

POLÍTICAS MIGRATORIAS Y COHERENCIA CONSTITUCIONAL. UNA VISIÓN DESDE LOS VALORES Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

JUAN IGNACIO UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA¹

Catedrático de Derecho Constitucional y de la UE

Universidad del País Vasco

TRC, nº 56, 2025, pp. 289-325
ISSN 1139-5583

SUMARIO

I. Introducción. II. Una muy breve referencia al concepto de «coherencia constitucional». III. Algunas actuaciones en materia migratoria ante el espejo de la coherencia constitucional. IV. El juez nacional como Juez europeo garante de la coherencia constitucional a través de la obligación de «interpretación conforme (escalonada)» al Derecho de la Unión Europea. V. Interpretación conforme «escalonada» y coherencia constitucional en algunos casos recientes en materia migratoria. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El ámbito de las políticas de migración y asilo es un ámbito complejo, sometido a muchas y diversas fuerzas y tensiones: las oleadas migratorias, la instrumentalización de la migración, la presión de grupos y partidos políticos de la más diversa índole, las amenazas de seguridad, el populismo, las desigualdades económicas y sociales, etc. El hecho es que, dentro de esa esfera de actuación migratoria, tanto la Unión Europea como, sobre todo, los Estados miembros adoptan normas y decisiones que resultan, en ocasiones, dudosas o cuestionables, desde la perspectiva de los propios valores y principios que se proclaman en el orden

¹ Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Grupo de Investigación del Gobierno Vasco GIC IT1455-22: «Derechos Fundamentales y Unión Europea» (*Europagune*).

constitucional nacional y europeo. Esto es, generan dudas acerca de su «coherencia constitucional» con estos valores y principios.

El objetivo de estas páginas consiste, por un lado, en señalar, muy esquemáticamente, la existencia de ciertas actuaciones normativas en materia migratoria de la Unión que generan esas dudas o reparos de congruencia o adecuación constitucional con los valores del artículo 2 TUE y con los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DFUE). Y, por otro lado, en apuntar, igualmente, cuál podría o debería ser, siguiendo a la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), la actuación del juez nacional para tratar de garantizar esa coherencia. Conviene tener presente que esta coherencia debe manifestarse no sólo a la hora de crear disposiciones normativas, europeas o nacionales, sino, también, a la hora de su interpretación y aplicación, sobre todo en la interpretación y aplicación jurisdiccional. En última instancia, este análisis contribuirá a resaltar que, en el ámbito nacional de actuación del Derecho de la Unión, también en el relativo a las políticas de migración y asilo, rigen y deben prevalecer unos derechos «nuevos», los de la Carta de los DFUE, la cual adquirió fuerza jurídicamente vinculante con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2009). Y que el juez encargado de su tutela en el ámbito interno es el Juez nacional que aplica Derecho de la Unión, un juez obligado a interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho de la Unión, y en particular, con sus valores y derechos fundamentales.

II. UNA MUY BREVE REFERENCIA AL CONCEPTO DE «COHERENCIA CONSTITUCIONAL»

Expresado de forma muy resumida, en lo que sigue asumiré la idea de coherencia constitucional de una norma o decisión normativa como la adecuación o compatibilidad de esta con los principios y derechos fundamentales y los valores establecidos en la norma jurídica superior del ordenamiento jurídico, sin que pueda prevalecer la contradicción o incompatibilidad con los mismos o se provoque ninguna merma injustificada de su eficacia.

En este sentido, se presume que la coherencia de una actuación, de una norma o una decisión, no descansa únicamente en la conformidad de esta con los requisitos procedimentales y de competencia necesarios para su producción (validez formal); debe existir, también, una consistencia o congruencia de la misma con aquellos principios y derechos. Una congruencia que se tiene que dar, como ya se ha adelantado, tanto en el momento de la creación de la disposición normativa, como en el de su interpretación y aplicación. Y cuando surjan conflictos entre diversos principios y derechos fundamentales, la coherencia exigirá que estos se resuelvan mediante la ponderación racional, justificada, dirigida a buscar soluciones óptimas y armonizadas con el sistema de principios y derechos fundamentales (Zezza: 2018).

Refiriéndonos al Derecho de la UE, esa coherencia (congruencia o adecuación) está referida, principalmente, al respeto de los valores del art. 2 del TUE y

de los derechos fundamentales señalados en el art. 6 TUE, en especial los de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y a su primacía y eficacia jurídica. Siendo exigible esa congruencia o consistencia tanto respecto de la actividad de las instituciones de la UE como de la llevada a cabo por los Estados miembros cuando aplican Derecho de la UE o entran en conexión con el mismo. En buena lógica, dicha coherencia constitucional exige que la actuación de la UE y de los Estados miembros no se circunscriba al respeto de esos valores y derechos fundamentales dentro del espacio territorial de la Unión, sino que debe extenderse asimismo a sus relaciones exteriores, sin que se pueda justificar su vulneración o sacrificio, su consistencia externa, con el objeto de conseguir otros fines, por ejemplo, en materia de políticas y flujos migratorios.

III. ALGUNAS ACTUACIONES EN MATERIA MIGRATORIA ANTE EL ESPEJO DE LA COHERENCIA CONSTITUCIONAL

El objetivo de este punto no es hacer un prontuario o un esquema detenido de las actuaciones en materia migratoria que puedan resultar sospechosas de incoherencia constitucional, sino, simplemente, señalar algunos supuestos de actuación en materia migratoria que, debido a su naturaleza, pueden generar casos problemáticos o dudosos en cuanto a su adecuación constitucional con los valores y DDFF de la Unión².

Me limitaré ahora a indicar tres supuestos generales. Y después, una vez señalado qué le pide el TJUE al órgano jurisdiccional a la hora de interpretar y aplicar el Derecho de la UE, también en materia migratoria, trataré de mostrar algún caso problemático concreto relativo a esos supuestos.

1. Quiebra de coherencia bajo presión crítica

Un supuesto de posible inconsistencia o incongruencia es el que puede surgir al tener que dar respuesta el Estado a situaciones críticas en materia migratoria. Un ámbito propicio, en este sentido, sería, por ejemplo, el de las excepciones regulatorias en materia de rechazos y devoluciones en situaciones de crisis y fuerza mayor.

El vigente Derecho de la UE y de los Estados miembros (EEMM) permite, como es sabido, las devoluciones y los rechazos en frontera de personas migrantes,

2 Problemas serios que surgen, en gran parte, en el contexto del nuevo enfoque securitario de la UE, adoptado tras la crisis de los refugiados que se dio hace una década, un enfoque en el que prima la insolidaria voluntad de blindar las fronteras y crear muros que dificultan o evitan la entrada de las personas migrantes, de establecer instrumentos de contención y rechazo, lejos de expresar una auténtica, racional y humanitaria política migratoria común (al respecto: Porras, 2025:121, 136; Pinyol Jiménez, 2025).

siempre que se respeten los límites y garantías establecidos en la normativa de la Unión, como la Directiva de retorno y la Directiva de procedimientos, o la regulación «equivalente» del nuevo Pacto de Migración y Asilo (por ejemplo, el Reglamento de retorno, el de procedimiento común de protección internacional o el Reglamento sobre el control previo a la entrada o *screening*). Es conocido, asimismo, que el Derecho de la Unión prevé que los Estados puedan realizar excepciones (o flexibilizaciones) a esa regulación «ordinaria» sobre las devoluciones y rechazos para cuando se den situaciones excepcionales, como las de fuerza mayor (crisis sanitarias, conflictos armados, etc.) o en casos de crisis severa, como las generadas por llegadas migratorias masivas.

El problema es que algunas de las excepciones adoptadas en esas situaciones críticas resultan, en ocasiones, de incierta, o cuestionable coherencia constitucional, sin perjuicio de que en los textos de la Unión se apele al respeto de los derechos de los nacionales de terceros países. La exigencia de dar una pronta y urgente respuesta ante situaciones graves puede empujar a debilitar la necesaria adecuación de esta respuesta con las garantías y los derechos fundamentales.

Es lo que puede suceder, por ejemplo, en los llamados casos de «instrumentalización de migrantes». Se trata de un fenómeno que hace referencia a la manipulación de flujos de personas migrantes que se lleva a cabo por parte de actores o agentes estatales hostiles, confluyendo muchas veces con la actividad de organizaciones delictivas y los traficantes de migrantes, con objeto de presionar y desestabilizar a un determinado Estado miembro, o a varios, y a la UE. Instrumentalización o manipulación que suele ir acompañada, además, en esa finalidad, con el uso de otros medios como los ciberataques, la manipulación informativa, etc., dando lugar a los llamados «ataques híbridos». Un ejemplo de ello sería la instrumentalización de migrantes realizada por Bielorrusia en sus fronteras con Letonia, Lituania y Polonia en 2021, o la llevada a cabo por Rusia en su frontera con Finlandia a finales de 2023.

Como recuerda la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo*, de 10 de enero de 2025, *sobre la lucha contra las amenazas híbridas derivadas de la instrumentalización de la migración y sobre el refuerzo de la seguridad en las fronteras exteriores de la UE*³, la UE y los EE.MM. vienen adoptando una serie de medidas para poner freno a la instrumentalización de migrantes que realizó Bielorrusia en sus fronteras con Letonia, Lituania y Polonia en 2021, o a la que hizo Rusia, especialmente en su frontera con Finlandia, a finales de 2023. Esa instrumentalización de migrantes y los ataques híbridos suponen una situación excepcional y gravísima que ataca la seguridad y la estabilidad de los Estados miembros y de la UE, por lo que los Estados tienen el derecho y el deber de hacerle frente. Hay que recordar, asimismo, como también recalca la susodicha *Comunicación de la*

3 Bruselas, 10.1.2025 (corrigiendo una versión previa de 11.12.2024) COM(2024) 570 final/2: Puede verse en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52024DC0570R\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52024DC0570R(01))

Comisión, que, tal y como se deriva del art. 72 TFUE⁴, los Estados miembros pueden, por razones de orden público y de salvaguardia de la seguridad interior, adoptar medidas que constituyan una excepción al Derecho derivado de la UE⁵.

Lo que sucede es que las medidas que se adoptan y/o las actuaciones que se realizan para defenderse de la mencionada instrumentalización de migrantes pueden, en ocasiones, terminar implicando importantes intromisiones o restricciones en los derechos fundamentales; y, como es sabido, no todas son compatibles o adecuadas desde la perspectiva de los derechos fundamentales reconocidos por la Unión (*cfr.* Ganty, Ancite-Jepifánova y Kochenov, 2024). Las intromisiones o limitaciones, incluso las realizadas con ocasión de dar respuesta a las situaciones críticas o para mejor hacerlo, solo podrán adoptarse, en su caso, respetando los requisitos del art. 52.1 de la propia Carta de DFUE, así como también, obviamente, los derechos del CEDH. Es decir, ese ejercicio de los derechos fundamentales en situaciones de crisis solo podrá limitarse o restringirse «si así lo dispone la ley y solo en la medida en que se garantice el contenido esencial de los derechos, se respeten los principios de proporcionalidad y necesidad y las restricciones respondan a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

En este sentido, puede resultar particularmente sensible y afectado el respeto de derechos y garantías como: el principio de *non refoulement* o no devolución de una persona a un país donde corra riesgo de persecución, pena de muerte, tortura o trato inhumano: art. 33 de la Convención de Ginebra y 19.2 Carta de Derechos Fundamentales de la UE (por todos: Bertomeu Navarro, 2021 y 2022); el derecho de asilo, sin que se pueda devolver a la persona solicitante de protección sin evaluar la solicitud que haya realizado al respecto (art. 18 de la Carta de DFUE); el respeto de la prohibición de «rechazo colectivo» (o de expulsiones masivas) sin realizar un examen individual de cada persona (art. 4 del Protocolo n.º 4 del CEDH; y jurisprudencia del TEDH y del TJUE); o la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes (art. 4 CDFUE y art. 3 del CEDH).

Volveremos sobre la cuestión más adelante, señalando algunos casos de posible vulneración de estos derechos en el contexto de la instrumentalización migratoria que se produjo en las fronteras de Bielorrusia con la UE, asuntos que están pendientes de pronta resolución ante el TEDH.

En todo caso, puede ser interesante señalar en este contexto que en junio del año pasado, en el marco del nuevo Pacto de Migración y Asilo, entró en vigor

4 «El presente título [relativo al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia] se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en cuanto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior»

5 Cabe añadir, que, según se desprende del art. 4.2 TUE, es competencia de los Estados miembros garantizar la seguridad nacional —incluida la integridad de las funciones esenciales del Estado y los intereses fundamentales de la sociedad— la salvaguardia de la integridad territorial y el mantenimiento del orden público.

(aunque la fecha de aplicación efectiva será a partir del 1 de junio de 2026) el nuevo *Reglamento (UE) 2024/1359 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se abordan las situaciones de crisis y de fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2021/1147*, en el cual se recogen diversos protocolos de crisis y medidas contra la instrumentalización de migrantes⁶. El artículo 1.4.b) del reglamento se referirá previamente a la situación de crisis generada por la «instrumentalización de migrantes» como aquella en la que «un tercer país o un agente no estatal hostil fomente o facilite el desplazamiento de nacionales de terceros países o apátridas a las fronteras exteriores o a un Estado miembro, con el objetivo de desestabilizar a la Unión o a un Estado miembro, y en la que tales acciones pueden poner en peligro funciones esenciales de un Estado miembro, como el mantenimiento del orden público o la salvaguardia de su seguridad nacional»⁷.

A ello hay que agregar que el *Reglamento (UE) 2024/1717 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 que modifica el Reglamento (UE) 2016/399 por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras* (Código de Fronteras Schengen) ha añadido un apartado 4 al art. 5 de este último, estableciendo que en una situación de instrumentalización de los migrantes en el sentido del artículo 1, apartado 4, letra b), frase primera, del Reglamento (UE) 2024/1359 «los Estados miembros podrán, en particular, cerrar temporalmente pasos fronterizos específicos notificados con arreglo al apartado 1, párrafo segundo, del presente artículo cuando las circunstancias así lo exijan». Todo ello, eso sí, teniendo «plenamente» en cuenta, continúa el citado artículo 4 en su apartado c): los derechos de «los nacionales de terceros países que busquen protección internacional» (al respecto: Donaire Villa, 2024: 245).

2. Quiebra de coherencia por penalización, supuestamente justificada, de la solidaridad o de la compasión

Otro supuesto de posible incoherencia constitucional es el que puede suceder con los llamados «crímenes de solidaridad» o de «humanidad» o de «castigo de la

6 Sobre el mencionado Reglamento y, en general, sobre las novedades del nuevo Pacto de Migración y Asilo: Porras (2024: 62 y 2025:130 y 134) y Martínez Alarcón (2025).

7 El considerando 4 del mismo recordará que, sin perjuicio de la adopción de las medidas preventivas necesarias, no puede excluirse la posibilidad de que se puedan producir situaciones de crisis o de fuerza mayor, en el ámbito de la migración y el asilo, debido a circunstancias que escapen al control de la Unión y sus Estados miembros, incluyendo dentro de las mismas, junto a la llegada masiva de nacionales de terceros países y apátridas, la mencionada instrumentalización de los migrantes por un tercer país o un agente no estatal hostil con el fin de desestabilizar a un Estado miembro o a la Unión. Dicho considerando añadirá, además, que, en dichas circunstancias es posible que las medidas y la flexibilidad establecidas en el Reglamento (UE) 2024/1351, sobre la gestión del asilo y la migración, y en el Reglamento (UE) 2024/1348 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre un procedimiento común en materia de protección internacional (textos ambos relativos también al nuevo Pacto de Migración y Asilo) «no basten para hacer frente a dichas situaciones excepcionales».

compasión». En los últimos años es posible observar cómo diversas personas y organizaciones de la sociedad civil han sido objeto de medidas restrictivas y sancionadoras por realizar acciones de asistencia humanitaria o solidaria en favor de personas migrantes, medidas que penalizan conductas inocentes e inofensivas, incluso cuando la asistencia se debe exclusivamente a razones familiares o humanitarias o consiste en acciones que salvan vidas, como las operaciones de búsqueda y rescate en el mar (*Amnesty International*, 2020; Gatta, Mitsilegas y Zirulia, 2021:1; Fasía: 2021)⁸.

El contexto general en el que se engloba este fenómeno es conocido. Se trata de la denominada «crimigración» o sobrecriminalización de la migración; un fenómeno que denota el progresivo mayor entrelazamiento entre la inmigración y las leyes penales, un incremento de la convergencia entre el Derecho de inmigración y el Derecho penal (Stumpf, 2006). Se adoptan enfoques cada vez más securitizados, duros y punitivos en el tratamiento de la inmigración por parte de las políticas y prácticas desarrolladas por el poder público, a través del tratamiento penal de lo que anteriormente se manejaban como asuntos no penales, del endurecimiento de las sanciones, o de la mencionada criminalización de la ayuda humanitaria (Brandariz, 2024: 147ss.; Colomo, 2025: cap. II). Un fenómeno identificable o ligado con el «populismo punitivo» (Quintero Olivares, 2024).

Esta criminalización de la solidaridad tiene su punto de partida, en ocasiones, en el propio Derecho derivado de la Unión Europea, y alcanza su desarrollo, mayor o menor, en la normativa que adoptan los Estados miembros al implementar el Derecho de la Unión, dentro del margen de actuación que este «permite». Así sucede con los textos jurídicos que conforman el llamado «paquete de medidas sobre la ayuda —o facilitación— a la migración ilegal» (*Facilitators Package*), formado por: la *Directiva* 2002/90/CE destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares⁹, y la Decisión marco del Consejo 2002/946/JAI destinada a reforzar el marco penal para la represión de esa ayuda¹⁰.

Ciertamente, esta normativa europea se adopta con la idea u objetivo de combatir la ayuda a la inmigración clandestina, tanto la que se refiere al cruce irregular de la frontera en sentido estricto como la que se presta para alimentar las redes de explotación de seres humanos¹¹. No obstante, el hecho es que la regulación se rea-

8 Para una relación de diversos casos de criminalización de la solidaridad con los migrantes (así como de la criminalización de personas que cruzan las fronteras en la UE) véanse, por ejemplo, los Informes de PICUM (*Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants* relativos a los dos últimos años; 2024: 7 y ss.; 2025: 7 y ss.).

9 *Directiva* 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (Diario Oficial L 328 de 05/12/2002).

10 *Decisión Marco* 2002/90/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (Diario Oficial L 328 de 05/12/2002).

11 Así se señala en el segundo considerando de la propia *Directiva* 2002/90/CE. El tercer considerando recuerda, por su parte, que, a tal fin, se hace fundamental la aproximación de las disposiciones jurídicas existentes, en particular, por una parte, una definición precisa de la infracción correspondiente y los supuestos eximentes, lo que constituye el objeto de la mencionada Directiva, y por otra, normas mínimas para las

liza configurando una serie de definiciones y nociones tan amplias o ambiguas sobre los tipos penales de ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, que se posibilita o permite, en principio, que los Estados adopten y apliquen una normativa que termina criminalizando o sancionando la ayuda o asistencia solidaria¹², generando efectos negativos sobre los derechos humanos de las personas que ayudan a los migrantes y/o sobre las organizaciones de la sociedad civil que se dedican a lo propio (Zirulia, 2023; 2024; Moreno-Lax, 2024; Costello y Zirulia, 2024).

La cuestión es que esta normativa que criminaliza la ayuda (o permite que tal cosa se haga) genera claras dudas sobre su coherencia constitucional respecto a los valores comunes de los Estados miembros reconocidos en el art. 2 del TUE y los derechos fundamentales que la Unión Europea reconoce y que sus instituciones y los Estados miembros están obligados a respetar, tal y como se recoge en el art. 6 del TUE y en el art. 67 del TFUE.

Es posible añadir, por lo demás, que las iniciativas europeas de cambio que se están previendo al respecto no parecen mejorar este problema de propiciar la criminalización de la ayuda humanitaria, tal y como puede observarse en la Posición adoptada por el Consejo, el 13 de diciembre de 2024, sobre la *Propuesta de Directiva por la que se establecen normas mínimas para prevenir y combatir la facilitación de la entrada, la circulación y la estancia no autorizadas en la Unión Europea*¹³. Un texto jurídico cuyo objetivo, al igual que en la normativa previa, sigue siendo aproximar las legislaciones penales de los Estados miembros en materia de definición y sanción del tráfico ilícito de migrantes, pero que puede también acabar permitiendo la mencionada «criminalización» de la ayuda solidaria. Y ello, a pesar de lo reflejado sobre la «cláusula humanitaria» en los considerandos del texto (una cláusula destinada a que cierta ayuda a los inmigrantes irregulares, en particular la asistencia a familiares cercanos o el apoyo para cubrir necesidades humanas básicas, no pueda tipificarse como delito de tráfico ilícito de migrantes), pues, se sigue dejando en manos de los Estados decidir al respecto.

Volveremos sobre este supuesto más adelante para comentar brevemente un caso concreto significativo acerca de este tema: el que aparece reflejado en el

sanciones, la responsabilidad de las personas jurídicas y la competencia, lo que conforma el objeto de la señalada Decisión marco 2002/946/JAI.

12 El artículo 1 de la Directiva establece, en este sentido que: «1. Los Estados miembros adoptarán sanciones adecuadas:

a) contra cualquier persona que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros;

b) contra cualquier persona que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a permanecer en el territorio de un Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre estancia de extranjeros.

2. Los Estados miembros podrán decidir, en aplicación de su legislación y de sus prácticas nacionales, no imponer sanciones a la conducta definida en la letra a) del apartado 1 en los casos en que el objetivo de esta conducta sea prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate.»

13 <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15916-2024-REV-1/en/pdf>

asunto *Kinsa* sobre el que acaba de emitir una Sentencia prejudicial el TJUE el 3 de junio de 2025 (C-460/23).

3. Quiebra de coherencia por dejación de la propia responsabilidad

Otro supuesto problemático general de inconsistencia o de fractura de la actuación en materia migratoria en relación con los valores y derechos fundamentales reconocidos en el orden constitucional es el que puede derivar de la «externalización» de la propia responsabilidad en materia de inmigración y asilo.

En la última década, tanto la Unión Europea como sus Estados miembros han intensificado la externalización del control y la gestión de los flujos migratorios, convirtiendo esta estrategia en un eje de sus políticas migratorias. A través de la firma de acuerdos y colaboraciones con países considerados «seguros» —como Túnez, Líbano, Egipto, Marruecos o Albania, entre otros—, la UE y los EE.MM. delegan funciones de control fronterizo y contención migratoria en esos terceros países, dotándolos de instrumentos y medios, financiación y capacidades operativas. La cuestión es que esta dejación o externalización, que aparece consolidada en el nuevo Pacto de Migración y Asilo, y se realiza, muchas veces, sobre países que no siempre garantizan el respeto y la integridad de las personas migrantes, resulta sospechosa de incoherencia o incongruencia con respecto a los derechos fundamentales y los valores reconocidos en la UE (*cfr.* Mitsilegas, 2020; 2022).

A veces se trata de la externalización de fronteras o del control fronterizo, propiciada mediante acuerdos con terceros países como el Acuerdo UE-Turquía (2016), luego seguido por otros firmados recientemente entre la UE y Mauritania, Túnez y Egipto, con el objetivo de impedir que las personas migrantes lleguen a la Unión Europea y así no tener que responsabilizarse de ellas (CEAR, 2024: 5; Porras Ramírez, 2025: 124 y ss.). Otras veces, como se está produciendo últimamente, se trata de la externalización del retorno forzoso de migrantes mediante la creación de «centros de deportación» fuera de la UE, con el objeto de que personas en situación irregular que hayan recibido una orden de expulsión definitiva, o personas cuya solicitud de protección internacional haya sido rechazada, sean trasladadas a un tercer país en virtud de algún acuerdo bilateral. Otro supuesto, también sospechoso de incoherencia, es el de la externalización del proceso de asilo, mediante el traslado de demandantes de asilo a centros situados en terceros países, para que sus solicitudes sean tramitadas y resueltas desde estos. Un caso conocido es el que se refleja en el Protocolo Italia-Albania, firmado el 6 de noviembre de 2023, que permite a Italia tramitar procedimientos fronterizos de asilo acelerados en territorio albanés, aunque bajo jurisdicción italiana¹⁴.

¹⁴ También puede citarse, como otro ejemplo, la legislación de externalización del asilo aprobada por Dinamarca (Ley danesa L. 226/2021, junio de 2021) según la cual se permite al Gobierno enviar a los demandantes del

Se trata, a la postre, de estrategias de externalización, de transferencia y dejación, de la responsabilidad en materia migratoria, la cual, como alertan las organizaciones especializadas en la defensa de los derechos de las personas migrantes y refugiadas, no deja de generar serias dudas y problemas cuando no se exponer, en ocasiones, a esas personas a graves violaciones en materia de derechos humanos como la detención arbitraria (art. 6 Carta de DFUE, junto a los arts. 47 y 48 de la misma), la vulneración del principio de no devolución o *non-refoulement* (art. 19.2 CDFUE), la falta de acceso a asilo (art. 18 CDFUE), el derecho a la vida o a la integridad física (arts. 2 y 3 de la Carta), etc. Volveremos sobre ello más adelante con un caso sobre externalización del proceso de asilo surgido en el marco del mencionado Protocolo entre Italia y Albania¹⁵.

IV. EL JUEZ NACIONAL COMO JUEZ EUROPEO GARANTE DE LA COHERENCIA CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DE LA OBLIGACIÓN DE «INTERPRETACIÓN CONFORME (ESCALONADA)» AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Una vez señalados algunos de los posibles supuestos generales en los que puede darse cierta incongruencia o inconsistencia constitucional en cuanto al cumplimiento con los derechos y valores de la Unión Europea, y antes de indicar algunos casos concretos al respecto, me detendré ahora brevemente en el rol que le corresponde desarrollar, a tenor de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, al órgano jurisdiccional nacional que aplica Derecho de la Unión para actuar como juez garante de esos derechos fundamentales y valores de la Unión.

mismo a centros de refugiados situados en terceros países, fuera de Europa, para que sus solicitudes sean tramitadas o revisadas desde allí. Y para que, si la respuesta es favorable y el demandante obtiene el estatus de refugiado, la protección se la ofrezca no Dinamarca, sino ese tercer país extracomunitario, el cual, por otra parte, también sería el encargado de deportarlo en caso de que su solicitud fuera rechazada. Sin embargo, aunque la regulación continúa vigente, de momento sigue sin materializarse en fase de ejecución, debido a que no se han cerrado acuerdos al respecto con terceros países. En todo caso, hay que resaltar, que según expresó de forma clara y rotunda al respecto Filippo Grandi, Alto Comisionado de la Agencia de la ONU para los Refugiados (ACNUR), esta se «opone rotundamente» a esas acciones que pretenden externalizar o trasladar las obligaciones de asilo y protección internacional a otros países, haciendo dejación de la propia responsabilidad en la protección de los refugiados. Se trata de una posición evasiva que contraviene la esencia de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, incluido el principio de *non-refoulement*, así como el Pacto Mundial sobre los Refugiados de 2018.

15 Es interesante apuntar que, si bien el nuevo Pacto europeo de Migración y Asilo no menciona explícitamente la externalización del retorno forzoso o del procedimiento de asilo, sí que asume como parte fundamental de su estrategia —junto a la regulación del procedimiento fronterizo de asilo— la necesidad de llevar a cabo asociaciones o cooperaciones estratégicas con terceros países en materia migratoria y asilo (*cfr.*: Reglamento sobre la gestión del asilo y migración, Reglamento que establece un procedimiento común de protección internacional, o en el Reglamento que establece un procedimiento de retorno), siempre, eso sí, bajo la condición del respeto de los derechos fundamentales. Asociaciones, cooperaciones o colaboraciones que pueden abarcar o propiciar o concretarse en algún tipo de externalización de funciones o responsabilidades relativas al control migratorio como las ya señaladas.

La tesis derivada de la mencionada jurisprudencia consiste en que esa labor de garantía se vehicula, en gran parte, a través de la obligación del citado órgano jurisdiccional nacional de interpretar el derecho nacional de conformidad con el Derecho de la Unión. Desarrollaremos esta idea precisándola en tres apartados que se estructuran de forma concéntrica: (1) obligación jurisdiccional de interpretar el derecho nacional conforme al Derecho de la UE; (2) obligación jurisdiccional de interpretar el Derecho nacional conforme a la Carta de DFUE y a los valores del art. 2 TUE; y (3) la obligación jurisdiccional de interpretación conforme como obligación «escalonada».

1. Obligación jurisdiccional de interpretar el derecho nacional conforme al Derecho de la Unión Europea

Como es conocido, el Tribunal de Justicia tiene establecido desde hace más de cuatro décadas que el principio de primacía del Derecho UE «obliga, en particular, a los órganos jurisdiccionales nacionales a *interpretar*, en la medida de lo posible, su Derecho interno *de manera conforme con el Derecho de la Unión*», al resolver el litigio del que conozcan. No se trata de una mera facultad, sino de una «obligación» del órgano jurisdiccional nacional (que aplica Derecho de la Unión) «inherente al régimen de los Tratados», destinada a garantizar la plena efectividad del Derecho de la Unión¹⁶.

Se trata de aplicar la disposición nacional en cuestión de forma compatible con la europea, descartando el sentido o sentidos incompatibles con a la misma, aquellos significados que generan la contradicción, contraposición o incompatibilidad, salvando así la disposición nacional. En caso de que la incompatibilidad entre la disposición nacional y la europea sea insalvable por vía hermenéutica, surgirá, entonces, de forma subsidiaria, la obligación de inaplicar esa disposición nacional incompatible y la obligación del Estado de removerla o depurarla del ordenamiento (Haket, 2019; Ugartemendia, 2023).

La obligación de interpretación del Derecho nacional conforme al Derecho de la Unión es, obviamente, una obligación que se impone en el ámbito de aplicación interno del Derecho de la Unión, esto es, cuando el litigio que se ha de resolver aparece conexo o ligado a la aplicación de dicho Derecho. Y dentro de ese ámbito interno, rige allí donde el Derecho nacional puede y tiene que jugar un papel para garantizar la efectividad de ese Derecho. Esto es, cuando hay que aplicar una actividad estatal que es, a su vez, ejecución o aplicación de una disposición europea. En este sentido, es conocido que la jurisprudencia y la doctrina

¹⁶ Entre otras muchas Sentencias del TJUE: de 5 de octubre de 2004, *Pfjeifer y otros*, as. ac. C-397/01 a C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584, apartados 113 y 114; de 24 de enero de 2012, *Domínguez*, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33, apartado 24; de 24 de junio de 2019, *Poplauski II*, C-573/17, EU:C:2019:530, apartado 55; 13 de enero de 2022, *YT y otros*, C-282/19, ECLI:ECLI:EU:C:2022:3, apdo. 122.

sobre la interpretación conforme se han desarrollado básicamente en relación con las directivas, un tipo normativo carente, por definición, de efecto directo (aplicabilidad directa); y también a otro tipo de disposiciones, como las decisiones marco del —ya extinto— Tercer Pilar de la Unión, a las que se excluye dicho efecto. Lo dicho puede hacer pensar que la interpretación del Derecho nacional conforme al Derecho de la Unión no entraría en juego ante un puro y genuino reglamento europeo, uno cuya plena efectividad dependa solo de su directa aplicación nacional. En todo caso, conviene no perder de vista que existen también reglamentos que, a pesar de su condición de normas «directamente aplicables», necesitan en ocasiones medidas nacionales de transposición (Alonso García y Andrés Sáenz de Santa María, 2022: 33 y ss. y 172 y ss.)¹⁷.

Si nos fijamos ahora en el ámbito de la política migratoria y de asilo de la Unión, observaremos que el vigente sistema, todavía basado en numerosas directivas, ya está dando paso, mediante el nuevo Pacto europeo de Migración y Asilo (tercera fase del SECA o Sistema Europeo Común de Asilo), a otro fundamentado principalmente en once textos jurídicos de Derecho derivado, de los cuales diez son reglamentos (aprobados, publicados y que han entrado en vigor, en su mayoría, en 2024 y cuya aplicación efectiva se dará a partir de junio de 2026). Reglamentos y, por tanto, textos que no requieren de desarrollo normativo estatal para su aplicación, ya que tienen efecto directo (ex art. 288.2 TFUE).

Esto puede generar, en principio, que se remuevan normas nacionales que anteriormente se basaban en directivas parcialmente idénticas, como las normas sobre la concesión de protección internacional. Parece, en principio, que se estrecha el margen de actuación del Derecho nacional y por tanto el de la interpretación del mismo conforme al Derecho UE. Sin embargo, las cosas no son tan simples. Es verdad que aparece, enseguida, la cuestión de la prohibición de repetir en el Derecho nacional las normas adoptadas en los reglamentos (prohibición que existe, pero no es absoluta), pero no hay que descartar que, en ocasiones justificadas, por ejemplo, en atención a la claridad jurídica y la mejor visibilidad del Derecho europeo, se puedan repetir disposiciones de estos o hacer referencias a ellos (Hruschka, 2025). Hay que tener presente, también, que hay numerosas referencias al Derecho nacional en diversos reglamentos. Esos diez reglamentos del SECA deberían ser, en principio, directamente aplicables sin requerir normativa nacional de aplicación y solo la Directiva de Acogida (Directiva 2024/1346/UE) tendría que transponerse al derecho nacional como directiva. Sin embargo, como destaca la doctrina especializada, los reglamentos no siempre están

17 En consecuencia, también esas disposiciones nacionales destinadas a establecer medidas de aplicación de reglamentos deberán ser interpretadas de conformidad con los mismos [pensemos, por ejemplo, en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD), por la que se adapta la legislación española al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos].

redactados de forma que permitan una aplicación directa. Así, el Reglamento sobre Procedimientos de Asilo (Reglamento (UE) 2024/1348) contiene opciones en varios lugares que exigen la adopción de normas nacionales en la legislación de aplicación para especificar la aplicación de los reglamentos. Por ejemplo, en los procedimientos fronterizos (véanse los arts. 43 y 45) o en la aplicación de procedimientos acelerados (artículo 42), los Estados miembros tienen la opción parcial de determinar, mediante normativa nacional, en qué casos se aplican estos procedimientos. O piénsese en que los Estados miembros siguen teniendo la opción de designar países adicionales como países de origen seguros o terceros países seguros mediante listas nacionales (art. 64). Por lo tanto, se requiere una legislación combinada de aplicación y transposición (Hruschka, 2025).

En cuanto a su contenido y alcance, hay que señalar que, una vez surgido hace más de cuarenta años, esta obligación jurisdiccional de la interpretación conforme vive en constante evolución, una evolución siempre marcada, desde sus orígenes y en su posterior desarrollo, por el Tribunal de Justicia; casi siempre en relación con las directivas. Establecida en 1984, con la Sentencia *Von Colson y Kamann*, la obligación del órgano jurisdiccional nacional de *interpretar su Derecho nacional a la luz del texto y de la finalidad de la Directiva, para alcanzar el resultado* previsto en la misma¹⁸, la Sentencia *Marleasing* entendió que el deber de exégesis conforme rige, como ya se ha señalado, no sólo respecto de la aplicación del Derecho nacional *posterior* a la Directiva sino que también sobre el *anterior* a la misma¹⁹. La posterior decisión *Pfeiffer* extenderá el marco de referencia requiriendo que el órgano jurisdiccional nacional tome en consideración «*todo el Derecho nacional*» en su conjunto —abarcando todas las normas y todos sus métodos de interpretación— «para apreciar en qué medida puede éste ser objeto de una aplicación que no lleve a un resultado contrario al perseguido por la directiva»²⁰. Otro momento crucial es el que surgió en 2005 cuando la Sentencia *Pupino* del Tribunal de Justicia amplió toda esta obligación al campo de las decisiones marco vigentes del ya extinto Tercer Pilar de la Unión, y por lo tanto, también, al ámbito de la cooperación judicial penal y policial en la Unión Europea²¹. Y la jurisprudencia *Dansk Industri* (2016, también conocida como *Ajos*), luego insistentemente confirmada, precisó que la exigencia de exégesis conforme «obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a *modificar*, cuando sea necesario, *su jurisprudencia reiterada* si esta se basa en una interpretación del derecho nacional incompatible con los objetivos» de una directiva, o de una decisión marco» u otra norma del Derecho de la Unión²². No se

18 De 10 de abril de 1984, 14/83, ECLI:EU:C:1984:153, apdo. 26.

19 De 13 de noviembre de 1990, C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395, apdo. 8.

20 STJUE *Pfeiffer y otros*, cit., apdo. 115.

21 Sentencias del TJUE: de 16 de junio de 2005, C-105/03, EU:C:2005:386, apartados 42 y ss.; de 30 de junio de 2022, *IR*, C-105/21, ECLI:EU:C:2022:511, apdos. 82 y 84.

22 A partir de la SSTJUE de 19 de abril de 2016, *Dansk Industri*, C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278, apartado 33; o de 17 de abril de 2018, *Egenberger*, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, apdos. 72 y 73;

puede perder de vista tampoco cómo el Tribunal de Luxemburgo recuerda reiteradamente que esta exigencia de interpretación del Derecho nacional conforme al de la UE tiene unos límites infranqueables. Pues, por una parte, no puede conducir a resultados contrarios a los principios generales del Derecho de la Unión, especialmente con el principio de la seguridad jurídica y el de la irretroactividad. Y por otra, no puede servir de base para realizar una interpretación *contra legem* o *contra litteram* del Derecho nacional²³. En cuanto a su orden de juego, como aclara y precisa la Sentencia *Domínguez* (2012) del Tribunal de Justicia: el de interpretar la disposición nacional a la luz del texto y finalidad del Derecho de la UE es el primer mecanismo de aplicación de este Derecho que debe utilizar el juez nacional; y si, en caso de conflicto, no es posible salvar este por vía interpretativa, solo entonces entrará en juego la inaplicación de la disposición nacional contraria²⁴ (debiendo ser necesario para ello que la norma europea tenga efecto directo).

2. La obligación jurisdiccional de interpretar el Derecho nacional conforme a la Carta de DFUE y a los valores del art. 2 TUE

De forma lógica, esa obligación de interpretar el Derecho nacional conforme al Derecho de la UE abarca también la de hacerlo de conformidad con los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la luz de la jurisprudencia del TJUE. Siempre que se trate, eso sí, de una actuación referida al ámbito de actuación y aplicación del Derecho de la UE. A partir de la entrada en vigor de la reforma de Lisboa del TUE (2009), esa obligación de realizar una exégesis de conformidad con los derechos fundamentales de la Unión Europea no se circunscribe a una adecuación con los derechos fundamentales en cuanto principios generales del Derecho de la Unión, sino que se extiende también respecto a la Carta de DFUE. Ello es debido, como es conocido, a que con aquella reforma esta Carta pasa a ser jurídicamente vinculante, tanto para los poderes públicos nacionales como europeos, y lo es, además, con el mismo valor que los Tratados (art. 6.1 del reformado TUE), a título de Derecho primario u originario de la UE. Esa obligación de los poderes públicos nacionales de respetar los derechos fundamentales de la Unión y de controlar la congruencia de la actuación nacional con la Carta de DFUE se hace notoriamente evidente a partir de las cruciales y conocidas Sentencias

recientemente la Sentencia de 19 de junio de 2025, *mBank SA*, C-396/24, ECLI:EU:C:2025:460, apdo. 43. Respecto a las decisiones marco, entre otras SSTJUE: as. de 29 de junio de 2017, *Poplawski I*, C-579/15, EU:C:2017:503, apdo. 35; de 8 de noviembre de 2016, *Ognianov II*, C-554/14, EU:C:2016:835, apartado 67.

23 STJUE *Pupino*, cit., apartado 47; o *Poplawski II*, cit., apartado 76. Recientemente, la STJUE de 5 de junio de 2025, C-349/24, *Nuratau*, ECLI:EU:C:2025:397, apdo. 45.

24 STJUE de 24 de enero de 2012, *Domínguez*, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33, apdos. 22 y ss.

Akerberg Fransson y *Melloni* (ambas emitidas el mismo día, 26 de febrero de 2013)²⁵, y continuará con toda una ininterrumpida jurisprudencia posterior en la misma línea²⁶.

Estas Sentencias resultan, además, particularmente trascendentales porque, a partir de ellas, se determinó cuál debe ser la relación de juego entre los Derechos Fundamentales reconocidos en las Constituciones nacionales y los Derechos Fundamentales de la UE en el ámbito de actuación y aplicación «nacional» del Derecho de la Unión. Lo cual tiene una enorme trascendencia, claro está, respecto a qué obligación jurisdiccional de «interpretación conforme» debe primar en caso de conflicto: si la conforme a los derechos fundamentales «nacionales» o la adecuada a los derechos fundamentales de la Unión.

Lo importante ahora para nuestro tema es que, según declaró el Tribunal de Justicia de manera prácticamente idéntica en ambas Sentencias: «cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro deba controlar la conformidad con los derechos fundamentales de una disposición o de una medida nacional por la que se aplica el Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta, *en una situación en la que la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión* las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión»²⁷. De manera que, en consecuencia, [cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, porque el Derecho de la UE no agota plenamente la regulación sobre la materia, que era precisamente la situación que se daba en *el supuesto Akerberg*], nunca será posible realizar, en el ámbito de aplicación nacional del Derecho de la Unión, una interpretación y aplicación de los DF nacionales, esto es, de las disposiciones constitucionales sobre derechos, incompatible con la Carta y con la primacía de ese Derecho, debiendo descartarse aquella disconforme con ella (en este caso, una interpretación incompatible con *ne bis in idem* de la Carta y con el resto del Derecho UE).

Y en lo que se refiere al segundo supuesto, aquel en el que la actuación de los Estados miembros viene determinada completamente por el Derecho de la Unión [*sin que exista margen de apreciación normativa estatal*, que era la situación que se daba en el asunto *Melloni*, con el art. 4 bis de la DM sobre la Euroorden

25 La primera (C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105), en un asunto en relación con el principio-derecho *ne bis in idem* en materia de fraude de IVA; la segunda (C-399/11, EU:C:2013:107), en relación con las garantías procesales en caso de condenas en rebeldía en el ámbito de ejecución de una euroorden de detención y entrega, trayendo causa, por cierto, de la primera prejudicial planteada por el TC español.

26 Por señalar un ejemplo reciente: STJUE de 28 de enero de 2025, ASG 2, C-253/23, ECLI:EU:C:2024:963, apdo. 89.

27 Apdo. 29 STJUE *Akerberg Fransson*, *cit.*; y apdo. 60 STJUE *Melloni*, *cit.*

de detención y entrega]: el hecho es que, como se deduce *a sensu contrario* de la mencionada jurisprudencia (*Akerberg/Melloni*), en tal supuesto no habrá otra posibilidad que apreciar y aplicar la Carta de DFUE, quedando desplazados por la misma los catálogos nacionales de derechos fundamentales. Y esto, como recuerda la doctrina, al margen de cualquier debate en torno a la menor o mayor protección dispensada por esos catálogos nacionales (R. Alonso García, 2022: 14). Esta sería, en suma, la razón que ha empujado al TC Federal Alemán, para estas situaciones en las que la acción de los Estados miembros está totalmente determinada por el Derecho de la Unión (supuestos *Melloni*), a asumir la Carta de DFUE como el parámetro directo de constitucionalidad a efectos de tutela del recurso de amparo (no del control de normas). Orientación adoptada a partir de las dos Sentencias conocidas como *Derecho al olvido I y II*, ambas de 6 de noviembre de 2019²⁸ (Cruz Villalón, 2021: 71 y ss.; Arzoz, 2022: 206 y ss.; Xiol y Arzoz, 2024, espec. 97 y ss.).

Lo que hay que concluir en todo caso es que, dentro del ámbito de actuación del Derecho de la UE, debe prevalecer el deber de interpretación conforme a los DFUE sobre el relativo a los derechos constitucionales. Si nos fijamos en el ordenamiento español, observaremos que el Juez nacional está obligado a utilizar diversas modalidades de interpretación conforme en materia de derechos: aquella que debe regir respecto a la Constitución, modalidad señalada en el art. 5.1 LOPJ; la lectura de conformidad al Derecho de la Unión, reconocida en el previo art. 4 bis de la misma Ley (pero establecida con anterioridad por el propio Derecho de la UE); o la exégesis conforme a los Tratados internacionales sobre derechos humanos (ex art. 10.2 CE). Conjuguar tanta conformidad, tarde o temprano, además de ser un desafío permanente, puede engendrar cuestiones y dudas, y exige criterios de respuesta para las mismas. Pero el hecho es que, del mismo modo que el Derecho de la UE prima sobre el Derecho nacional, cabe afirmar también que, dentro de la esfera de actuación nacional del Derecho de la UE, existe una clara prevalencia de la obligación de interpretación del Derecho nacional conforme al Derecho UE sobre el deber de lectura acorde o coherente con la Constitución. Ciertamente es que cuando no se puedan conciliar ambas lecturas, hay que tener presente que el sometimiento de los jueces al imperio de la ley ex. 117.1 CE incluye, según se deriva del art. 5.1 LOPJ (reforzado por diversas disposiciones de la LOTC), la plena sujeción a la Constitución y a la interpretación que de la misma realice el TC. No obstante, resulta también evidente que ninguna Ley o norma nacional puede ser interpretada y aplicada de forma contraria al Derecho de la Unión. Como ha reiterado recientemente el Tribunal de Justicia, «[e]n virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, no puede admitirse que normas de Derecho nacional,

28 De la Sala Primera del Tribunal: 1 BvR 276/17 (*Recht auf Vergessen I*), y 1 BvR 16/13 (*Recht auf Vergessen II*); jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal que luego fue confirmada por la Sala Segunda en la Sentencia de 1 de diciembre de 2020, conocida como *Euroorden III*: 2 BvR 1845/18 y 2 BvR 2100/18.

aun si son de rango constitucional, menoscaben la unidad y la eficacia del Derecho de la Unión»²⁹. El Derecho de la Unión Europea prima sobre «todo» el Derecho nacional, sin perjuicio del rango de la norma nacional; y la interpretación de la ley nacional de conformidad con el Derecho de la Unión prima sobre la interpretación de la misma de conformidad con la Constitución. Y ello es así, aunque la interpretación contraria venga avalada, incluso expresamente, por el Tribunal Constitucional. Buena prueba de ello serían las tres Sentencias del Tribunal de Justicia al respecto en relación con determinadas decisiones del TC rumano: *Asociația 'Forumul Judecătorilor, Euro Box* y la *RS*³⁰.

De cualquier manera, en la visión de la convivencia de distintos parámetros de interpretación conforme sobre los derechos fundamentales, hay que constatar, igualmente, que no se puede realizar una lectura jurisdiccional del Derecho nacional que sea disconforme o incompatible con el CEDH leído a la luz de la jurisprudencia de Estrasburgo, se haga o no en aplicación del Derecho de la UE. No es posible que el órgano de la jurisdicción nacional, sea ordinaria o constitucional, realice una lectura del Derecho nacional, incluida la Constitución, que sea *pro unione* y *pro Carta* DFUE y a la vez opuesta o incompatible con el CEDH. En la actual situación de coexistencia de lecturas o modelos de exégesis conforme que se imponen al aplicador del Derecho nacional prima la interpretación conforme a Estrasburgo³¹. Esto es así, no sólo porque ello se deriva del 10.2 CE, sino también porque lo establece el propio Derecho de la

29 Entre otras muchas SSTJUE: de 22 de febrero de 2022, *RS*, C-430/21, ECLI:UE:C:2022:99, apdo. 51; de 21 de diciembre de 2021, *Euro Box Promotion E.A.*, as. ac. C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 y C-840/19, ECLI: UE: C: 2021: 1034, apdo. 251; de 18 de mayo de 2021, *Asociația «Forumul Judecătorilor din România»*, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 y C-397/19, ECLI:UE:C:2021:393, apdo. 245.

30 Citadas en el apartado anterior. Unido a ello, no hay que perder de vista en este escenario que el Tribunal de Justicia está recordando al órgano jurisdiccional nacional su posibilidad de plantear una cuestión prejudicial ante una decisión jurisdiccional previa de otro Tribunal, incluido el Constitucional, que pueda vincularle en el caso si considera que esta le puede conducir a realizar una aplicación del Derecho nacional contraria al Derecho de la Unión. Por ejemplo, las SSTJUE: *RS*, *cit.*, apdos. 75 y 76. Véanse, también, entre otras, las SSTJUE: de 15 de enero de 2013, *Križan y otros* C-416/10, EU: C: 2013: 8, apartado 71; de 23 de noviembre de 2021, *IS*, C-564/19, ECLI:EU:C:2021:949, *cit.*; de 24 de julio de 2023, *Lin II*, C-107/23 PPU, ECLI:EU:C:2023:606, apdo. 134; de 26 de septiembre de 2024, *Energotehnica*, C-792/22, ECLI:EU:C:2024:78, apdos. 61 y ss. Véanse, asimismo, la Sentencia de 4 de septiembre de 2025, *AW T*, C-225/22, ECLI:EU:C:2025:649, y las Conclusiones sobre dicho asunto del Abogado General D. Spielmann, de 10 de abril de 2025, C-225/22, ECLI:EU:C:2025:270.

31 Como recuerda reiteradamente el TJUE, por ejemplo, en el asunto *Orde van Vlaamse Bakkers* (de 8 de diciembre de 2022, C-694/20, ECLI:EU:C:2022:963, un asunto referido al derecho al respeto de las comunicaciones entre los abogados y sus clientes, consagrado en el artículo 7 de la Carta y el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 47 de la misma): «De conformidad con el artículo 52, apartado 3, de la Carta, que tiene por objeto garantizar la coherencia necesaria entre los derechos contenidos en ella y los derechos correspondientes garantizados por el CEDH, sin menoscabar la autonomía del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia debe tener en cuenta, en la interpretación que lleve a cabo de los derechos garantizados por los artículos 7 y 47 de la Carta, los derechos correspondientes garantizados por el artículo 8, apartado 1, y por el artículo 6, apartado 1, del CEDH, tal como han sido interpretados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «TEDH»), como nivel mínimo de protección (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de febrero de 2021, *Consob*, C-481/19, EU:C:2021:84, apartados 36 y 37)» (apartado 8).

UE, al que España está ligado vía art. 93 CE. Derecho de la Unión que lo exige a la luz del art. 6 TUE y de los arts. 52 y 53 de la CDFUE (y sin perjuicio de que la Unión no se haya adherido todavía al CEDH siguiendo los dictados del art. 6.2 TUE).

Por lo demás, por lo que a nuestro tema se refiere, es fundamental añadir que la obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho de la UE incluye también, ahora, un deber de hacer la lectura de manera coherente con los valores del art. 2 del TUE. Un artículo que establece que «la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías». Valores que «son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres».

El TJUE viene señalando que el Derecho de la Unión se asienta sobre la premisa de estos valores compartidos entre los Estados miembros (y de estos con la Unión)³², valores que forman parte del marco constitucional propio del Derecho de la Unión³³, y que «definen la identidad misma de la Unión como ordenamiento jurídico común»³⁴. De lo cual ha deducido recientemente el Tribunal que estos valores no solo son meras orientaciones o principios programáticos, sino que tienen un carácter jurídico vinculante frente a la actuación de los Estados miembros (y de la propia Unión)³⁵. Una vinculatoriedad jurídica que, cuando menos, se concreta a través de su conexión con otros principios y reglas. Por ejemplo, el valor «Estado de Derecho» a través de su conexión con el art. 19.1 del Tratado de la UE y el art. 47 de la Carta de DFUE³⁶; o el valor «democracia» mediante el reconocimiento del principio de democracia representativa del art. 101 TUE³⁷. El respeto por los Estados miembros de estos valores no es solo una condición de adhesión a la Unión, sino también

32 *Dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión Europea al CEDH)*, de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454, apdo. 168.

33 *Dictamen 1/17 (Acuerdo UE-Canadá)*, de 30 de abril de 2019, EU:C:2019:341, apartado 110.

34 SSTJUE de 16 de febrero de 2022: *Hungría/Parlamento y Consejo*, C-156/21, EU:C:2022:97, apdo. 127; y, del mismo día: *Polonia/Parlamento y Consejo*, C-157/21, EU:C:2022:98, apdo. 145 (sentencias en materia de condicionalidad).

35 SSTJUE: *Hungría/Parlamento y Consejo*, *cit.*, apdo 232; y *Polonia/Parlamento y Consejo*, *cit.*, apdo. 226. Véanse también: las SSTJ de 29 de julio de 2024, *Valancius*, C-119/23, EU:C:2024:653, apdo. 47; de 10 de septiembre de 2024, *KS y otros/Consejo*, as. ac. C-29/22 P y C-44/22 P, EU:C:2024:725, apdo. 68; y de 19 de noviembre de 2024, *Comisión/Polonia* (Elegibilidad y condición de miembro de un partido político), (C-814/21, EU:C:2024:963), apdo. 157.

36 STJUE de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, EU:C:2018:117, apdo. 32 y ss.

37 *Cfr.* STJUE de 19 de diciembre de 2019, *Junqueras Vies*, C-502/19, EU:C:2019:1115, apdo. 63; y las SSTJUE de 19 de noviembre de 2024: *Comisión/República Checa y Polonia*, C-808/21, ECLI:EU:C:2024:962, apdos. 114 y ss. y 161 y ss., y *Comisión/Polonia*, C-814/21, ECLI:EU:C:2024:963, apdos. 112 y ss. y 158 y ss.

de participación en ella (con una obligación de no rebajar su nivel de protección, señalada como principio de «no regresión»)³⁸. Y si bien se debate acerca de la posibilidad de considerar dicho artículo como una disposición que pueda o no ser invocada de forma autónoma y directa ante los Tribunales nacionales³⁹, no hay duda, en cambio, acerca de su utilidad como fundamento para la interpretación y aplicación judicial del Derecho de la Unión, y para controlar la legalidad de los actos de los Estados miembros y de las instituciones europeas (Spieker, 2023; Gutiérrez-Fons, 2023; Shipley Gozalo, 2024; Kaiser, Knecht, Spieker, 2024).

3. La obligación jurisdiccional de interpretación conforme al Derecho de la Unión como obligación «escalonada»

El tercer aspecto que conviene subrayar, si cabe de manera especialmente enfática, es que esta obligación de exégesis del Derecho nacional de conformidad con el Derecho de la Unión opera de manera «escalonada» o progresiva, por fases o niveles, avanzando por sucesivos grados o escalones interpretativos. Desde el Derecho nacional hasta el Derecho de la Unión, y dentro de este, desde el Derecho derivado hasta llegar a su cúspide en el Derecho originario, el de los Tratados y la Carta de DFUE. E incluso se podría aludir, como apuntaremos después, a que, en su caso, la propia interpretación del Derecho originario se debe realizar a la luz de su propio «núcleo constitucional».

La obligación interpretativa del juez nacional no se circunscribe a la mera comprobación de la adecuación del Derecho nacional con el Derecho de la Unión

38 Cfr. SSTJUE: de 20 de abril de 2021, *Repubblika*, C-896/19, EU:C:2021:311, apartado 63; y, de 5 de junio de 2023, *Comisión/Polonia*, C-204/21, EU:C:2023:442, apdo. 72.

39 Véanse al respecto, por ejemplo, las Conclusiones de la Abogada General T. Cápetá, (de 5 de junio de 2025, *Comisión/Hungría*, C-769/22, ECLI:EU:C:2025:408), sugiriendo que el Tribunal de Justicia debería declarar una infracción autónoma del artículo 2 TUE por parte de Hungría al prohibir o limitar el acceso a contenidos LGTBI. La AG considera que se han vulnerado los valores de igualdad, dignidad humana y respeto de los derechos humanos, una vulneración que viene señalada por la violación, a su vez, de cuatro derechos fundamentales reconocidos en la Carta, los cuales son expresión de aquellos valores. A saber: (1) la infracción del artículo 21 de la Carta, consistente en la discriminación de los miembros de un grupo minoritario LGTBI y su estigmatización y marginación, lo cual está en fuerte contradicción con los valores de igualdad y tolerancia, así como de dignidad humana; (2) la vulneración de la libertad de expresión y de información, garantizada por el artículo 11 de la Carta, contraviene un fundamento esencial de una sociedad democrática y pluralista tal como se establece en el artículo 2 TUE, que es un requisito previo necesario para la igualdad y la dignidad humana; (3) la vulneración del derecho a la vida privada y familiar, protegido por el artículo 7 de la Carta, contrasta en gran medida con el valor de la dignidad humana; y (4) la dignidad humana, que no solo es un derecho fundamental, sino que también es un valor esencial expresado en el artículo 2 TUE. Por todo ello, la Abogada General concluirá que estas vulneraciones de derechos fundamentales demuestran la importante desviación de las normas húngaras respecto al modelo de una democracia constitucional que respeta los derechos humanos, reflejado en el artículo 2 TUE (*vid.* apdos. 265 y ss. de las Conclusiones). Sobre las Conclusiones, entre otros: G. Athanasiou, 2025.

y con los DFUE. Engloba por añadidura otro escalón: el deber de interpretar el propio Derecho derivado del caso de forma consistente o coherente con el Derecho primario de la UE y con esos DFUE. Por decirlo siguiendo la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde hace veinte años (por ejemplo: en la reciente Sentencia *Kinsa*, de 3 de junio de 2025, un asunto relativo, por cierto, al ámbito de la política migratoria, sobre el que luego volveremos): «*al aplicar las medidas de transposición de una directiva, incumbe a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros {1} no solo interpretar su Derecho nacional de conformidad con dicha directiva, {2} sino también procurar no basarse en una interpretación de esta que entre en conflicto con los derechos fundamentales tutelados por el ordenamiento jurídico de la Unión o con los demás principios generales reconocidos en este ordenamiento jurídico*».⁴⁰ La alusión a los derechos fundamentales en esta exigencia de adecuación interpretativa binaria hay que entenderla referida tanto a los fundamentales entendidos como principios generales del Derecho de la UE como, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, a los incluidos en la Carta de DFUE⁴¹.

En este sentido, son habituales las peticiones de cuestiones prejudiciales, de interpretación y validez, que se realizan sobre el Derecho derivado de la Unión relevante en el caso en relación con la Carta. Algunas de esas prejudiciales son remitidas, incluso, por parte de diversos Tribunales Constitucionales, como, por ejemplo, por el TC belga en el asunto *Ligue des Droits Humains* (sobre la adecuación de la Directiva PNR e, indirectamente, de la normativa nacional que la

40 De 3 de junio de 2025, C-460/23, CLI:EU:C:2025:392, apdo. 69. Jurisprudencia en la línea de sus previas SSTJUE: de 6 de noviembre de 2003, *Lindqvist*, C-101/01, Rec. p. I-12971, apartado 87; de 29 de enero de 2008, *Promusicae*, C-275/06, EU:C:2008:54, apartado 68; de 23 de diciembre de 2009, *Detiček*, C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, apartado 34; de 21 de diciembre de 2011, *N.S. y otros*, C-411/10 y C-493/10, EU:C:2011:865, apartado 77; o la de 21 de junio de 2022, *Ligue des Droits Humains*, C-817/19, ECLI: UE: C: 2022: 491, apdos. 86-87.

41 Véanse, por ejemplo, además de las ya mencionadas, las SSTJUE: de 16 de julio de 2015, *Lanigan*, C-237/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:474, apdo. 63; de 15 de febrero de 2016, *N.*, C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, apartados 60 y 82; de 10 de agosto de 2017, *Tupikas*, C-270/17 PPU, EU:C:2017:628, apdo. 60; de 13 de marzo de 2019, *E.*, C-635/17, ECLI:EU:C:2019:192, apdos. 53 y 54; de 16 de julio de 2020, *Estado Belga*, C-133/19, C-136/19 y C-137/19, EU:C:2020:577, apartados 33 y ss.; de 20 de septiembre de 2022, *Spacenet*, as. C-793/19 y 794/19, ECLI:EU:C:2022:702, apdos. 633 y ss., 117 o 131; de 8 de noviembre de 2022, *Deutsche Umwelthilfe*, C-873/19, ECLI:EU:C:2022:857, apdos. 66-68; de 8 de noviembre de 2022, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, C-704/20 y C-39/21, ECLI:EU:C:2022:858, apdo. 94; de 18 de abril de 2023, *E.D.L.*, C-699/21, ECLI:EU:C:2023:295; o de 18 de abril de 2023, *Afrin*, C-1/23 PPU, ECLI:UE:C:2023:296, apdo. 60; esta última, al igual que la citada *Kinsa*, relativa también al ámbito de la política migratoria y de asilo. La Sentencia *Afrin* trae causa de una remisión prejudicial de un Tribunal Belga, y establece que el art. 5.1 de la Directiva 2003/86/CE, relativa al derecho a la reagrupación familiar, debe interpretarse y aplicarse a la luz de los arts. 7 y 24. 2 y 3 de la Carta de DFUE, llegando a la conclusión de que este Derecho se opone a la legislación de un Estado miembro que exige, a efectos de la presentación de una solicitud de entrada y residencia por reagrupación familiar, que los familiares del reagrupante, un refugiado reconocido, se desplacen personalmente a la oficina diplomática o consular de un Estado miembro competente, incluso en una situación en la que les resulte imposible o excesivamente difícil desplazarse a dicho puesto (apdo. 60).

implementa con la Carta)⁴² o en el caso *Orde van Vlaamse Balies* (también de 2022, con referencia a la Directiva de cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y la normativa nacional que la transpone)⁴³; o piénsese también, por poner otro significativo ejemplo, en el asunto de la Sentencia del Tribunal de Justicia *E.D.L.*, que trae causa de una remisión prejudicial de la Corte Constitucional italiana sobre la interpretación de la Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, sobre la orden de detención y entrega europea entre los Estados miembros, a la luz de diversos artículos de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁴.

Es más, es posible entender que la propia interpretación del Derecho originario o primario de la Unión (por ejemplo, el concerniente al espacio de Libertad Seguridad y Justicia, incluido el relativo a las políticas de migración y asilo) debe realizarse conforme a su propio «núcleo constitucional», desdoblando la parte nuclear de la que no tiene tal carácter. Siguiendo a la doctrina especializada, este núcleo se podría identificar, resumiendo ahora de forma extrema, con aquel contenido configurado por los arts. 1, 2, 3(1) y el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (*vid.* sobre el tema: Bast y von Bogdandy, 2024a: 806 y ss.; 2024b: 1478 y ss.). Un núcleo en el que se incluyen los valores comunes del art. 2 sobre los que se fundamenta la Unión y los Derechos Fundamentales de la UE (desde el respeto del CEDH).

Por lo demás, no cabe olvidar que el Tribunal de Luxemburgo recuerda aquí al órgano jurisdiccional nacional encargado de realizar la exégesis conforme un principio general de interpretación a tenor del cual «todo acto de la Unión debe interpretarse, en la medida de lo posible, de un modo que no cuestione su validez y de conformidad con el conjunto del Derecho primario y, en particular, con las disposiciones de la Carta. Así pues, cuando un texto de Derecho derivado exige

42 STJUE *cit.*, apdos. 86-87. De forma más concreta, este asunto trae causa de una prejudicial remitida por el TC Belga, formulando diez preguntas relativas en particular a la interpretación y validez de la Directiva PNR (o *Directiva UE 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave*) e, indirectamente, a la compatibilidad de la Ley Belga de 25 de diciembre de 2016 que implementaba, entre otras, la misma con el Derecho de la Unión.

43 Un asunto, referido al secreto profesional de los abogados, que trae causa de una prejudicial de validez remitida por el TC belga acerca de si existe una interpretación no incompatible de una Directiva [art. 8 bis ter de la Directiva 2011/16/UE relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad, en su versión modificada por la Directiva (UE) 2018/822] con el derecho al respeto de las comunicaciones entre los abogados y sus clientes, garantizado en el art. 7 de la Carta y el derecho a un proceso equitativo del art. 47 de la misma (STJUE de 8 de diciembre de 2022, C-694/20, ECLI:EU:C:2022:963, apdos. 35 y 66). Una petición prejudicial presentada en el contexto de varios litigios en relación con la validez de determinadas disposiciones de la normativa flamenca relativa a la mencionada cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad. Véanse también, en sentido similar, la STJUE de 6 de octubre de 2020, as. *Quadrature du net y otros*, C-511/18, C-512/18 y C-520/18, EU:C:2020:791 (apdos. 212 ó 228), trayendo causa, igualmente, de sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas por el TC belga y el Consejo de Estado Francés; o la STJUE de 5 de abril de 2022, *Commissioner of an arda stócbána y otros*, C-140/20, ECLI:EU:C:2022:258, apdos. 101 y 114, a raíz de una remisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo Irlandés.

44 De 18 de abril de 2023, *cit.*

una interpretación, debe interpretarse, en la medida de lo posible, de la manera que mejor se adecue a las disposiciones de los Tratados y a los principios generales del Derecho de la Unión»⁴⁵.

V. INTERPRETACIÓN CONFORME «ESCALONADA» Y COHERENCIA CONSTITUCIONAL EN ALGUNOS CASOS RECIENTES EN MATERIA MIGRATORIA.

La obligación jurisdiccional de interpretar el Derecho nacional conforme al Derecho de la UE —y, en consecuencia, también con los derechos fundamentales reconocidos por la Unión y los valores consagrados en el art. 2 TUE— convierte al Juez nacional en Juez garante de estos derechos y valores. En suma, en garante de la coherencia constitucional de la actuación de los poderes públicos en el ámbito del Derecho de la Unión; lo que incluye, por tanto las actuaciones realizadas en materia de migración y asilo. Esta función de garantía se extiende tanto a la coherencia del Derecho y de las actuaciones nacionales, como —en cierto sentido— a la del propio Derecho derivado de la UE, en la medida en que su interpretación debe ser, igualmente, coherente y consistente con ese núcleo constitucional integrado por los valores y derechos fundamentales de la Unión.

En caso de que no sea posible obtener ninguna interpretación de la disposición nacional compatible con el Derecho de la UE, el juez nacional deberá inaplicar la disposición nacional. Y, en su caso, cuando la incompatibilidad lo sea entre un texto de derecho derivado y el Derecho primario de la Unión, el juez deberá plantear la cuestión prejudicial de validez sobre la disposición de Derecho derivado disconforme o contradictoria con el Derecho primario de la UE⁴⁶.

Partiendo de la base de esta función tuitiva del órgano jurisdiccional nacional, en lo que sigue se mostrarán, brevísimamente, unos recientes ejemplos de los tres supuestos problemáticos de coherencia constitucional señalados con anterioridad, con el objeto de identificar los derechos fundamentales en juego y observar

⁴⁵ STJUE *Kinsa*, cit. apdo. 37; o las previas sentencias del mismo Tribunal: de 13 de junio de 2024, *Comisión/Países Bajos*, C-40/23 P, EU:C:2024:492, apartado 40; *Ligue des Droits Humains*, cit., apdo 86; de 2 de febrero de 2021, *Consob*, C-481/19, EU:C:2021:84, apartado 50; de 14 de mayo de 2019, *M y otros (Revocación del estatuto de refugiado)*, C-391/16, C-77/17 y C-78/17, EU:C:2019:403, apartado 77; o de 26 de junio de 2007, *Ordre des Barreaux Francophones et Germanophone y otros*, C-305/05, ECLI:EU:C:2007:383, apdo. 28.

⁴⁶ Si el órgano jurisdiccional nacional tiene dudas sobre la validez del acto de la UE estará «obligado a plantear la cuestión prejudicial de 'validez', ya sea en primera o en última instancia», pues el enjuiciamiento o el pronunciamiento sobre la «invalidez» de los actos y normas europeas es competencia exclusiva del TJUE. Otra cosa es que el «juez nacional» sí conserva la competencia para constatar la «validez» de un acto de la Unión (sobre todo ello: STJUE de 22 de octubre de 1987, *Foto-Frost*, C-314/85, ECLI:EU:C:1987:452), o la facultad de adoptar medidas cautelares de suspensión de acto de la Unión mientras se resuelve la cuestión de validez ante el TJ (Sentencia del TJUE de 21 de febrero de 1991, *Zuckerfabrik*, C-143/88 y 92/89, ECLI:EU:C:1991:65).

el papel de ese garante judicial ante la actuación de los poderes públicos al respecto.

1. Control de la coherencia constitucional en caso de «instrumentalización de la migración»

Un ejemplo concreto interesante de los problemas que surgen en los supuestos de crisis migratoria es el de la instrumentalización de personas migrantes llevada a cabo por Bielorrusia, en 2021, fomentando el cruce irregular de frontera a nacionales de terceros países generadores de refugiados (como Afganistán, Irak, Cuba, etc.), en su divisoria con Polonia, Lituania y Letonia. Como respuesta, estos Estados introdujeron notables cambios normativos, adoptando medidas legislativas a largo plazo para hacer frente a la situación excepcional, medidas nacionales que, supuestamente, dieron cobertura a ciertas actuaciones problemáticas desde la perspectiva de los derechos humanos. El hecho que interesa destacar ahora es que, de acuerdo con lo señalado en el punto anterior, esas disposiciones legislativas de crisis adoptadas por estos países para hacer frente a la instrumentalización tienen que haber sido aprobadas, interpretadas y aplicadas de manera conforme: (a) con la normativa vigente de la UE, incluido el art. 72 TFUE, el cual permite adoptar, por razones de orden público o de seguridad pública, medidas que constituyan una excepción al Derecho derivado de la UE (D. Thym, 2025). Pero también (b), a su vez, como acabamos de ver, esas medidas nacionales y ese Derecho de la UE deben ser interpretados de modo compatible con los valores y derechos fundamentales de la UE, así como con el derecho internacional de los derechos humanos, particularmente con el CEDH (en este caso, también porque lo exige la Carta *ex art.* 52.3)⁴⁷. La interpretación conforme «escalonada».

Salvo error por mi parte, no consta que haya ningún procedimiento —ni por remisión prejudicial ni por recurso por incumplimiento— abierto al respecto ante el TJUE⁴⁸. Lo destacable ahora en este caso es que en breve se conocerán las Sentencias de la Gran Sala del TEDH respecto a actos de respuesta de los mencionados Estados frente a esa instrumentalización organizada por Bielorrusia. Se

⁴⁷ Según el cual: «En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa».

⁴⁸ Aunque el TJUE no ha emitido todavía una sentencia específica en relación con la instrumentalización de migrantes por parte de terceros países, sí ha podido apuntar, en cambio, que determinar si existe una situación de instrumentalización o abuso (individual) del procedimiento de concesión de protección internacional por parte del solicitante exige que la solicitud de concesión sea objeto de una evaluación individual; una evaluación a la luz de todas las circunstancias de que se trate, teniendo en cuenta todos los hechos pertinentes y siendo realizada por las autoridades competentes. *Vid.* STJUE de 29 de febrero de 2024, *Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (Conversión religiosa posterior)*, C-222/22, ECLI:EU:C:2024:192, apdo. 34.

trata de los asuntos: *H.M.M. y otros contra Letonia*⁴⁹, *C.O.C.G. y otros contra Lituania*⁵⁰ y *R.A. y otros contra Polonia*⁵¹ (Cfr., p. ej.: Ancite-Jepifánova, 2025; Schmalz, 2025). Son casos en los que —si atendemos a los demandantes ante Estrasburgo— se denuncia la vulneración del principio de *non refoulement*, con *pushbacks* o devoluciones en caliente a Bielorrusia (art. 3 CEDH), sin haber seguido los procedimientos de retorno ni haber dado oportunidad de solicitar asilo (en el caso de Letonia y Lituania); así como la infracción, asimismo, de la prohibición de expulsión colectiva (art. 4 del Protocolo 4 del CEDH), del derecho a la libertad y seguridad (art. 5 CEDH) y del derecho a un recurso efectivo (art. 13 CEDH)⁵².⁵³ Vulneraciones del Convenio que, de constatare, lo serán también de los derechos equiparables de la Carta de DFUE (por ej. arts. 6, 18 y 19), en razón del ya mencionado art. 52.3 de la misma. Esta constatación apuntará a que los Tribunales nacionales implicados en garantizar la coherencia constitucional del Estado en cuestión han dejado pasar la oportunidad de cumplir con su deber tuitivo al respecto. La actuación nacional de un Estado de la Unión, entre o no en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, debe ser conforme al CEDH. Ya hemos tenido ocasión de señalar en otro lugar⁵⁴ que, en caso de que existan diferencias entre diversas obligaciones de interpretación conforme de las normas de derechos fundamentales (la obligación que se adecúa a la Constitución nacional, a las normas de los DFUE o al CEDH), no es posible que el juez nacional realice una lectura del Derecho nacional en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión —en este caso de las medidas excepcionales contra la instrumentalización de migrantes— que contradiga el CEDH⁵⁵.

49 N° 42165/21, TEDH, pendiente de Sentencia.

50 N° 17764/22, TEDH, pendiente de Sentencia.

51 N° 42120/21, TEDH, pendiente de Sentencia. Las audiencias públicas ante la Gran Sala se celebraron el 12 de febrero de 2025.

52 Los países demandados sostuvieron que deberían tener un margen de apreciación en la interpretación de los mencionados derechos del CEDH dado el contexto de la «instrumentalización de migrantes» impulsada por Bielorrusia, solicitando que se tuviera en cuenta la doctrina sentada por la Sentencia del TEDH *N.D. y N.T. contra España*, de 13 de febrero de 2020, Demandas n° 8675/15 y 8697/15. Se trata de una decisión que introdujo una excepción para el cumplimiento de la prohibición del mencionado Protocolo 4 (esto es, a garantizar el proceso individualizado de expulsión), excepción basada en el criterio de que los solicitantes hubieran tenido «medios reales y efectivos de entrada legal», y de que hubieran existido razones convincentes para que no se hiciera uso de ellos basadas en hechos objetivos de los que era responsable el Estado demandado. Al respecto, por ejemplo: J.M. Porras Ramírez, 2025: 127 y ss.

53 Para una visión crítica y contundente de la deshumanización y de la vulneración de los derechos y principios jurídicos básicos en la frontera entre la UE y Bielorrusia por parte de la UE y los Estados: S. Ganty, A. Ancite-Jepifánova y D.V. Kochenov (2024).

54 Véase *supra* el apartado 4.2.

55 Es de esperar, en este sentido, ahora que se cumplen 75 años de la aprobación del CEDH, que el Tribunal de Estrasburgo pueda seguir defendiendo los estándares de los derechos humanos como lo ha hecho hasta el presente desde que dictó su primera Sentencia de fondo a comienzos de los años sesenta del siglo pasado. No será fácil en un contexto en el que emergen con claridad tendencias y fuerzas dirigidas a la restricción de los derechos. También, quizás de forma particular, basadas en con relación a los derechos de los inmigrantes. Véase, en este sentido, la Carta conjunta de nueve países (Dinamarca, Italia, Austria, Bélgica,

2. Control de la coherencia constitucional en un supuesto de criminalización de la solidaridad

Por lo que respecta a la «criminalización de la ayuda humanitaria», aludiremos al caso de la reciente Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia en el asunto *Kinsa*, dictada el 3 de junio de 2025⁵⁶. El caso parte de un litigio en el que se quiere procesar penalmente a una persona por el delito de ayuda a la entrada irregular de nacionales de un tercer país en territorio italiano. Un delito previsto en la regulación penal nacional que implementa la ya mencionada normativa europea sobre el régimen de facilitación o ayuda a la inmigración irregular (formado por: la Directiva 2002/90/CE, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, y la Decisión marco del Consejo 2002/946/JAI, destinada a reforzar el marco penal para la represión de esa ayuda)⁵⁷. En concreto, y esto es lo dramático, se acusa penalmente a una madre por ayudar a entrar ilegalmente en territorio italiano a su hija y a su sobrina, dos menores que estaban bajo su protección y responsabilidad e iban con ella al entrar en Italia⁵⁸.

Ante esa situación, el Tribunal de Bolonia encargado de resolver el caso decidió plantear, en el marco del correspondiente proceso penal, dos cuestiones prejudiciales que el TJ examinará conjuntamente: una para analizar la validez del art. 1 de la Directiva 2002/90 y del artículo 1 de la Decisión Marco 2002/946 a la luz de la Carta de DFUE, y otra sobre la interpretación de esta Carta para determinar si la misma se opone al Derecho nacional que implementa la Directiva y la Decisión Marco. Las dudas sobre la validez de la Directiva 2002/90 derivan de considerar que menoscaba de forma desproporcionada los derechos fundamentales de las personas involucradas, principalmente por tipificar la ayuda a la entrada ilegal exista o no ánimo de lucro, sin que se exija a los Estados miembros eximir de responsabilidad penal a las personas que actúen con fines humanitarios o por obligación familiar⁵⁹.

República Checa, Estonia, Letonia, Lituania y Polonia) del Consejo de Europa, todos ellos de la UE, liderada por los dos primeros, dirigida al Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 22 de mayo de 2025: https://www.governo.it/sites/governo.it/files/Lettera_aperta_22052025.pdf. Es posible observar en ella la afirmación de que el TEDH ha «extendido el ámbito de aplicación del Convenio (...), alterando así el equilibrio entre los intereses que deben protegerse» y, por consiguiente, «limitado nuestra capacidad de tomar decisiones políticas en nuestras propias democracias». Parece ser que una de las directrices principales que guían el ánimo de la Carta es «eludir el principio de no devolución e imponer medidas significativas de vigilancia y detención a las personas que no pueden ser deportadas» (S. Steininger, 2025).

56 C-460/23, CLI:EU:C:2025:392 (Cfr. Peers, 2025; Rocca, 2025; Zirulia, 2025).

57 Véase *supra* el apartado 3.2.

58 En concurso con el delito de posesión de documentos de identidad falsos, previsto en el artículo 497 *bis* del Código Penal. Sin embargo, no se incoó un proceso penal contra la madre por entrada ilegal en territorio italiano (presentó una solicitud de protección internacional tras la detención).

59 Cabe recordar que, si bien el art. 1.2 de la Directiva 2002/90 permite a los Estados miembros no imponer sanciones cuando la ayuda se preste con fines humanitarios, también es cierto, como recordó el

En sus Conclusiones al caso, de 7 de noviembre de 2024, el Abogado general J. Richard de la Tour, considerará, en primer lugar, que la tipificación de la ayuda a la entrada irregular prevista en la Directiva 2002/90 no contiene ninguna indicación que permita entender que la actuación de un progenitor por sus obligaciones familiares no deba considerarse como una infracción de ayuda a la entrada. Entenderá, asimismo, que la mencionada Directiva es compatible con los principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas del art. 49 de la Carta. Y terminará concluyendo que corresponde al juez nacional remitente examinar la proporcionalidad de la normativa nacional controvertida en el caso, habida cuenta, en particular, de la posibilidad de eximir de responsabilidad penal a las personas que prestan ayuda por vínculos familiares, o de adaptar el régimen de sanciones que les es aplicable.

El Tribunal de Justicia responderá, sin embargo, que el comportamiento de esa persona que introduce en el territorio de un Estado miembro a menores nacionales de terceros países que la acompañan y sobre los que ejerce la custodia efectiva no está comprendido en la infracción general de ayuda a la entrada irregular prevista en el Derecho de la Unión. Dicho comportamiento no constituye una ayuda a la inmigración clandestina, que el Derecho de la Unión pretende combatir, sino el ejercicio de la responsabilidad que incumbe a esa persona respecto de esos menores, derivada de su relación familiar. De manera que el Derecho de la Unión se opone a una normativa nacional que sancione penalmente este comportamiento⁶⁰. Interpretar lo contrario implicaría, para el Tribunal de Justicia, una injerencia particularmente grave en el derecho fundamental al respeto de la vida familiar y en los derechos fundamentales del niño, consagrados en los artículos 7 y 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hasta el punto de menoscabar el contenido esencial de esos derechos fundamentales⁶¹. Además, estaría en juego, igualmente, el derecho de asilo (art. 18 de la Carta) de la madre al haber presentado esta, tras su detención, una solicitud de protección internacional. De este modo, que no puede considerarse que está en situación irregular mientras no se haya adoptado una decisión en primera instancia que resuelva sobre su solicitud y no puede estar expuesta a sanciones penales ni por su propia entrada irregular ni por el hecho de haber estado acompañada, en el momento de dicha entrada, de su hija y de su sobrina, sobre las que ejerce la custodia efectiva⁶².

Tribunal de Bolonia, que la actuación de la madre estaba incluida, desde el punto de vista material, en la infracción prevista en el apartado 1 del artículo 12 del texto único sobre inmigración y no en el ámbito de aplicación del apartado 2 de dicho artículo, en la medida en que esta última disposición establece que únicamente «las actividades de auxilio y ayuda humanitaria proporcionadas en Italia a los extranjeros en estado de necesidad y que ya estén presentes en el territorio del Estado» no constituyen una infracción (*cfr.* apdo. 27 de la STJ *Kinsa*).

⁶⁰ STJUE *Kinsa*, *cit.*, apdo 73.

⁶¹ STJUE *Kinsa*, *cit.*, apdos. 51 y ss.

⁶² STJUE *Kinsa*, *cit.*, apdos. 61 y ss. La madre declaró que había huido de su país de origen para ponerse a salvo de las amenazas de muerte dirigidas contra ella y su familia por parte de su antigua pareja, y que temía por la integridad física de las menores que la acompañaban.

A ello podría añadirse que sancionar penalmente la actitud de la madre, además de suponer una vulneración de los DFUE señalados, no podría considerarse compatible o coherente con los valores reconocidos en el art. 2 TUE, ya sean algunos referidos en la primera frase, como el de la dignidad y el respeto a los derechos humanos, o bien otros proclamados en la segunda, como la justicia o la solidaridad⁶³.

En todo caso, lo interesante de este supuesto es que deja claro cómo el órgano jurisdiccional nacional, el Tribunal de Bolonia, se pregunta por la coherencia de la normativa nacional con las directivas que viene a transponer y, a su vez, de este derecho derivado de la Unión con los artículos de la Carta DFUE comprometidos en el caso. Es precisamente esa dinámica de interpretación conforme «escalonada» la que, como ya hemos señalado más arriba, el TJUE confirma una vez más en esta Sentencia.

