

EL TRIBUNAL CONDE-PUMPIDO Y EL CONTROL DE LA ARBITRARIEDAD DEL PODER

The Conde-Pumpido Court and the control of the arbitrary power

TOMÁS R. FERNÁNDEZ

Universidad Complutense de Madrid

trfernandezrz@gmail.com

Cómo citar/Citation

Fernández, Tomás R. (2026).

El Tribunal Conde-Pumpido y el

control de la arbitrariedad del poder.

Revista Española de Derecho Constitucional, 137, 359-378.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.137.11>

Resumen

Se analiza aquí la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2026, de 15 de enero, que estimó el recurso de amparo interpuesto por el fiscal Eduardo Esteban Rincón contra la decisión definitiva del Tribunal Supremo que anuló su nombramiento como fiscal de sala de menores por falta de una motivación sustancial.

Palabras clave

Poder discrecional y poder arbitrario; control judicial; recurso constitucional de amparo; motivación.

Abstract

This section analyzes Constitutional Court Judgment 7/2026, of January 15, which upheld the appeal for protection filed by prosecutor Eduardo Esteban Rincón against the final decision of the Supreme Court that annulled his appointment as a juvenile prosecutor due to a lack of substantial motivation.

Keywords

Discretionary and arbitrary powers; judicial review; judicial reasoning constitutional; protection appeal.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL ASUNTO *ESTEBAN RINCÓN*: UNA LARGA HISTORIA. III. LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 2023. IV. LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA SENTENCIA DE 15 DE ENERO DE 2026: 1. Una sentencia maniquea. 2. Una doctrina arcaica. 3. Una sentencia inquietante, extraordinariamente inquietante. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional, en su actual formación bajo la presidencia del Sr. Conde-Pumpido, tenía ya bien ganado su lugar en la historia de la justicia constitucional española, un lugar nada envidiable, en mi opinión, gracias a sus estruendosas sentencias 93/2024, de 19 de junio, primera de las dictadas en el asunto de los ERE de Andalucía, y 137/2025, de 26 de junio, que validó la constitucionalidad de la tristemente célebre Ley de Amnistía para la normalización institucional, política y social de Cataluña.

Sin embargo, como los récords están para batirlos, como suelen decir los atletas, a estas dos sentencias han venido a unirse, el 15 de enero de este año 2026, otras dos, estimatorias ambas de los recursos de amparo 7432 y 7433/2023, promovidos por el fiscal Esteban Rincón contra las sentencias del Tribunal Supremo (Sala 3.^a) 1024/2023, de 18 de julio, y 1051/2023, de 20 de julio de 2023, que anularon el nombramiento de dicho fiscal como fiscal de sala de menores de la Fiscalía General del Tribunal Supremo.

A diferencia de las anteriores, estas dos últimas sentencias del Tribunal Constitucional no han producido sorpresa alguna en la comunidad jurídica española, ya que su aparición había sido claramente anunciada por los autos 4 y 5/2025, de 14 de enero de 2025, que contra todo pronóstico admitieron los recursos de amparo del fiscal Esteban Rincón, y por la avocación del asunto por el Pleno del Tribunal.

Para mayor comodidad expositiva me referiré a estas dos sentencias como si fuesen una sola, ya que son idénticos los razonamientos que utilizan e idénticos también los votos particulares formulados por los magistrados de la minoría.

Antes de entrar en el análisis de estas sentencias de 15 de enero de 2026, que han hecho regresar la jurisprudencia contencioso-administrativa a la situación en la que se encontraba hace siglo y medio, me parece necesario destacar

las similitudes que guardan con las sentencias de los ERE y de la ley de amnistía, que son muchas.

En efecto, todas ellas tienen en común que benefician al poder, esto es, que confirman las decisiones adoptadas por quienes detentan este, lo cual no deja de ser significativo en el contexto jurídico-político que estamos viviendo, marcado por un asalto al Poder Judicial de la mayoría gobernante. Sobre este asunto me remito al artículo que publiqué en el número 117-118 de *El Cronista* (Fernández Rodríguez, 2025: 32). Me limitaré por ello a recordar que en un sistema parlamentario como el nuestro la diferencia entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo se difumina, ya que éste está sostenido por aquel, por lo que resulta más expresivo y más exacto hablar de mayoría gobernante. Que es ésta la que asalta el Poder Judicial y no al revés, como quizás alguno pudiese pensar teniendo en cuenta ciertos procedimientos penales en trámite que implican a personas cercanas al actual presidente del Gobierno, es realmente una obviedad porque el Poder Judicial carece *per se* de iniciativa, puesto que la justicia es rogada. Los jueces y tribunales no van ni pueden ir en busca de nadie; se limitan a enjuiciar lo que se lleva ante ellos por quienes ejercitan las correspondientes acciones.

Las tres sentencias a las que me refiero tienen también en común otro dato preocupante, a saber: que el Tribunal Constitucional ha visto lo que nadie antes que él había percibido, lo que produce inevitablemente una gran inquietud, ya que si, efectivamente, tiene razón, habrá que concluir que la mayoría de los juristas españoles formamos una comunidad de ciegos; y si, por el contrario, no la tiene, resultará que quien está ciego es él. Y tan malo es lo uno como lo otro, porque el derecho que compartimos es uno o debe ser uno, si se prefiere decirlo así, y ahora parece que está dejando de serlo.

