

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 art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) 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 art. 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 Sr. 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 ATC 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 art. 80 LOTC) un recurso de reposición (art. 451.2 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 art. 80 LOTC hace a la LOPJ, no cabe recurso alguno contra las decisiones sobre abstención y recusación (tanto si se estiman como si no); y, al mismo tiempo, que el art. 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 cualquier razonamiento acerca de la indefensión que le produciría de no acordarse”, ex art. 238-3º 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 de 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 % 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 art. 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 ex Fiscal General del Estado.

En todo caso, y como es conocido, la doctrina del TEDH 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*) aps. 67 y 69, -con cita de la STEDH de 23 de abril de 2015 (asunto *Morice c. Francia*) ap. 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 art. 6.1 CEDH.

Se insiste en que, lo que -con una interpretación benévola- puede considerarse como un “error”, consistente en dejar imprejuzgada 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 21 de abril, FJ 5.1.1), que se corresponde con el derecho a un proceso equitativo del art. 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 éstas 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, Sr. 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 RD 212/2021, de 30 de marzo, por el que se promovió -por primera vez- al Sr. 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 Sr. Requero Ibáñez y la STS 453/2022 por la Sra. 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 séptimo.4-2º) o con “un perfil sectorial acotado: los menores” (STS 453/2022, FJ séptimo). También se constata que hay una “diferencia (...) llamativa” (STS 452/2022, FJ séptimo.4-5º) o una “gran diferencia” (STS 453/2022, FJ séptimo) 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 Sr. Esteban Rincón] es más idóneo para ese cargo especializado” (STS 452/2022, FJ séptimo.4-5º). En definitiva, “no 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 séptimo).

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 aquél 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 FJ 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, es 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 FJ 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 (EOMF) aplicables a esta materia.

No se puede decir lo mismo del FJ 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 art. 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 FJ 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 art. 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 art. 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 peticionarios 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 lo que se acordaron los nombramientos del Sr. 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 peticionarios llevada a cabo en la correspondiente sesión del Consejo Fiscal, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 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, Sra. 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 art. 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 núm. 1024/2023, de 18 de julio (Pte. Sr. 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 Sr. 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 y 453 de 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 primero).

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 sexto).

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 Sr. 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 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 SSTs 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 séptimo).

La Sala culmina su razonamiento (Fj octavo) con una observación adicional, en respuesta a uno de los motivos recogidos en la propuesta de nombramiento de la Fiscal General 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 “elear 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 SSTS anteriores, en las que se considera aplicable a la carrera fiscal (ver, en la STS 452/2022 los FFJ 3 y 4; y en la STS 453/2022, los 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 art. 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 art. 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 art. 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 sólo 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 art. 23.2 CE, lo cual, por otra parte, es lo que hace posible, en su caso, el ulterior control jurisdiccional, puesto que el Juez -que lo es de la legalidad- tendrá así un criterio con el que contrastar si la actuación administrativa se ha ajustado o no a las condiciones de igualdad, mérito y capacidad previamente establecidas’ [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 art. 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 arts. 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 sólo 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 art. 20.3 EOMF [por remisión a otras figuras de contenido similar], así como en las diversas Instrucciones y Circulares de la FGE (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; 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 del 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 FJ 4.3.3.A). Y, aunque se afirma en el FJ 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 EOMF 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 FJ 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 EOMF y en la Instrucción 3/2008. A partir de esos dos datos, se valora la experiencia del Sr. 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 cohonesto 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 art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores 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 art. 5 EOMF y en el art. 773.2 LECrim [no el 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 2.1) de la sentencia, y es que, una vez anulado por segunda vez el nombramiento del Sr. 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 EOMF [ver, en tal sentido, los arts. 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 sólo 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 FJ 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 art. 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 (EOMF) 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 EOMF 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 EOMF, 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

éste, 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 art. 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 petitionarios, 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 disentimos, 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 petitionarios 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 disentimos 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



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL