una gran parte de la carrera fiscal, que no está asociada.

A pesar de todo lo anterior, la ausencia de una descripción de aquellos elementos ponderativos a tener en cuenta para la provisión de la plaza de fiscal de sala coordinador de menores es más aparente que real. Precisamente, en cumplimiento del mandato de reserva legal derivado del derecho de acceso a cargo público reconocido en el artículo 23.2 CE, este tribunal no puede prescindir, como luego veremos, del único criterio que se deriva de la regulación legal de la plaza a cubrir. Eso fue lo que hizo igualmente el Tribunal Supremo, en una interpretación y aplicación de una norma de rango legal, conforme a criterios de absoluta razonabilidad, como se expondrá en el apartado siguiente.

3. El contenido esencial de las resoluciones ahora impugnadas.

La sentencia que es objeto de este recurso de amparo es la STS 1024/2023, de 18 de julio (ponente señor Díez-Picazo), que responde al recurso interpuesto en su día ante el Tribunal Supremo por el ahora interviniente, don José Miguel de la Rosa Cortina; mientras que la STS 1051/2023, de 20 de julio, estimó el recurso interpuesto por la Asociación de Fiscales, del que deriva el recurso de amparo núm. 7432-2023, también promovido por el señor Esteban Rincón. Como quiera que esta segunda sentencia se remite, en sus fundamentos jurídicos, a la anterior, las reseñas a la motivación vendrán referidas a la primera sentencia.

En estas sentencias, el Tribunal Supremo deja constancia de los antecedentes que consideró de interés, entre los que destaca que las dos sentencias anteriores (se refiere a las SSTS 452/2022 y 453/2022) habían anulado el primer nombramiento por lo siguiente: «dada la enorme diferencia entre ambos candidatos en cuanto a méritos en lo específicamente atinente al Derecho de menores, la preferencia otorgada al señor Esteban Rincón adolecía de falta de motivación. Por ello, [...] la Sala retrotrajo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la propuesta de nombramiento, con la indicación de que esta debía estar adecuadamente motivada con respecto al perfil y las características de la plaza a cubrir» (FJ 1).

En cuanto al fondo, resulta de interés destacar las siguientes ideas generales:

a) No existe limitación alguna al control jurisdiccional del nuevo acto impugnado. La nueva propuesta de nombramiento no puede ser entendida como una mera ejecución de las dos sentencias anteriores, sino como un nuevo acto que puede ser objeto de impugnación y, por lo tanto, de control jurisdiccional. En esta línea, afirma que las resoluciones anteriores «no imponían ni presuponían necesariamente que la nueva propuesta hubiera de recaer sobre el mismo candidato» (FJ 6).

b) La Sala reitera que nos encontramos ante la provisión de una «concreta plaza con un perfil bien determinado [...] que además lleva aparejada [en su caso] la promoción a la categoría primera». De esta forma, no se discute que el señor Esteban Rincón tenga méritos para ser fiscal de sala, sino 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». Para la Sala, si «lo que se trata de decidir es quién resulta más idóneo para cubrir una plaza que tiene un perfil bien determinado, no cabe infravalorar, cuando no obviar, los méritos específicamente relativos a dicho perfil. Poner todo el énfasis en otras consideraciones [experiencia en la jefatura, práctica del Derecho constitucional, sintonía con la orientación de política criminal de la fiscal general del

Estado, etc.] no es atendible, porque elude el núcleo de la cuestión. [...] La enorme diferencia de méritos entre ambos candidatos por lo que atañe al Derecho de menores fue ya puesta de manifiesto [en las dos sentencias del Tribunal Supremo anteriores]. Y ante esto lo único que hace la nueva propuesta [...] es en esencia decir que el conocimiento y la práctica en Derecho de menores no son realmente relevantes para el ejercicio de la plaza de fiscal de sala de menores» (FJ 7).