¿Por qué digo esto? Me explicaré: en la sentencia de los ERE el Tribunal Constitucional acogió el argumento desarrollado por la recurrente en amparo (la exconsejera andaluza Magdalena Álvarez) de que la calificación de prevaricación dada a los hechos por las sentencias impugnadas «ha incurrido en una aplicación extensiva del tipo penal al haber efectuado una interpretación extravagante e imprevisible de los elementos típicos “resolución”, “asunto administrativo” y “arbitraria”, que es lesiva del derecho a la legalidad penal del artículo 25.1 CE», ya que los anteproyectos y proyectos de leyes de presupuestos no pueden considerarse «resolución» en el sentido del art. 404 del Código Penal «al ser actos prelegislativos», ni tampoco un asunto administrativo, «debido a que constituyen actos políticos y de gobierno» (STC 93/2024, de 19 de junio, FJ 4.4.1.a).

Es sorprendente en extremo, sin embargo, que una interpretación tan extravagante e imprevisible fuese unánimemente sostenida no por un grupo

de modestos jefes de negociado carentes de experiencia, sino por ocho magistrados (los tres de la Audiencia Provincial de Sevilla y los cinco de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo) y por los juristas del Tribunal de Cuentas del Estado, de la Cámara de Cuentas de la comunidad autónoma y de los Servicios Jurídicos de la Junta de Andalucía. «No es razonable suponer que todo el mundo se equivoca y que ocho magistrados veteranos [...] desconocen tan elementales principios», dice sensatamente el voto particular firmado por los Sres. Enríquez Sancho y Arnaldo Alcubilla, y por la Sra. Espejel Jorquera.

Es sorprendente también que el Ministerio Fiscal refutara en el proceso de amparo como contraria al principio de legalidad penal una condena impuesta y confirmada a instancia del propio Ministerio Fiscal, como destaca en su voto particular el Sr. Tolosa Tribiño. «Resulta llamativo, por tanto —sigue diciendo el voto particular del Sr. Tolosa— que sea en el caso más grave de corrupción política institucionalizada y mantenida durante más de diez años, cuando el Tribunal Constitucional rectifique por primera vez desde que inició su andadura al Tribunal Supremo en la interpretación de un elemento recogido en la descripción de la conducta típica de un delito».

De la discrepancia entre los seis magistrados que forman sistemáticamente la mayoría del Tribunal Conde-Pumpido y la práctica totalidad de los iuspublicistas españoles da fe el volumen titulado *La amnistía en España. Constitución y Estado de derecho*, que recoge los ochenta y cinco artículos publicados por éstos en la prensa sobre el proyecto de ley de amnistía (Aragón *et al.*, 2024). No hace falta más para acreditarla.

Las tres sentencias del Tribunal Constitucional a las que me vengo refiriendo comparten, en fin, una concepción muy restrictiva también del control que los jueces, constitucionales y ordinarios, pueden ejercer sobre la conducta de los gobernantes o, si se prefiere decirlo de otro modo, de una concepción muy laxa, muy amplia, de lo que el poder, Legislativo y Ejecutivo, puede legítimamente hacer, de la libertad de despliegue de la que goza.

La Sentencia constitucional 137/2025, de 26 de junio, sobre la ley de amnistía, es en este punto concluyente: «Corresponde al Legislador —dice en su FJ 7— apreciar las circunstancias que justifican el otorgamiento de la amnistía, sin que el Tribunal Constitucional pueda suplantarle en esta tarea. El control de constitucionalidad del presupuesto fáctico que justifica el otorgamiento de una amnistía —la existencia de una situación excepcional— debe ser un control meramente externo sin reexaminar el juicio político subyacente».

Por si su opinión no hubiese quedado claramente expresada en el propio FJ 7, el Tribunal «considera imprescindibles unas consideraciones doctrinales previas», y afirma a continuación que él «solo puede determinar [si responde a un interés particular inidóneo] a través del examen jurídico del texto

normativo», y que «no cabe, en particular, esperar de este tribunal un ejercicio de realismo político a partir de una suerte de “levantamiento del velo” para indagar y valorar hechos políticos subyacentes que explicarían, en última instancia, las intenciones de los parlamentarios [...]. Este Tribunal juzga la ley y al contenido de la ley se atiene».

Es decir, si el texto de la ley de amnistía dice que lo que se busca es la normalización institucional, política y social de Cataluña, no hay más que hablar. «La mera lectura [del preámbulo, que así lo dice] lleva a concluir que no puede apreciarse que la Ley de Amnistía carezca de toda justificación razonable [...]. La justificación es clara».

Estas «consideraciones doctrinales previas» con las que el Tribunal Conde-Pumpido pretende ilustrarnos son, sin embargo, demasiado simplistas, porque parecen dar por supuesto, por lo pronto, que no hay más que un solo tipo de ley y que, por lo tanto, la relación del legislador con la Constitución es siempre la misma. No es así, sin embargo. Cuando el legislador aborda el «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas» mediante una ley orgánica (art. 81.1 de la Constitución), tiene que atenerse estrictamente a eso, al desarrollo, es decir, a aportar al diseño constitucional del derecho o libertad de los que en cada caso se trate el complemento indispensable necesario para que puedan desplegar su operatividad individual y social. Muy distinta a esta, sin embargo, es la posición del legislador cuando dibuja una política económica o social determinada en el marco general de los principios rectores a los que se refiere el capítulo III del título I de la norma fundamental (García de Enterría y Fernández Rodríguez, 2024: 162-163).

Esto es bastante obvio, me parece. Debería de serlo también que una ley de amnistía es un tipo de ley muy distinto a los dos anteriores, ya que, en rigor, es una medida singular a la que se reviste de la forma de ley, medida que por serlo está inevitablemente vinculada a sus concretas circunstancias, de las que no cabe desentenderse en ningún caso.

