

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

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

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

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

Ambas sentencias, con sus propios razonamientos, apreciaron un déficit de motivación en la propuesta de la Fiscalía General del Estado para fundamentar la preferencia por el candidato que se proponía sobre el otro candidato, en relación con el destino a cubrir, teniendo en cuenta que “los méritos que aduce el candidato preterido, como es el caso de su destino en Secciones de Menores, revisten un carácter objetivo y comprobable” que no había sido objeto sin embargo de valoración en la propuesta (STS 433/2022, FD séptimo). Además de la nulidad del real decreto de nombramiento ambas sentencias acordaron la retroacción de actuaciones para que la Fiscalía General del Estado realizase otra propuesta motivada, de conformidad con lo razonado en dichas sentencias.

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

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

(i) el recurso ordinario núm. 707/2022 promovido por don José Miguel de la Rosa Cortina, resuelto por la sentencia núm. 1024/2023, de 18 de julio de 2023; y

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

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

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

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



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

II.- Razones de la discrepancia:

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

En el caso de la plaza que aquí nos ocupa, el art. 20.3 EOMF precisa que existirán en la Fiscalía General del Estado, Fiscales de Sala “Especialistas” [este término no está recogido en la cita que hace la sentencia de la que discrepo, del art. 20.3 EOMF] responsables de la coordinación y supervisión de la actividad del Ministerio Fiscal en materia de protección y reforma de menores...”.

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

Mi discrepancia con la sentencia, en cualquier caso, se centra en lo razonado en el FJ 4.3.3. para llegar a la estimación de la demanda. Pero antes de explicar por qué no estoy de acuerdo, me parece importante tener presente cuál es el canon que este Tribunal Constitucional

debía aplicar para examinar la queja del art. 23.2 CE planteada. La propia STC 138/2000, FJ 5, deja claro que en los casos de denuncia de lesión de un derecho fundamental sustantivo, nuestro control (y antes que nosotros, el que debe desplegar el órgano judicial competente revisor de la decisión administrativa) “no se cumple...con la simple constatación de la razonable interpretación que pueda exhibir la resolución judicial impugnada”. No es pues un mero control externo, de racionalidad de la decisión.

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

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

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

(ii) En segundo lugar, la sentencia de la que discrepo considera también contrario al art. 23.2 CE, que las sentencias del Tribunal Supremo reprochen a la Fiscal General del Estado una mayor “sintonía política” del candidato (el aquí recurrente), cuando ello no es así porque la propuesta de la Fiscal se refiere a “la concordancia de la trayectoria profesional y del plan de actuación de uno de los candidatos con las líneas programáticas que la fiscal general, en el

ejercicio de sus funciones directivas del Ministerio Fiscal, pretende establecer en la fiscalía general del Estado, en particular con la pretensión de dotar a la especialidad en menores de una mayor sensibilidad constitucional, con mayor protagonismo de la perspectiva iusfundamental y de la noción de interés del menor tal y como ha sido interpretada y concebida en la doctrina constitucional” [FJ 4.3.C.e)].

(iii) El tercer defecto que se atribuye a las sentencias del Tribunal Supremo, y que se presentaría como una consecuencia del primero de ellos, es que en virtud de la valoración de un único mérito se produce un trato “desigualitario” en perjuicio del recurrente en amparo, pretiriéndole “por razón de su menor especialización en menores frente a otros candidatos” [FJ 4.3.f)].

Pues bien: resulta que estos tres criterios de la sentencia para considerar que las resoluciones impugnadas de la Sección Cuarta, Sala Tercera del Tribunal Supremo, son lesivas del derecho fundamental del recurrente a su ascenso profesional en condiciones de igualdad, no responden a la verdad y no justifican por tanto su anulación, pues no se ha producido la vulneración del derecho fundamental alegada. Veamos:

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

1. En ningún momento la STS 1051/2023 -ni la 1024/2023- dice eso ni nada semejante. La Sala Tercera del Alto Tribunal recuerda que ya había anulado un nombramiento anterior de la misma plaza, a favor del aquí recurrente, “dada la enorme diferencia entre ambos candidatos en cuanto a méritos en lo específicamente atinente al Derecho de Menores”; por lo que devolvió el asunto para que se motivara la propuesta, es decir, para que se justificara por qué la “enorme diferencia” entre ambos candidatos en ese apartado no era tenida en cuenta por la Fiscal General del Estado, siendo que se trata de la Jefatura de una Sección Especializada en el seno de dicha Fiscalía General.

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

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

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

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

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

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

diferencia” entre los dos candidatos en cuanto a la experiencia en fiscalía de menores. En todo caso:

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

“a) Practicar las diligencias a que se refiere el artículo Cinco de este Estatuto, e intervenir directamente en aquellos procesos penales de especial trascendencia apreciada por el Fiscal General del Estado, referentes a los delitos...” (en este caso sería los cometidos contra, y por, menores).

b) Intervenir, por delegación del Fiscal General del Estado, en los procesos... (propios de este ámbito).

c) Coordinar los criterios de actuación de las diversas Fiscalías en [la] materia..., para lo cual podrá proponer al Fiscal General del Estado la emisión de las correspondientes instrucciones”.

(ii) En la Instrucción 3/2008, de 30 de julio, de la Fiscalía General del Estado, “sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores de las Fiscalías”, apartado II, se concretan las funciones del Fiscal de Sala coordinador de Menores, donde se incluyen entre otras las siguientes que presuponen una experiencia en el ámbito forense de la justicia de menores:

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

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

Sigue diciendo la Instrucción 3/2008 que “[a]demás de estas funciones, directamente entroncadas en el EOMF, el Fiscal de Sala Coordinador de Menores desempeñará las siguientes, derivadas de las legalmente previstas de forma expresa:

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

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

4) Proposición al Fiscal General del Estado de las Circulares que considere necesarias y elaboración de propuestas de resolución de las Consultas que se planteen sobre las materias de su competencia”.

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

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

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

3. La sentencia de la que discrepo confronta además el caso aquí examinado con el que se enjuició en la STC 138/2000, diciendo que son asimilables cuando eso no es así. Como claramente señaló el Tribunal en aquella STC 138/2000, lo que sucedía entonces es que la comisión de valoración había excluido como mérito la experiencia docente del candidato, no que le hubiera dado mayor o menor peso a dicho mérito. En el presente caso no se ha excluido ningún mérito de los que aduce el recurrente en amparo, por lo que no vale que la sentencia del

Pleno diga que aunque formalmente no es una exclusión la del recurrente, en realidad es “una cuestión eminentemente semántica” porque la Sala ha convertido “la especialización en menores en el único criterio determinante de la adjudicación del puesto”.

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

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

1. A la sentencia de la que discrepo le parece mal el razonamiento de las sentencias impugnadas, en concreto el Fundamento de derecho octavo de la STS 1024/2023 (FD Séptimo STS 1051/2023), que no conceden relevancia a ese afinidad o alineamiento llamémosle programático con el formulado por la Fiscal General del Estado, entre otras cuestiones porque quien obtenga la plaza dirigirá la Fiscalía de Menores por un plazo de 5 años, el cual incluso se puede prorrogar, por lo que el desempeño de su función está desvinculada de la acción de política institucional de quien sea en ese momento el titular de la Fiscalía General del Estado.

Yo creo que es una argumentación razonable y que desde luego no queda desvirtuada por la sentencia del Pleno. Esta última me parece que confunde la discrecionalidad en la valoración de los méritos (que, insisto, deben seguir siendo respetuoso con los principios del art. 103 CE), con que puede ser una plaza de perfil político y no técnico.

2. Esto último -que tenga un perfil político- resulta claramente distorsionador del espíritu del EOMF, y conduciría a que cada Fiscal General del Estado durante su mandato se rodee de fieles ideológicamente alineados con sus políticas, en vez de regirse por criterios de selección técnicos. Pero además, las concretas razones que se dan en la propuesta que aquí nos ocupa, y que asume como correctas la sentencia de la que discrepo, no me parecen sostenible. A saber, según dicha sentencia: “la pretensión de dotar a la especialidad en menores de una mayor sensibilidad constitucional, con mayor protagonismo de la perspectiva iusfundamental y de la

noción de interés del menor tal y como ha sido interpretada y concebida en la doctrina constitucional”.

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

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

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

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

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

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

D) En resumen:

El hecho de que nuestra doctrina permita un control no meramente externo de la decisión impugnada, porque estamos en el ámbito del art. 23.2 CE, no puede suponer que este Tribunal haga de tercera instancia, como ha ocurrido, porque lo que teníamos que decidir no es si podían llegar a compartirse los criterios de la Fiscal General del Estado que sustentaron su propuesta, y por tanto imponerlos, sino si los criterios que el Tribunal Supremo reprocha a esa propuesta, ya por omisión (no valorar el mérito de la especialización en Derecho de menores) o ya por acción (valorar el alineamiento con su particular programa) son contrarios al contenido esencial del derecho fundamental del aquí recurrente. Y la respuesta es que no lo son, el Tribunal Supremo no vulneró su derecho.

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

Y en tal sentido emito mi voto particular.

Madrid, a 15 de enero de 2026