La Sala culmina su razonamiento (FJ 8) con una observación adicional, en respuesta a uno de los motivos recogidos en la propuesta de nombramiento de la fiscal general del Estado, sobre la «facultad de preferir a unos candidatos sobre otros según la mayor o menor sintonía de estos con sus directrices [de política criminal]». Para el Tribunal Supremo, no es ajustado a Derecho «elevar este inevitable sesgo a criterio explícito, objetivo y legítimo [...] fuera de los supuestos de selección para puestos de confianza mediante libre designación», y la plaza de fiscal de sala de menores o el ascenso a la categoría primera no lo son.

c) Las resoluciones ahora impugnadas no hacen referencia alguna a la aplicación o no del canon de control de los nombramientos judiciales. Sí lo hacen las sentencias anteriores del Tribunal Supremo, en las que se considera aplicable a la carrera fiscal (ver, en la STS 452/2022, FFJJ 3 y 4, y en la STS 453/2022, FFJJ 4 y 5).

En definitiva, el Tribunal Supremo constata que la motivación no ha respondido a las exigencias derivadas de los principios de mérito y capacidad, en función del perfil concreto de la plaza a cubrir, pero siempre en el marco o ámbito de un control externo de la motivación, es decir, sin caer en la indeseable tentación de indicar quién es el candidato más idóneo para cubrir el puesto, lo que supondría una invasión en las competencias atribuidas al órgano constitucional encargado de formular la propuesta de nombramiento. Una tentación que, por descontado, también debe evitar este tribunal, desde el máximo respeto a las trayectorias profesionales de los intervinientes en este asunto.

Los argumentos expuestos en las resoluciones impugnadas se ajustan, a nuestro juicio, a la doctrina sobre el rol que corresponde a este tribunal en el enjuiciamiento constitucional de este tipo de controversias relativas al derecho reconocido en el artículo 23.2 CE, como se expondrá seguidamente.

#### 4. El enjuiciamiento constitucional sobre los nombramientos discrecionales.

##### a) El canon de control constitucional aplicable.

El enjuiciamiento constitucional de las resoluciones impugnadas ha de ajustarse a la doctrina expuesta en la propia sentencia de la que ahora se discrepa (FJ 4.2). Y se discrepa porque, en contra de esa misma doctrina, el Tribunal desenfoca el rol que le corresponde en esta materia, invadiendo las competencias atribuidas al Tribunal Supremo como supremo intérprete de la legalidad ordinaria, ex artículo 123.1 CE.

Efectivamente, el Tribunal Constitucional se aleja de la función que le ha sido asignada en función del contenido del derecho reconocido en el artículo 23.2 CE, que viene descrito, entre otras, en la STC 236/2015, de 19 de noviembre, FJ 8, que se transcribe en lo que ahora resulta de interés:

«Mediante la exigencia de predeterminación normativa se garantiza que sea la ley – sin perjuicio de que pueda requerir la colaboración del reglamento en esta tarea– la que determine con carácter general los requisitos de acceso al empleo público o –aunque con un rigor y una intensidad inferiores, como indicaremos después– de promoción interna e integración en organismos distintos, impidiendo con ello que la administración pueda exigir requisitos distintos de los previstos con carácter general por la ley –o por el reglamento que los desarrolle– y establecer de este modo diferencias que quiebren el criterio igualitario previsto en la norma general. En la STC 138/2000, de 29 de mayo, FJ 6.a), señalamos lo siguiente: “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. Una verdadera predeterminación ha de asegurar 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 artículo 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” [doctrina reiterada en la STC 30/2008, FJ 6.a)].»

En esencia, la tarea que corresponde a este tribunal es valorar si, en función de los criterios legalmente predeterminados, la administración pública o los órganos judiciales revisores de la actuación administrativa se han conducido dentro de los parámetros de razonabilidad en la interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria, que impone el control externo en el que ha de moverse el rol funcional de esta jurisdicción constitucional. A nuestro juicio, las resoluciones judiciales impugnadas se ajustaron en todo momento a los criterios derivados de la norma jurídica aplicable, en una interpretación razonable de la legalidad que solo puede recibir nuestra conformidad, al haber respetado los elementos ponderativos esenciales para garantizar la igualdad en el acceso al cargo público reconocido en el artículo 23.2 CE, sin desvirtuar o desnaturalizar, en modo alguno, el régimen legal de provisión de la plaza ni generar un trato desigual entre los peticionarios.

Más aun, cabe afirmar que el Tribunal Supremo, al anular por segunda vez el nombramiento del recurrente como fiscal de sala coordinador de menores se mantiene plenamente dentro del legítimo marco revisor de las decisiones administrativas de nombramiento de cargos públicos de libre designación, sin incurrir en el exceso de jurisdicción que nuestra sentencia viene a reprocharle. El Tribunal Supremo debe fiscalizar el ejercicio de la discrecionalidad y controlar la razonabilidad de la decisión adoptada a través del examen de las premisas en las que se ha basado y justificado la decisión administrativa, y esa es la tarea que ha realizado precisamente en las sentencias impugnadas en amparo, dictadas en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que le corresponde a dicho órgano judicial ex artículos 117.3 y 123.1 CE.

Es, por el contrario, el Tribunal Constitucional en la presente sentencia el que, al estimar el recurso de amparo y anular las resoluciones judiciales impugnadas, excede el canon de enjuiciamiento que le corresponde, con el grave resultado añadido de que esta sentencia provocará con seguridad un lamentable retroceso en el control por la jurisdicción contencioso-administrativa de la discrecionalidad en los nombramientos de cargos públicos, que venía siendo un instrumento muy relevante en la nunca acabada lucha contra las inmunidades del poder político. A la postre, el recurso de amparo constitucional, pensado como un remedio extraordinario para tutelar a los ciudadanos frente a los abusos de los poderes públicos, se termina convirtiendo en el presente caso en una suerte de contra-amparo, en el que el Tribunal Constitucional, so pretexto de amparar al recurrente (a quien en ningún caso el Tribunal Supremo ha vulnerado su derecho al acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad), lo que viene en realidad es a apuntalar una resolución del Poder Ejecutivo por completo ajena a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que deben presidir todo nombramiento para un cargo público, incluso los de aquellos de carácter discrecional.

b) El criterio de la especialización en la materia de menores solo puede entenderse como un mérito determinante o relevante.

Como ya se anticipó, el hecho de que la convocatoria de la plaza (en realidad, de todas las plazas convocadas en el ámbito del Ministerio Fiscal) no describa los criterios para su provisión, no significa que no puedan deducirse del conjunto normativo que regula la institución, manteniendo con ello el principio de reserva legal como garantía del derecho fundamental invocado. Veamos.

El contenido funcional de la plaza de fiscal de sala coordinador de menores viene regulado en el artículo 20.3 EOMF (por remisión a otras figuras de contenido similar), así como en las diversas instrucciones y circulares de la Fiscalía General del Estado (de sobra conocidas en la carrera fiscal), entre otras, la instrucción 3-2008, de 30 de julio, sobre el fiscal de sala coordinador de menores y las secciones de menores de las fiscalías; la instrucción 5-2008, de 18 de diciembre, sobre el sistema de nombramiento y estatus de los delegados de las secciones especializadas de menores, entre otras materias; la instrucción 1-2009, de 27 de marzo, sobre la organización de los servicios de protección de las secciones de menores, y todo ello en el marco organizativo general derivado del principio de especialización en la carrera fiscal (instrucción 11-2005, de 10 de noviembre), y conforme a los criterios jurídicos de aplicación en la materia de menores (circulares 8 y 9, de 16 de noviembre de 2011).

Por lo tanto, existía una base legal y un desarrollo normativo interno, que todos los peticionarios debían conocer previamente, que permitía advertir la relevancia del mérito derivado de la especialización en la materia de menores para ocupar la plaza de fiscal de sala que, precisamente, es el «responsable de la coordinación y supervisión de la actividad del Ministerio Fiscal en materia de protección y reforma de menores», y que tendrá «facultades» y ejercerá «funciones análogas a las previstas en los apartados anteriores de este artículo, en el ámbito de su respectiva especialidad» (art. 20.3 EOMF). Entre esas funciones se encuentran las de practicar diligencias de investigación e intervenir en procesos penales de relevancia [arts. 20.1.a) y b), y 20.2.a) y b) EOMF] en la materia de menores; supervisar y coordinar [arts. 20.1.c) y 20.2.c) EOMF] las secciones de menores; elaborar los criterios generales de actuación [arts. 20.1.d) y 20.2.d) EOMF] en la materia de menores; o elaborar y presentar un informe o memoria sobre las actuaciones practicadas en la materia [arts. 20.1.e) y 20.2.e) EOMF]. No parece difícil de aprehender que la dirección, coordinación o supervisión de la actividad de todo el Ministerio Fiscal en la materia de protección y reforma de menores exija tener un conocimiento sobre estas materias. Dicho de otra forma, no parece fácil dirigir, coordinar, organizar, unificar o supervisar aquello que no se conoce. Y, desde luego, conviene tener conocimientos de la materia sobre la que, en su caso, se van a practicar diligencias de investigación o intervenir en un proceso de relevancia.

Frente a esta previsión legislativa y orgánica, asumida por el Tribunal Supremo con lógicas razones, la propuesta de nombramiento formulada por la fiscal general del Estado y hecha suya por el Gobierno, ahora avalada por la sentencia de la que se discrepa, considera que, en realidad, los conocimientos en la materia de menores son perfectamente prescindibles para ocupar la plaza de fiscal de sala coordinador de menores. Se trata por supuesto –resulta imposible ocultarlo pese a la verborrea de esa propuesta– de un argumento buscado de propósito a fin de alcanzar el resultado apetecido de designar para desempeñar ese puesto no a un fiscal escogido entre quienes acrediten más cualificación, mayor aptitud, sino a quien se considera próximo por presumibles razones de afinidad ideológica.

c) La propuesta de la fiscal general del Estado asumida por el Gobierno.

La sentencia del Tribunal describe, sintéticamente, la propuesta de nombramiento ahora controvertida en su fundamento jurídico 4.3.3.A). Y, aunque se afirma en el fundamento jurídico 4.3.3.C).a) que no corresponde a este tribunal «evaluar la corrección de los argumentos exteriorizados por la fiscal general del Estado», lo cierto es que, tras

minusvalorar y despreciar la motivación pretendidamente «más escueta» de las resoluciones judiciales impugnadas [FJ 4.3.3.B)], encarece y ratifica la propuesta de la fiscal general del Estado hecha suya por el Gobierno en su decreto de nombramiento, al «constatar que el modo de ejercer las facultades discrecionales conferidas por el legislador no resulta manifiestamente arbitrario, porque, para determinar los criterios objetivos que han de ser evaluados, se ha tomado como referencia fundamental la regulación de las funciones y características que el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal y su normativa de desarrollo asocian a la plaza en concurso».

La expresa validación de la propuesta de nombramiento de la fiscal general del Estado, asumida por el Gobierno en la sentencia de la que disentimos, nos obliga a realizar su análisis crítico, que ha de partir del resumen expuesto en el fundamento jurídico 4.3.3.A) de la sentencia, en el que se afirma que, en realidad, la especialización en la materia de menores carece de relevancia en el caso de la provisión del cargo de fiscal de sala coordinador de menores, al no figurar referencia alguna a este requisito en el régimen jurídico aplicable. A ello añade la singular importancia de la experiencia en tareas organizativas e institucionales derivadas de las funciones asignadas en el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal y en la instrucción 3-2008. A partir de esos dos datos, se valora la experiencia del señor Esteban Rincón derivada del ejercicio de una jefatura provincial y la consiguiente labor de dirección y supervisión de la correspondiente sección de menores. Además, destaca la importancia de la perspectiva constitucional, puesta en relación con el principio del interés superior del menor, que se cohonestaba con un «perfil del recurrente [...] 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». Para finalizar con una referencia a la condición de fiscal integrante de la junta de fiscales de sala derivada de su nombramiento como coordinador de menores.

En esta descripción se omiten algunos elementos que sí figuran en el apartado 2.e) de los antecedentes de la sentencia. Así, la propuesta de la fiscal general del Estado llega a afirmar que, en realidad, la materia de menores «no presenta particularidad alguna» desde el punto de vista del derecho sustantivo ni procesal, y que la auténtica especialidad viene derivada de la «necesidad de extremar el celo en la protección de los derechos fundamentales» de los menores, así como en el hecho de que el «ejercicio del *ius puniendi* debe conjugarse con el criterio del superior interés del menor», que ha de ser comprendido «en términos constitucionales». También se alude en la propuesta a la «existencia de importantes precedentes de fiscales de sala coordinadores de menores que fueron nombrados sin que tuvieran ninguna experiencia forense en la materia», con cita de dos casos concretos. Del mismo modo, se hace referencia a la «primacía de los derechos humanos» y a la «sensibilidad» en materia de «perspectiva de género» que, al parecer, habrían orientado el ejercicio profesional del candidato propuesto. Concluyendo que «elegir un determinado perfil profesional implica también elegir “un modelo” de aproximación al ejercicio del cargo», es decir, que no «solo [se elige] a uno de los candidatos, también [...] un modelo».

Semejantes argumentos no debieron recibir la expresa conformidad de este tribunal, como hace la sentencia de la que disentimos, sino su más rotundo rechazo.

Para empezar, con semejante planteamiento se revoca de un plumazo el núcleo de la especialización en la materia de menores que está implantada en la carrera fiscal, al menos, desde la aprobación de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores. Una ley que vino motivada por la declaración de inconstitucionalidad del artículo 15 de la Ley de tribunales tutelares de menores (texto refundido de la legislación sobre tribunales tutelares de menores, aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948) llevada a cabo por la STC 36/1991, de 14 de febrero. Y una especialización que se vio reforzada tras la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los



menores, a la que siguió todo el desarrollo interno de la doctrina de la Fiscalía General del Estado, ya citada en sus instrumentos esenciales.

Aunque es cierto que el Código penal aplicable a los menores de edad responsables penalmente es el mismo que el que se aplica a los mayores de edad, lo que no puede compartirse es que la labor de instrucción realizada en plenitud por el Ministerio Fiscal en la jurisdicción de menores sea equiparable a la, por lo demás, muy escasa y limitada labor de investigación derivada de lo dispuesto en el artículo 5 EOMF y en el artículo 773.2 LECrim (no el art. 774 que, por error, se cita en la sentencia), que tiene un carácter preprocesal y está subordinada, en todo caso, a la actuación ulterior del juez de instrucción.

La jurisdicción de menores se caracteriza por una doble finalidad sancionadora-reeducativa; las medidas a imponer han de adecuarse a las circunstancias del menor y estar orientadas hacia su superior interés, con la presencia permanente de la finalidad tuitiva, protectora, reparadora y rehabilitadora; la íntima relación existente entre la protección y la reforma de menores exige el manejo de categorías no solo penales sino también civiles y administrativas; y lo mismo sucede con el desarrollo de habilidades empáticas y psicológicas necesarias para valorar la procedencia de abordar soluciones consensuadas a través de mecanismos como la mediación o el desistimiento en aplicación del principio de oportunidad. Se trata de particularidades que definen un terreno de juego en el que un fiscal se mueve bajo coordenadas muy diferentes a las del proceso con mayores.

El resto de los argumentos de la propuesta de nombramiento pueden ser igualmente descartables desde la perspectiva de una ausencia de predeterminación legal inherente a la garantía del derecho fundamental concernido. La protección de los derechos constitucionales de los implicados en el proceso no solo es predicable de la jurisdicción de menores, sino que también debe configurarse como una guía irrenunciable en la jurisdicción de mayores. Y lo mismo puede decirse de la vigencia de los derechos humanos, así como de la interpretación y aplicación de las normas conforme a la legislación sobre igualdad de género. La relevancia de la experiencia en materia de coordinación institucional y organización no debería ser objeto de discusión, siempre que viniera precedida de la especialización en la materia que se debe coordinar y organizar. Y, desde luego, los precedentes de otros fiscales de sala que no eran especialistas en menores no pueden tomarse en cuenta, ya que, en primer lugar, se desconoce completamente las circunstancias que rodearon esos nombramientos (singularmente, la motivación de la designación y el perfil de los otros peticionarios de la plaza, que tampoco impugnaron las correspondientes resoluciones); y, en segundo lugar, aun admitiendo –a efectos meramente dialécticos– que esos nombramientos no hubieran respondido a los principios de mérito y capacidad, nuestra doctrina constitucional ya consolidada no permite hablar de igualdad en la –supuesta o presunta– ilegalidad. En este punto conviene destacar un dato, que no puede pasar desapercibido, al que se hace una mera referencia parcial en el antecedente 2.I) de la sentencia, y es que, una vez anulado por segunda vez el nombramiento del señor Esteban Rincón, recayó un nuevo nombramiento de fiscal de sala coordinador de menores en favor de otra fiscal. Lo que no se dice en los antecedentes es que, como es público y notorio, ese nombramiento no fue impugnado. Los motivos se desconocen, pero quizá no sea ajeno el hecho de la notoria conjunción en esa persona de criterios de especialización en la materia y de experiencia en la gestión y dirección de equipos (es decir, de la constatación de que esa fiscal ha sido escogida entre quienes ostentan la cualificación requerida para el desempeño de esa plaza), lo que no concurre –al menos, claramente, de forma parcial– en el ahora recurrente.

Mención aparte merece la consideración de que el fiscal propuesto para la plaza adquiere la condición de fiscal de sala (en caso de no ostentarla previamente), pasando a integrarse en un órgano relevante de asesoramiento del fiscal general, como es la junta de fiscales de sala del Tribunal Supremo (art. 15 EOMF). De entrada, como la propia sentencia reconoce [FJ 4.3.1.d)], no existe en la carrera fiscal un concurso expresamente dirigido a la promoción a la primera categoría. Todas las plazas de fiscal

de sala están asociadas a un puesto o cargo de responsabilidad, con un contenido funcional predeterminado. Así se deduce de todo un conjunto de artículos diseminados por todo el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal (ver, en tal sentido, los artículos 12, 13, 17, 18, 19, 20, 22, 35, 36 y 41, entre otros). Sobre esa base, lo relevante es la idoneidad de los peticionarios para la concreta plaza convocada, cuya adjudicación llevará aparejado el ascenso a la primera categoría –en el mismo acto– si no se ostentara previamente. En todo caso, en el presente supuesto, tampoco puede desconocerse que el ahora interviniente, don José Miguel de la Rosa Cortina, ya tenía adquirida esta categoría, por lo que no se entiende que la ponderación sobre las otras funciones asociadas a ese rango se decante precisamente a favor de quien no lo ostenta, frente a quien, en el esquema argumental de la propuesta, ya ha acreditado los méritos y capacidad suficientes para ejercerlas.

En definitiva, nos encontramos ante unos criterios que, desde nuestro punto de vista, no solo carecen de base legal alguna, sino que son contrarios a una interpretación lógica de la propia norma reguladora. Se trata, además, de unos elementos ponderativos absolutamente desconocidos para los peticionarios, no contenidos en la convocatoria. Pero, sobre todo, se valoran unos parámetros manifiestamente subjetivos, como el «perfil idóneo», las consideraciones de «política criminal» o un «modelo» de fiscal. En realidad, como ya se dijo, se trata de subterfugios para designar a todo trance a un determinado fiscal, por su presumible cercanía ideológica a la entonces fiscal general del Estado.