Reducirlo todo a la mera revisión externa del texto del preámbulo y del articulado de una ley no es constitucionalmente lícito en ninguno de estos casos, pero mucho menos en el último. No lo es porque el art. 9.3, *in fine*, de la Constitución proscribe categóricamente la arbitrariedad de los poderes públicos, de todos los poderes públicos sin excepción, y, por lo tanto, también del legislador, lo que quiere decir que en nuestro sistema jurídico-político no tiene cabida otro poder que no sea expresión de una voluntad racional, esto es, de una voluntad racionalmente fundada. El mero «porque sí», «porque yo lo digo» o «porque a mí me conviene» están formalmente excluidos (Fernández Rodríguez, 2008: 232). No basta, pues, con la mera lectura del preámbulo o del articulado de una ley, porque, si así fuera, el precepto constitucional

quedaría vacío de contenido y el propio Tribunal Constitucional resultaría innecesario.

Esta posición, en la que el Tribunal Conde-Pumpido se ha situado con su Sentencia 137/2025, de 26 de junio, sobre la ley de amnistía, es la misma que mantienen las sentencias 6 y 7/2026, de 15 de enero, para las que el control jurisdiccional de la actividad discrecional de la Administración debe limitarse también a enjuiciar «las razones exteriorizadas por la Administración» (FJ 4.3.2.d de la STC 6/2026).

Con el fin de separar desde ahora el grano de la paja, me permito transcribir aquí un párrafo de la Sentencia 6/2026, de 15 de enero de (recurso de amparo 7432/2023):

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

II. EL ASUNTO ESTEBAN RINCÓN: UNA LARGA HISTORIA

El asunto *Esteban Rincón* al que el Tribunal Conde-Pumpido ha puesto fin con sus sentencias de 15 de enero de 2026 tiene una larga historia, que se remonta al período en el que fue fiscal general del Estado D.^a M.^a Dolores Delgado, cuya trayectoria prolongó su sucesor, el Sr. García Ortiz, hasta su condena por la Sala 2.^a del Tribunal Supremo en su Sentencia 1000/2025, de 9 de diciembre. Es importante hacer referencia con algún detalle porque, como dice muy bien el voto particular suscrito por los Sres. Arnaldo Alcubilla y Macías Castaño y por la Sra. Espejel Jorquera, la sentencia firmada por la mayoría «pasa de puntillas» sobre los antecedentes del asunto, lo que deja en la sombra el «empecinamiento» de la entonces fiscal general del Estado en designar no al candidato más apto e idóneo para el puesto, sino al afín ideológicamente, con abstracción de su cualificación y méritos (apdo. 2.b del voto particular de la STC 7/2026).

En ese período la Sra. Delgado hizo, en efecto, trece nombramientos de la máxima categoría de la carrera fiscal, de los que once recayeron en fiscales pertenecientes a la Unión Progresista de Fiscales, asociación muy minoritaria en la carrera fiscal, a la que ella misma pertenecía, ya que, al parecer, no cuenta con más de doscientos afiliados, menos de un 10 % del total (Madrigal, 2026).

El nombramiento como fiscal de sala de menores del Sr. Esteban Rincón llovía, pues, sobre mojado, cuando se convocó por Real Orden de 27 de enero de 2021, entre otras, la plaza de «Fiscal de Sala-Primera, Fiscalía de Sala de Menores de la Fiscalía General del Estado». A esta plaza concurrieron el Sr. Esteban Rincón, que en ese momento pertenecía a la categoría segunda de la carrera, y D. José Miguel de la Rosa Cortina, que tenía ya la categoría primera como fiscal de sala.

En el Consejo Fiscal, el Sr. De la Rosa obtuvo seis votos y el Sr. Esteban Rincón cinco, pero la fiscal general del Estado propuso a este último, al que se adjudicó la plaza y se promovió a la categoría de fiscal de sala por Real Decreto 212/2021, de 30 de marzo.

Contra ese real decreto se interpusieron sendos recursos contencioso-administrativos por el Sr. De la Rosa y por la Asociación de Fiscales, que fueron estimados por las sentencias de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo 452 y 453/2022, de 19 de abril de ese mismo año, por entender que, «dada la enorme diferencia entre ambos candidatos en cuanto a méritos en lo específicamente atinente al Derecho de Menores, la preferencia otorgada al Sr. Esteban Rincón adolecía de falta de motivación». Las sentencias en cuestión anularon, por lo tanto, el real decreto impugnado y ordenaron la retroacción de 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».

A la vista de ello, la fiscal general del Estado formuló una propuesta en favor del Sr. Esteban Rincón argumentando su preferencia por éste a lo largo de veintidós páginas, en las que se destaca que, en lo que respecta a la especialización, de la normativa reguladora resultan tres niveles distintos: la especialización más intensa es la «exigida para ejercer como fiscal ante la jurisdicción de menores en las distintas fiscalías territoriales», mientras que se exige solo la «mínima especialización acreditable» para los fiscales adscritos a la Unidad de Menores de la Fiscalía General del Estado, no haciéndose referencia alguna a la especialización en el régimen de nombramiento del fiscal de sala coordinador de esta materia, de lo que «se deduciría —dice el apdo. 1.e de los antecedentes de las sentencias constitucionales de 15 de enero de 2026— 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 criterios y dirección general de la actividad de los fiscales especialistas en todo el territorio del Estado».

Con base en esta propuesta, el Real Decreto 417/2022, de 31 de mayo, nombró de nuevo al Sr. Esteban Rincón fiscal de sala de menores del Tribunal Supremo. Ante la repetición del nombramiento, la Asociación de Fiscales promovió un incidente de ejecución, al amparo de lo dispuesto por el art. 104.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, incidente que fue desestimado por el Auto de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2022, por entender que no existía una intención deliberada de eludir la ejecución de las sentencias que anularon el primer nombramiento.

El Real Decreto 417/2022 fue recurrido por el Sr. De la Rosa, que en su demanda denunció la falta de motivación sustancial y la arbitrariedad de este segundo nombramiento, subrayando que el Sr. Esteban Rincón no había demostrado mérito ni experiencia alguna en derecho de menores, especialidad a la que estaba vinculada la plaza convocada en la que él era un auténtico experto.

Es importante hacer notar que el Sr. De la Rosa alegó también la existencia de desviación de poder, habida cuenta de que «la finalidad efectivamente perseguida sería situar a fiscales ideológicamente afines a la Fiscal General del Estado en la cúspide de la Carrera Fiscal», como acreditaría que de «las trece propuestas de nombramiento para plazas de primera categoría hechas por la entonces Fiscal General del Estado, once de ellas recayeron en individuos del Ministerio Fiscal afiliados a la Unión Progresista de Fiscales».

La Abogacía del Estado y el Sr. Esteban Rincón reiteraron en su contestación a la demanda los argumentos desarrollados por la fiscal general del Estado en su propuesta.

Planteada en estos términos la cuestión litigiosa, las sentencias del Tribunal Supremo 1024/2023, de 18 de julio, y 1051/2023, de 20 de julio, estimaron los recursos promovidos por el Sr. De la Rosa y por la Asociación de Fiscales, anulando el Real Decreto 417/2022 pura y simplemente, ya que, como precisa el FJ 9, «no tendría sentido prolongar las propuestas y sus motivaciones hasta el infinito», ordenando una nueva retroacción de actuaciones, «por lo que —dice— todo debe concluir ahora en aras de la racionalidad administrativa y de la economía procesal». De ambas sentencias fue ponente D. Luis M.^a Díez-Picazo y de ambas discrepó formulando un voto particular D.^a Pilar Teso Gamella.

Conviene detenerse ahora en el análisis de la argumentación desarrollada por las sentencias en cuestión para poder valorar más adelante con fundamento las sentencias constitucionales de 15 de enero de 2026 que otorgaron al amparo al Sr. Esteban Rincón por entender 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 (artículo 23.2 CE)».

III. LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 1024/2023, DE 18 DE JULIO

La Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2023 que estimó el recurso interpuesto por el Sr. De la Rosa contra el Real Decreto 417/2022, de 31 de mayo, que adjudicó por segunda vez la plaza de fiscal de sala de menores al Sr. Esteban Rincón, es muy sencilla, pero muy sólida. Hay que añadir que muy deferente también con el Gobierno, ya que evitó pronunciarse sobre el alegato de desviación de poder, más enojoso por descalificante, formulado por el recurrente, que hubiera podido conducir también a la anulación del nombramiento, supuestos los antecedentes más atrás destacados, es decir, el hecho, no discutido, de la preferencia mostrada por la Sra. Delgado por los fiscales pertenecientes a su misma, minoritaria, asociación en once de los trece casos en los que tuvo que elegir a quienes nombraba para la máxima categoría de la carrera fiscal.

La Sala 3ª del Tribunal Supremo, en un afán elogiabile de objetivar al máximo su juicio, optó por ceñirse a una cuestión estrictamente técnica: la suficiencia de la motivación.

La argumentación al respecto, impecable en mi opinión, se contiene en el FJ 7 de la sentencia, en el que comienza poniendo de manifiesto que el objeto de la convocatoria no fue una plaza genérica de fiscal de sala, sino una plaza «con un perfil bien determinado, como era la Fiscalía de Sala de Menores».

Precisado esto, «la Sala no duda —dice la sentencia— que si se hubiera tratado de decidir solo sobre la promoción a la máxima categoría de la Carrera Fiscal, las razones dadas por la propuesta de la Fiscal General del Estado, de 5 de mayo de 2022, hubieran constituido una motivación atendible, justificada y suficiente», pero subraya a continuación:

[...] que la cuestión aquí suscitada no es si la Fiscal General del Estado ha motivado adecuadamente que el Sr. Esteban Rincón puede ser promovido a la categoría de Fiscal de Sala, ni siquiera si lo merecería más que el Sr. de la Rosa Cortina si éste último no lo fuera ya. Lo que aquí se debate es otra cosa, a saber: si a la hora de adjudicar una concreta plaza con un perfil determinado, como es la Fiscalía de Sala de Menores, cabe preferir a un candidatos 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 (experiencia en la jefatura, práctica del Derecho Constitucional, sintonía con la orientación de política criminal de la Fiscal General del Estado, etc.).

Así planteada la cuestión, la sentencia no duda en afirmar: «La respuesta debe ser negativa. Cuando lo que se trata de decidir es quién resulta más idóneo para cubrir una plaza que tiene un perfil bien identificado, no cabe infravalorar, cuando no obviar, los méritos relativos a dicho perfil».

Poner todo el énfasis en otras consideraciones «no es atendible, porque elude el núcleo de la cuestión».

Se puede aceptar, a costa de un esforzado ejercicio de formalismo, que el Real Decreto 417/2022 tiene una motivación,

[...] pero lo que no resulta en absoluto convincente es que se trate de una motivación mínimamente adecuada a lo que se trata de justificar. La mejor prueba de ello es que los argumentos de la Fiscal General del Estado habrían podido ser igualmente utilizados para cualesquiera otros perfiles de fiscalías especializadas (tráfico de drogas, delitos informáticos, tráfico, etc.). En este sentido, como aduce el recurrente, falta una motivación «sustancial», que despeje la sospecha de que detrás del acto administrativo impugnado hay algo más que puro arbitrio.

Como remate de su argumentación, la sentencia cita la opinión de «un insigne Magistrado y antiguo Presidente del Tribunal Supremo» (no dice su nombre, pero se refiere al Sr. Delgado Barrio, el mejor magistrado de lo Contencioso-Administrativo que hemos tenido), para el que «la motivación no puede ser concebida como “un simple ejercicio literario” y ello porque “el control judicial no se detiene en el aspecto meramente formal de la exigencia de motivación, sino que ha de concluirse que una decisión es arbitraria cuando, aunque la Administración alegue razones, éstas no resultan adecuadas para justificar la decisión adoptada».

Lo dejo aquí para evitar que el argumento que la sentencia desarrolla *a fortiori* en el FJ 8 dificulte la comparación del razonamiento central que acabo de reseñar con el que despliegan para criticarlo las sentencias constitucionales de 15 de enero de 2026, a las que voy a referirme inmediatamente a continuación.

IV. LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA SENTENCIA DE 15 DE ENERO DE 2026

La Sentencia constitucional 7/2026, 15 de enero, ha declarado que la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2023 que acabamos de analizar «ha vulnerado el derecho del recurrente en amparo [el Sr. Esteban Rincón] a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas» al anular el nombramiento de dicho señor por entender que carecía de motivación sustancial, es decir, de justificación.

Es esta la primera vez en los cuarenta y cinco años transcurridos desde que el Tribunal Constitucional comenzó a funcionar que este revoca una sentencia del Tribunal Supremo que se limitó a constatar el déficit de motivación-justificación de un nombramiento discrecional, lo cual es ya de por sí una gran noticia porque pone de manifiesto que en todo ese tiempo a nadie se le había ocurrido siquiera ver en la anulación de un nombramiento por ese motivo la vulneración del derecho fundamental reconocido por el art. 23.2 de la Constitución.

Se ha producido aquí una vez más el fenómeno sobre el que ya llamé la atención páginas atrás, a saber: que el Tribunal Constitucional ha visto lo que nadie antes que él había percibido, lo que, de ser exacta su apreciación, obligaría a concluir que los juristas españoles formamos una comunidad de ciegos o bien que quien está ciego y sordo sea el propio Tribunal, esto es, la mayoría automática que decide los asuntos más importantes que se presentan ante éste.

En todo caso resulta en extremo sorprendente que haya podido llegar a una solución tan estridente. ¿Cómo ha podido ocurrir algo tan extraordinario, que nunca antes había sucedido? ¿En qué argumentos se apoya la sentencia constitucional de 15 de enero de 2026 para sostener lo que afirma?

A continuación, intentaré responder razonadamente a estas preguntas.

1. UNA SENTENCIA MANIQUEA

Lo primero que llama la atención del lector cuando compara la Sentencia constitucional 7/2026, de 15 de enero, con la Sentencia del Tribunal Supremo 1024/2023, de 18 de julio, es que aquélla hace decir a esta lo que realmente no dice, alterando así sustancialmente *ab initio* la cuestión para estudiar.

En efecto, la sentencia constitucional reprocha a la del Tribunal Supremo que exija, «sin soporte legal [...], que la decisión sobre el nombramiento se resuelva en atención a un único criterio objetivo», con lo que «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» (FJ 4.3.3.C.c).

Líneas más adelante, en el apdo. d) del FJ 4.3.3.C, vuelve a insistir en la misma idea cuando afirma que la Sala 3.^a del Tribunal Supremo ha descartado «globalmente los criterios que el órgano competente había considerado adecuados para integrar la norma legal incompleta y sustituirlos por un solo criterio».

En el apdo. f) denuncia también «la configuración, al margen de la ley, de la mayor especialización en menores como mérito determinante del nombramiento».

Y en el párrafo penúltimo del propio FJ 4.3.3 vuelve a hacerlo dos veces más cuando dice que la Sala 3.^a del Tribunal Supremo ha convertido «la especialización en menores en el único criterio determinante de la adjudicación del puesto», y cuando, al final del mismo párrafo, concluye que «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».

Con todo respeto, pero también con toda firmeza, tengo que decir que la Sentencia del Tribunal Supremo 1024/2023, de 18 de julio, no dice en absoluto que la especialización en menores sea el «único criterio objetivo», el «único criterio determinante» para tener en cuenta, ni que sea el «mérito determinante del nombramiento».

Lo que realmente dice la sentencia en cuestión es algo bien distinto, que resulta necesario repetir aquí para que se vea bien la diferencia. Dice concretamente: «Cuando lo que se trata de decidir es quién resulta más idóneo para cubrir una plaza que tiene un perfil bien identificado, no cabe infravalorar, cuando no obviar, los méritos relativos a dicho perfil».

Y como, efectivamente, el decreto de nombramiento objeto del recurso ha obviado los méritos relativos a dicho perfil, utilizando unos argumentos que «hubieran podido ser igualmente utilizados para cualesquiera otros perfiles de fiscalías especializadas (tráfico de drogas, delitos informáticos, tráfico, etc.)», «falta una motivación “sustancial” que despeje la sospecha de que detrás del acto administrativo impugnado hay algo más que puro arbitrio» (FJ 7, STS 1024/2023, de 18 de julio).

Decir esto no es desnaturalizar el sistema de nombramiento que ha previsto el legislador, ni convertirlo en un concurso de méritos, como dice la sentencia constitucional de 15 de enero de 2026. La sentencia del Tribunal Supremo no ha resuelto ningún concurso de méritos, como es obvio. Se ha limitado a anular el decreto de nombramiento por carecer de una verdadera motivación sin caer en la tentación de indicar quién es el candidato más idóneo, como destaca con acierto el voto particular (apdo. 3.b).

Esto es lo único que el Tribunal Supremo reprocha en su sentencia al decreto de nombramiento.

Es, pues, notorio que la sentencia constitucional ha tergiversado, alterado, el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo que enjuicia, alteración que la descalifica por arbitraria porque el primer requisito para poder considerar racional, y, por lo tanto, no arbitraria, una decisión es que respete la realidad de los hechos de los que parte, que en este caso es el contenido de la sentencia en cuestión, lo que ésta realmente dice y no lo que le hace decir.

2. UNA DOCTRINA ARCAICA

La sentencia constitucional de 15 de enero de 2026 reconoce, ¡faltaría más!, que «está fuera de duda la procedencia de dicho control [de los nombramientos discrecionales] de acuerdo con el artículo 106.1 CE» (FJ.4.3.2.d, STC 7/2026), pero añade que «resulta siempre exigible que los órganos judiciales ejerzan dicho control con sujeción estricta a los parámetros constitucional y legalmente previstos». No dice, sin embargo, cuáles sean éstos, pero sí pone énfasis en afirmar que ha de hacerlo «sin sustituir a la autoridad pública competente en el juicio de discrecionalidad que la ley reserva exclusivamente a ésta». «Sólo a él [dice refiriéndose al órgano administrativo competente para proveer la plaza], corresponde la facultad de completar, de acuerdo con el interés general y exteriorizando la debida motivación, el supuesto de hecho normativo que el legislador ha dejado incompleto».

El contraste entre el énfasis que la sentencia pone a la hora de resaltar la exclusividad del juicio discrecional que corresponde al órgano administrativo y sólo a él y el absoluto silencio que guarda a la hora de precisar en qué consiste la «debida motivación» de ese juicio y «los parámetros constitucional y legalmente previstos» a los que deben someterse «con sujeción estricta» los tribunales a la hora de llevar a cabo su control no puede ser más llamativo.

Al leer la sentencia constitucional de 15 de enero de 2026 uno sabe perfectamente cómo puede la Administración utilizar su poder discrecional, pero no sabe en absoluto qué es lo que pueden hacer los tribunales para controlar su eventual abuso, lo mismo, exactamente lo mismo, que nos ocurría con las viejas sentencias sobre la discrecionalidad administrativa que eran habituales antes de la Constitución vigente.

La promulgación de la Constitución de 1978 puso en primer plano la prohibición general de la arbitrariedad de los poderes públicos que contiene su art. 9.3, *in fine*, precepto que, como es sabido, se incluyó en el texto de la norma fundamental en virtud de una enmienda formulada por el catedrático de

Derecho Administrativo Lorenzo Martín-Retortillo, entonces senador en las Cortes Constituyentes, a partir de su experiencia profesional en este asunto capital del control jurisdiccional del ejercicio de los poderes discrecionales.

La jurisprudencia penal y la contencioso-administrativa entendieron muy pronto y muy bien que esa prohibición exigía distinguir entre el ejercicio legítimo del poder discrecional, sin el cual sería imposible el gobierno de una comunidad política mínimamente compleja, y el ejercicio abusivo de éste, el ejercicio caprichoso de ese poder por quienes en un momento dado lo detentan, el simple «porque sí», «porque yo lo digo», que no tiene otro soporte que la voluntad desnuda de quien lo ejerce, que carece, en una palabra, del soporte adicional de la razón, que el art. 9.3 de la Constitución hace absolutamente imprescindible. Como ya he destacado más atrás, la prohibición constitucional del comportamiento arbitrario significa eso justamente, que en nuestro sistema jurídico-político no tiene cabida poder alguno que no sea expresión de una voluntad racional, es decir, racionalmente fundada.

Discrecionalidad y arbitrariedad son «conceptos antagónicos», como subrayó, hace ya cuarenta años, la Sentencia de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1985, en su FJ 5 (RJ/1985/5371), que, en palabras de la sentencia de la misma Sala del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1984 (RJ/1984/4637),

[...] nunca es permitido confundir, pues aquello [lo discrecional] se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso; y no meramente de una calidad que lo haga inatacable, mientras que lo segundo [lo arbitrario] o no tiene motivación respetable, sino —pura y simplemente— la conocida *sit pro rationae voluntas* o la que ofrece lo es tal que, escudriñando su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación, su carácter realmente indefinible y su inautenticidad (FJ 13).

La cuestión crucial es, pues, la motivación, que es donde han de expresarse las razones con las que quien actúa pretende justificar su decisión, es decir, la opción tomada a favor de esta o aquella solución, si se trata de decisiones discrecionales. Y esas razones no pueden darse por buenas *a priori* solo porque procedan de una autoridad, como es lógico; deben ser contrastadas con la realidad de los hechos, deben tener capacidad justificativa, deben ser expresión de una voluntad racionalmente fundada. No puede calificarse de racional una decisión si no ha tenido en cuenta todos los factores, todos los elementos que la ley obliga a considerar ni tampoco si ha introducido algún factor que la ley considere ajeno al asunto del que se trate.

No vale cualquier cosa, en definitiva. No vale decir, como dice la sentencia constitucional de 15 de enero de 2026, que «basta simplemente con constatar que el modo de ejercer las facultades discrecionales conferidas por el legislador no resulta manifiestamente arbitrario» porque «se ha tomado como referencia fundamental la regulación de las funciones que el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y su normativa de desarrollo asocian a la plaza que ha de ser cubierta» (FJ 4.3.3.C.a de la STC 6/2026), y ello por la potísima razón de que esa referencia legal puede haber sido mal tomada.

Este es exactamente nuestro caso ahora. La fiscal general del Estado hizo en su propuesta de nombramiento del Sr. Esteban Rincón un gran despliegue de todo tipo de argumentos en pro del nombramiento de este (su experiencia en tareas organizativas e institucionales y en gestión, coordinación y supervisión de plantillas, así como en materia *iusfundamental*, etc.), que la sentencia constitucional reseña puntualmente, pero ese aparatoso despliegue comienza con la curiosa afirmación de que la especialización en menores «va perdiendo relevancia en función de que la plaza objeto de cobertura exija la actuación forense ante órganos jurisdiccionales [...] hasta el punto de desaparecer completamente la referencia a la especialización en el régimen de provisión del cargo del fiscal de sala coordinador».

¿Es esto cierto? Porque, de serlo, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2023 recurrida en amparo por el Sr. Esteban Rincón habría incurrido en un error que justificaría, en principio, su revocación al afirmar que «cuando lo que se trata de decidir es quién resulta más idóneo para cubrir una plaza que tiene un perfil bien identificado, no cabe infravalorar, cuando no obviar, los méritos relativos a dicho perfil» (FJ 7 de la STS 1024/2023).

Pues bien, no lo es en absoluto, y para comprobarlo basta repasar el art. 20 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que es el que se refiere a los fiscales de sala que existen en la Fiscalía General del Estado, a saber: el fiscal contra la violencia sobre la mujer, el fiscal contra los delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del patrimonio histórico, del medio ambiente e incendios forestales, el fiscal contra los delitos de odio y discriminación, el fiscal en materia de derechos humanos y memoria democrática y «los Fiscales de Sala Especialistas responsables de la coordinación y supervisión de la actividad del Ministerio Fiscal en materia de protección y reforma de menores».

¿Por qué pondrá el Estatuto Orgánico la palabra *Especialistas* en materia de menores y con mayúsculas además si, como afirma la propuesta de la fiscal general del Estado, y recuerda la sentencia constitucional de 15 de enero de 2026, la especialización «va perdiendo relevancia [...] hasta el punto de desaparecer completamente la referencia a la especialización en el régimen de provisión del cargo de fiscal de sala coordinador»? ¿Acaso está mal el Estatuto? ¿O

lo está la propuesta de la fiscal general del Estado y la sentencia constitucional que la hace suya?

El art. 20.3 del Estatuto no está mal ni mucho menos. Habla de «Especialistas» al referirse a los fiscales de sala de menores porque les atribuye «facultades y funciones análogas a las previstas en los apartados anteriores de este artículo en el ámbito de su respectiva especialidad», esto es, intervenir directamente en los procesos de especial transcendencia, supervisar y coordinar la actuación del Ministerio Fiscal, coordinar los criterios de actuación de las diversas fiscalías, etc. Existe, pues, una especialidad en materia de menores, con unas funciones análogas a las de los demás fiscales de sala de las restantes especialidades, funciones cuyo desempeño requiere, según la lógica más elemental, que el fiscal de sala de menores sea tan especialista en esta materia como los fiscales a los que tiene que supervisar, coordinar y proporcionar criterios de actuación.

Lo que está mal es prescindir contra toda razón y contra el texto mismo del art. 20 del Estatuto Orgánico de un perfil de especialista en materia de menores que está perfectamente definido en dicho precepto legal. Lo que está mal es decir que la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2023 ha exigido «sin soporte legal» tener en cuenta una especialización que reclama expresa e inequívocamente el art. 20.3 del Estatuto. Lo que está mal, a la vista del contenido de este precepto legal, es afirmar, como hace la sentencia constitucional, que todo se reduce al «mero dato del *nomen* de la plaza convocada» (FJ 4.3.3.c.b de la STC 7/2026).

La propuesta de la fiscal general del Estado, el decreto del Gobierno que la acogió y la sentencia constitucional que la ha dado por buena no pueden ser considerados decisiones racionales porque han prescindido de un factor que la ley obligaba expresamente a tener en cuenta. Son, pues, decisiones arbitrarias.

3. UNA SENTENCIA INQUIETANTE, EXTRAORDINARIAMENTE INQUIETANTE

La sentencia constitucional de 15 de enero de 2026 no es solo una sentencia maniquea. Es una sentencia que desbarata pura y simplemente el derecho público español de la cruz a la raya.

Por lo pronto, convierte al Tribunal Constitucional en lo que este nunca quiso ser, al convertir el recurso de amparo en una tercera instancia o en una especie de recurso de casación universal. Cientos de veces lo advirtió en todos los tonos para desalentar a los recurrentes abusivos que amenazaban con desnaturalizarlo.

Ahora, sin embargo, invita a todo aquel que se sienta desplazado o perjudicado en sus expectativas de carrera por un nombramiento discrecional que

haya favorecido sin justificación suficiente a otra persona a intentar la revisión de ese nombramiento, so pretexto de que vulnera su derecho fundamental al acceso a los cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad.

La sentencia constitucional de 16 de enero de 2026 ha minado el control judicial de los actos discrecionales de la Administración, que es el núcleo duro, el contenido esencial y distintivo del derecho administrativo. Quiero recordar aquí una vez más una célebre frase de Marcel Waline, uno de los grandes administrativistas franceses de la segunda mitad del siglo pasado: «Si tuviera que dar en algunas palabras una definición del Derecho Administrativo, yo diría, dejando de lado la parte puramente descriptiva de las instituciones [...] que es esencialmente el estudio del poder discrecional de las autoridades administrativas y de su limitación en vista de la salvaguarda de los terceros» (1956: 25-33). ¿De qué trata si no es de esto el Derecho Administrativo?, ha dicho Bernard Schwartz desde el otro lado del Atlántico, a pesar de la diferencia de las culturas jurídicas europeo-continental y anglosajona (1976: 606).

Del control del poder discrecional la sentencia constitucional de 15 de enero de 2026 no deja nada porque si los tribunales no pueden contrastar siquiera la consistencia real de la motivación esgrimida por las autoridades administrativas, ¿qué otra cosa pueden hacer? Comprobar si ha actuado el órgano competente y si se han respetado los trámites integrantes del procedimiento, es decir, las dos primeras *ouvertures* del *excès de pouvoir* con las que el Conseil d'Etat francés abrió brecha en el bloque inicialmente exento del poder discrecional en la primera mitad del siglo XIX.

Ahí estábamos nosotros también con la doctrina de los vicios de orden público en las vísperas de la ley Santamaría de Paredes, que cerró el paso expresamente al acceso a los tribunales de los actos dictados en ejercicio de una potestad discrecional. De ese reino de las inmunidades del poder nos rescató la Ley franquista de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, cuyo espléndido preámbulo, que es, sin duda, uno de los más grandes documentos de nuestra historia jurídica, es de temer que no hayan leído los magistrados de la mayoría del Tribunal Conde-Pumpido cuya trayectoria profesional anterior, sin duda muy respetable, ha transcurrido por otros cauces. A ese reino de las inmunidades del poder nos ha devuelto ahora, cuando menos lo esperábamos, la sentencia constitucional de 15 de enero de 2026.

El mensaje que ésta emite a todos los jueces y tribunales que ejercen con esfuerzo la jurisdicción contencioso-administrativa no puede ser más descorazonador: cuando una autoridad se empeña en nombrar a quien mejor le parece no hay barrera jurídica que pueda oponérsele. La fiscal general del Estado, D.^a M.^a Dolores Delgado, nombró a trece fiscales para otras tantas plazas de la

categoría superior de la carrera, once de ellos de su propia asociación profesional, muy minoritaria por lo demás. Cuando tuvo ocasión de hacer el nombramiento número catorce repitió la suerte y, como el Tribunal Supremo anuló el nombramiento por falta de motivación, volvió a repetirlo, esta vez con una motivación de veintidós folios, más extensa pero igualmente inadecuada al caso. El Tribunal Supremo revocó también este segundo nombramiento por orillar la consideración de la especialización en menores requerida por la plaza convocada. La Sentencia constitucional 7/2026, de 15 de enero, ha revocado en amparo esta segunda sentencia del Tribunal Supremo.

Esto es, sin duda, lo que percibirá la comunidad jurídica. Si el poder se empeña, si quien lo detenta lo ejerce a fondo, no hay modo de frenar su acometida, ni siquiera en una democracia o, por lo menos, en una democracia como la nuestra, que apenas en una legislatura se ha convertido en una democracia menguante (Aragón Reyes *et al.*, 2022).

Y de la vulneración del derecho fundamental del art. 23.2 de la Constitución que la sentencia constitucional imputa a la del Tribunal Supremo por haberse atrevido a decir que el nombramiento acordado por el decreto del Gobierno carecía de motivación sustancial, ¿qué puede decirse?

El voto particular dice con razón:

[...] 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, 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 (apdo. 4.ª, *in fine*, del VP a la STC 7/2026).

Una apreciación muy justa sin duda.

Más de uno se preguntará, sin duda, qué hay del derecho fundamental al acceso en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas del fiscal especializado en menores que finalmente resultó preterido por un decreto carente de motivación sustancial, es decir, de justificación efectiva. También lo tiene, pensarán con toda probabilidad, porque esa falta de justificación suficiente ha introducido en su perjuicio una desigualdad en el acceso al cargo. Será difícil rebatirle si concluye, pensando en Orwell, que algunos son más iguales que otros.

Bibliografía

- Aragón Reyes, Manuel, Gimbernat Ordeig, Enrique y Ruiz Robledo, Agustín (2024). *La amnistía en España. Constitución y Estado de derecho*. A Coruña: Colex.
- Aragón Reyes, Manuel, Carreras Serra, Francesc de, Díez Nicolás, Juan, Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, García Delgado, José Luis, Lamo de Espinosa, Emilio, Mangas Martín, Araceli, Sosa Wagner, Francisco y Tortella Casares, Gabriel (2022). *España: democracia menguante*. Madrid: Fundación Colegio Libre de Eméritos.
- Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón (2008). *De la arbitrariedad de la Administración* (5.^a ed.). Madrid: Civitas.
- Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón (2025). El asalto al Poder Judicial por la mayoría gobernante. *El Cronista*, 117, 32-35.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón (2024). *Curso de Derecho Administrativo* (vol. 1) (21.^a ed.). Madrid: Civitas.
- Madrigal, Consuelo (2026). Dueño o guardián. *El Mundo*, 27-1-2026. Disponible en: <https://www.elmundo.es/opinion/2026/01/27/6977aadee85ece6e0a8b4578.html>.
- Schwartz, Bernard (1976). *Administrative Law*. Boston-Toronto: Little, Brown and Company.
- Waline, Marcel (1956). Étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration. *Conseil d'État. Études et documents*, 10, 25-33.