Con todo ello no pretendemos afirmar que, en ningún caso, puedan ponderarse otros méritos distintos de la especialización en menores. Ello podría producirse, por ejemplo, en situaciones en las que nos encontráramos ante una igualdad de condiciones en los conocimientos de la materia o, por el contrario, cuando todos los peticionarios carecieran de esa formación especializada (sin perjuicio de que la plaza pudiera quedar desierta). Pero lo que no cabe es considerar irrelevante la especialización en la materia de menores, para sustituir ese criterio objetivo directamente derivado de la regulación legal sobre el contenido funcional de la plaza por un conjunto indeterminado de criterios subjetivos sin amparo legal alguno. De hecho, las sentencias del Tribunal Supremo que anulan por segunda vez el nombramiento del recurrente lo que hacen precisamente es poner de manifiesto la necesidad de tomar en consideración la especialización técnica, frente a las razones de otro tipo opuestas por la entonces fiscal general del Estado para justificar el nombramiento del recurrente. Si la discrecionalidad se entiende como una habilitación al poder público para elegir entre aspirantes con méritos equivalentes, lo que sucede aquí es que el Tribunal Supremo razonadamente justifica que esa circunstancia, la equivalencia de méritos, no se ha dado.

d) La sentencia del Tribunal Constitucional se coloca en un rol impropio de revisión de un razonable criterio interpretativo de la legalidad ordinaria por parte del Tribunal Supremo.

El hilo argumental central de la sentencia de la que disentimos viene descrito en el fundamento jurídico 4.3.3.C), y puede resumirse así: el Tribunal Supremo ha convertido el requisito de la especialización de menores en el único o más determinante para la provisión de la plaza, sin previsión legal alguna; lo que, a su vez, conlleva un tratamiento desigualitario para todos aquellos peticionarios que no reúnan ese requisito, con vulneración del artículo 23.2 CE.

Desde nuestro punto de vista, la cuestión es justamente la contraria: mediante esta sentencia el Tribunal Constitucional ha convertido en irrelevante el principal criterio que puede razonablemente deducirse del contenido funcional de la plaza convocada, descrito en la norma (Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal) y en los instrumentos propios de la Fiscalía General del Estado, que no es otro que la especialización en la materia de menores; lo que, a su vez, conlleva una manifiesta desigualdad para todos los peticionarios que, reuniendo ese requisito, son preteridos con argumentos no expresamente previstos en la ley.

El objeto de nuestro enjuiciamiento, como ya se anticipó, se debe circunscribir a valorar si las resoluciones judiciales impugnadas han apreciado algún mérito determinante que no pueda deducirse del régimen jurídico establecido en la norma, en detrimento discriminatorio de los otros peticionarios. La respuesta solo puede ser negativa.

Como ya se ha expuesto, la especialización en materia de menores es el único criterio verdaderamente determinante que puede deducirse del régimen jurídico establecido en el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal y en los instrumentos internos emanados de la Fiscalía General del Estado. Ese es el criterio ponderativo que, en una interpretación razonable de la norma, el Tribunal Supremo ha exigido a la propuesta de la fiscal general del Estado, y que esta ha desdeñado expresamente, manejando otros elementos valorativos que, por el contrario, presentan un notorio carácter subjetivo y – esto es esencial– carecen de respaldo normativo alguno. Desde luego, lo que está claro es que ni el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, ni las circulares, instrucciones o consultas de la Fiscalía General del Estado, ni las bases de la convocatoria indicaron que los criterios a valorar serían la experiencia en la jefatura, los conocimientos en Derecho Constitucional, la orientación hacia la primacía de los derechos humanos o la perspectiva de género, ni un determinado «modelo» de fiscal ni una determinada «política criminal».

No estamos ante un cargo de estricta confianza, como pueden ser, en el ámbito de la carrera fiscal, los integrantes de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado, que son «designados y relevados directamente por el propio fiscal general del Estado», cesando con este, hasta el punto de que sus nombramientos no son objeto de informe o audiencia al Consejo Fiscal, sino de una mera comunicación antes de elevar la correspondiente propuesta al Gobierno (art. 36.3 EOMF). La plaza de fiscal de sala coordinador de menores no es un cargo de confianza, en el sentido en que se procede a la provisión de los puestos eventuales de libre designación existentes en la administración pública general. Se trata de una plaza a la que solo puede accederse conforme a los principios constitucionales de mérito y capacidad, lo que presupone una determinación legal sobre los criterios para su provisión que, en este caso, han de ponerse en relación con su contenido funcional, que está perfectamente delimitado en el artículo 20 EOMF y en los instrumentos internos de la Fiscalía General del Estado.

Íntimamente ligado a lo anterior, se considera que el supuesto analizado en la STC 138/2000, de 29 de mayo –que aparece citada varias veces en la sentencia– no resulta de aplicación al presente caso. En ese supuesto (que era de acceso a la función pública, no de promoción profesional, lo que exige un canon de control más estricto, como se reconoce en la propia sentencia) se anuló un nombramiento porque un mérito concreto, que debía valorarse juntamente con otros, se convirtió en el único mérito evaluable, es decir, en un requisito eliminatorio para quienes no lo cumplieran, sin cobertura normativa expresa, lo que provocó la exclusión de quien no lo cumplía. Nada que ver con este caso.

En el presente asunto, la especialidad en la materia de menores no ha sido considerada como el único mérito evaluable, ni como un mérito excluyente para el ahora recurrente. Se trataba, en todo caso, de un mérito determinante o relevante, sobre la base de un concreto contenido funcional de la plaza, perfectamente conocido por los peticionarios, que tampoco impugnaron las bases de la convocatoria.

Lo que hicieron las sentencias anteriores del Tribunal Supremo fue exigir una motivación reforzada a la propuesta, en la que se tuviera en cuenta ese mérito específicamente derivado de las funciones asociadas a la plaza. Y lo que hicieron las sentencias ahora impugnadas fue anular la segunda propuesta de nombramiento por haber ignorado absolutamente la relevancia de ese mérito. Con esa decisión judicial, recaída en un proceso contencioso-administrativo sustanciado con plenas garantías, no se vulnera el derecho del recurrente a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad, sino que se pone coto a un abuso grave y repetido del Poder Ejecutivo.

No se olvide que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el principio constitucional de control judicial de la legalidad de la actuación administrativa obligan a los jueces y tribunales a proporcionar a los justiciables una tutela que garantice una revisión íntegra de las decisiones administrativas, esto es, un control que alcance a pronunciarse sobre todas las cuestiones fácticas y jurídicas relevantes para decidir el caso que tienen ante sí planteado, tal y como indudablemente hizo el Tribunal Supremo en las sentencias que anularon el nombramiento del recurrente en amparo.

Como consecuencia del nombramiento del recurrente ahora confirmado por la sentencia del Tribunal Constitucional de la que disintimos, lo que en realidad se produjo fue un grave quebranto de los derechos de acceso al cargo público en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE) para el resto de los peticionarios de la plaza y, singularmente, para el ahora interviniente, don José Miguel de la Rosa Cortina, que se vieron preteridos en su legítima promoción profesional por una serie de criterios subjetivos no previstos en la norma. Pero no solo eso, sino que, por extensión, se trasladó un mensaje inequívoco a todos los integrantes del Ministerio Fiscal, a quienes parece pretenderse inocular un virus desalentador para postularse a la promoción profesional, ante la sistemática puesta en cuestión de las reglas del juego para la provisión de los cargos o puestos de responsabilidad por meros criterios subjetivos de afinidad, ideología, sintonía, perfil o modelo de fiscal que, además de no estar previstos en la norma, suelen concurrir de modo estadísticamente inverosímil con los integrantes de una determinada asociación corporativa, de la que procedía la propia fiscal general del Estado.

Además, como ya hemos señalado, la sentencia de la que disintimos provocará sin duda un efecto desalentador en el control jurisdiccional de los nombramientos discrecionales por parte del Gobierno y de las administraciones públicas. Supondrá, en consecuencia, un lamentable retroceso en la lucha contra las inmunidades del poder público.

Por todo ello, a nuestro juicio, el recurso de amparo 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.