3. Control de la coherencia constitucional en un supuesto de «externalización» del proceso de asilo

Ya hemos señalado que son diversos los supuestos de externalización de la responsabilidad propia en el control migratorio que terminan generando dudas sobre su coherencia constitucional. Estos incluyen por ejemplo, la externalización de fronteras, la del retorno forzoso de migrantes mediante la creación de «centros de deportación» fuera de la UE, o la externalización del proceso de asilo (tramitación extraterritorial del asilo). En este momento nos ceñiremos a traer a colación muy brevemente un ejemplo reciente: el del supuesto que encierra el asunto *Alace y Canpelli* ante el Tribunal de Justicia de la UE, un caso sobre el que han sido dictadas las Conclusiones del Abogado General J. Richard de la Tour el pasado 10 de abril de 2025⁶⁴.

Se trata de un asunto que tiene su origen en el ya mencionado *Protocolo entre Italia y Albania*, firmado en Roma el 6 de noviembre de 2023, y ratificado por la Ley n.º 14 de 21 de febrero de 2024. Este Protocolo permite el traslado de solicitantes de asilo, tramitados mediante un procedimiento fronterizo acelerado, a centros de internamiento y retorno en Albania, considerando esos centros zonas fronterizas y de tránsito —desde donde, en su caso, poder realizar devoluciones—, si bien todo ello bajo la jurisdicción italiana, aunque se

63 La Abogada General T. Cápetá señalará —en las ya citadas Conclusiones al asunto *Comisión/Hungría* de 2025— en este sentido que los valores de la segunda frase del art. 2 TUE podrían entenderse como necesarios para la consecución de los valores expresados en la primera frase. Recordará al respecto la posición de J. Wouters (2020: pp. 258 y 259), quien sostiene que no debe establecerse ninguna distinción entre los valores enumerados en ambas frases.

64 Asuntos acumulados C-758/24 [*Alace*] y C-759/24 [*Canpelli*], ECLI:EU:C:2025:260. Debe señalarse que se ha emitido Sentencia sobre el caso el 1 de agosto de 2025, ECLI:EU:C:2025:591.

encuentren fuera del territorio de ese Estado. Italia ha puesto en marcha, en este sentido, los centros de Shengjin y Gjadër (de Leo, 2024; Rocca, 2025; Kanyamihanda, 2025). El fundamento utilizado para ello es la Directiva 2013/32/UE, de procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, de acuerdo con la cual los Estados miembros pueden hacer un examen —en su territorio, zonas fronterizas o de tránsito— de las solicitudes de protección internacional aplicando un procedimiento fronterizo acelerado cuando dichas solicitudes procedan de nacionales de países considerados seguros⁶⁵.

Pues bien, el mencionado caso trae causa de una cuestión prejudicial de interpretación planteada por el Tribunal Ordinario de Roma acerca, dicho de forma resumida, de las posibilidades para que un país pueda, mediante un acto con fuerza de ley (acto legislativo de 23 de octubre de 2024 por el que se agregaba, entre otros, a Bangladesh a la lista de países seguros⁶⁶), designar a un país como «país de origen seguro» de manera conforme con el Derecho de la UE. En el caso en cuestión los demandantes del litigio principal son dos nacionales de Bangladesh que, tras ser rescatados en alta mar por autoridades italianas, fueron trasladados —con arreglo al Protocolo señalado— a un centro de internamiento en Albania (Gjadër), donde presentaron sendas solicitudes de protección internacional. Dichas solicitudes fueron examinadas y denegadas por la autoridad italiana competente («por considerarlas manifestamente infundadas, puesto que no habían logrado desvirtuar la presunción de seguridad de su país de origen»), en vista de lo cual los demandantes interpusieron sendos recursos ante el mencionado Tribunal Ordinario de Roma, quien planteó la remisión prejudicial señalada.

Según el Abogado General J. Richard de la Tour, un Estado miembro sí puede designar a un país como «seguro» en virtud de un acto legislativo, siempre que a ese país se le considere «generalmente» como tal y la designación cumpla con el Derecho de la UE⁶⁷. Afirmará, también, que la designación, aunque se

65 Normativa que será sustituida en breve por el *Reglamento (UE) 2024/1348 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE*, el cual entró en vigor el 11 de junio de 2024, y será aplicable a partir del 12 de junio de 2026.

66 El mencionado acto con fuerza de ley es el Decreto-ley n.º 158 de medidas urgentes en materia de concesión de la protección internacional, de 23 de octubre de 2024, que venía a modificar el Decreto Legislativo n.º 25 por el que se transpone la Directiva 2005/85/CE sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. Es interesante destacar que, según establece el art. 1 de dicho Decreto-Ley: «En aplicación de los criterios de calificación establecidos en la normativa europea y de los resultados procedentes de las fuentes de información proporcionadas por las organizaciones internacionales competentes, se consideran países de origen seguros los siguientes: Albania, Argelia, Bangladesh, Bosnia y Herzegovina, Cabo Verde, Costa de Marfil, Egipto, Gambia, Georgia, Ghana, Kosovo, Macedonia del Norte, Marruecos, Montenegro, Perú, Senegal, Serbia, Sri Lanka y Túnez».

67 Véanse apdos. 79 y 96 de las Conclusiones. Resulta pertinente señalar a este respecto que, el 20 de junio de 2025, el Tribunal de Casación italiano presentó una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, debido a que se le planteaban dudas sobre la compatibilidad de la disposición

realice mediante acto legislativo, tiene que estar sometida a control judicial (para los casos en que se rechaza la solicitud) y que el Estado deberá divulgar las fuentes de información en las que se basa dicha designación, pudiendo el órgano jurisdiccional nacional competente, a falta de divulgación de estas fuentes, controlar la legalidad de dicha designación a partir de fuentes de información que él mismo haya recabado de entre las citadas en la Directiva. Y añadirá que la mencionada Directiva 2013/32 no se opone a que un Estado pueda atribuir ese estatuto de país de origen seguro incluso a Estados en los que existan grupos de personas que puedan estar «en riesgo» de persecución o de daños graves, siempre que esos grupos sean «limitados y claramente identificables», y ese Estado excluya a esas categorías del concepto de país seguro.

Es posible entender, en línea con las propias dudas del juez nacional y con la propia posición del Abogado General, que la designación de país seguro que expresa la mencionada Directiva de procedimientos debe ser interpretada de manera consistente con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial del art. 47 de la Carta, y de los arts. 6 y 13 del CEDH, de manera que se asegure que esa designación —sin perjuicio de que se haga por ley— pueda estar sometida a un control judicial efectivo. Así lo acaba de establecer el Tribunal de Justicia en la Sentencia recientemente dictada en el caso, precisando que los artículos 36, 37 y 46 de la Directiva 2013/32/UE leídos «a la luz del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea *deben interpretarse en el sentido de que*» no se oponen a que esta designación puede efectuarse mediante un acto legislativo, siempre que la misma «pueda ser objeto de un control jurisdiccional en lo que se refiere al cumplimiento de los requisitos materiales de tal designación»⁶⁸. A lo cual agregará que tales artículos deben interpretarse asimismo en el sentido de que el solicitante y el órgano jurisdiccional nacional deben poder acceder a las fuentes de información en las que se basa tal designación, exigencia que tiene por objeto garantizar una tutela judicial efectiva que permita al solicitante hacer valer eficazmente sus derechos y al juez nacional ejercer plenamente su control⁶⁹. No cabe olvidar que se trata de un control que termina implicando, a la postre, la garantía de otros derechos fundamentales en juego, como el derecho al asilo, el principio de *non refoulement*, o el derecho de defensa, entre otros. Resulta evidente, en esta línea, que el control de la coherencia constitucional de la actuación del poder público con respecto a esos derechos y valores de la Unión comienza por el respeto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva desarrollada por el juez nacional como juez de la Unión.

nacional que permite, en el marco del Protocolo mencionado, el traslado de migrantes a Albania con la Directiva de Retorno y la Directiva de Procedimientos de Asilo, fijándose en que la misma se basa en la ficción de actuar «como si» las personas se encontraran en territorio italiano (*vid.* de Leo, 2025).

68 Sentencia TJUE *Alace y Campelli*, *cit.*, apdo. 68.

69 Sentencia TJUE *Alace y Campelli*, *cit.*, apdo. 88.

Por otro lado, sin embargo, resulta cuando menos dudosa, desde la perspectiva de la congruencia constitucional, la posición del Abogado General al entender posible la designación de país seguro de forma «parcial»; esto es, aun cuando ciertas categorías limitadas de personas pueden estar expuestas a un riesgo de persecución o de daños graves (p. ej., personas LGTBIQ+, víctimas de violencia de género, minorías étnicas o religiosas, etc.).⁷⁰ Parece discutible su adecuación con diversos valores del art. 2 del TUE, como la dignidad humana, la igualdad, el respeto de los derechos humanos de las minorías, la no discriminación o la justicia, y con los derechos fundamentales conexos de la Carta de DFUE. Sea como fuere, se hace evidente, también aquí, la necesidad de resolver el caso desde la dinámica de la interpretación conforme a los derechos y valores compartidos de la UE. EL TJUE ha concluido en esta línea que la Directiva en cuestión, leída a la luz del art. 47 de la Carta de DFUE, debe interpretarse en el sentido de que «se opone a que un Estado miembro designe como país de origen seguro a un tercer país que no cumpla, para determinadas categorías de personas, los requisitos materiales para tal designación, enunciados en el anexo I de dicha Directiva»⁷¹.

VI. CONCLUSIONES

El Juez nacional es el garante de la coherencia constitucional de la actuación estatal (y, en cierta medida, también de la de las instituciones europeas) con respecto a los valores art. 2 TUE y los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluido, notablemente, en una materia tan sensible como la migración y el asilo. Esta labor de garantía se realiza a través de la obligación, establecida por el Derecho de la Unión, de interpretar el *Derecho nacional* de conformidad con el Derecho de la UE, incluidos aquellos valores y derechos. A ello añade la jurisprudencia del TJUE que esa obligación de exégesis conforme incluye también el deber de interpretar el *Derecho derivado* de la Unión de aplicación en el caso (directivas, reglamentos, etc.) de modo congruente con esos valores y derechos fundamentales de la Unión. Una interpretación conforme «escalonada». Un instrumento capital para que el Juez nacional que actúa como Juez de la Unión desarrolle esa labor tuitiva es la cuestión prejudicial ante el TJUE. Bien la prejudicial de interpretación, para saber cómo interpretar el Derecho de la UE en caso de duda (se trate de Derecho derivado u originario, incluida la Carta de DFUE); y/o la prejudicial de validez, cuando entienda que los actos de los órganos e instituciones de

⁷⁰ Vale la pena resaltar que el TJUE ya estableció en la previa STJUE de 4 de octubre de 2024 (*Ministerstvo Vnitřní České Republiky*, C-406/22, ECLI:EU:C:2024:841) que el Derecho de la Unión no permite a un Estado miembro designar como país de origen seguro únicamente una parte del territorio del país tercero de que se trate (designación parcial); por lo que los criterios que permiten esa designación deben cumplirse en todo su territorio.

⁷¹ Sentencia TJUE *Alace y Campelli*, cit., apdo. 109.

la Unión son incompatibles con el Derecho de la UE, particularmente con sus valores y derechos fundamentales.

La idea de que una actuación de los poderes públicos nacionales o europeos, en el ámbito de actuación del Derecho de la Unión debe necesariamente ser «coherente» con los valores y derechos fundamentales de la UE implica o presupone un cambio de gran magnitud, una sacudida estructural en materia de derechos y del juez encargado de tutelarlos. Una transformación que deriva de la entrada en vigor de la Carta de DFUE (a partir de 2009) y del reconocimiento de la vinculatoriedad de los valores fundamentales de la UE del art. 2 TUE por el TJUE (desde 2018), en conexión con el contenido del papel del juez nacional a partir del art. 19.1(2) del TUE, y de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sobre todo ello (particularmente de la ya mencionada doctrina *Akerberg Fransson/Melloni* en materia de derechos fundamentales). Todo lo cual ha ido empapando el Derecho nacional como lluvia más o menos fina y, a veces, incluso torrencial. Sin embargo, los cambios no dejan de ser «recientes» y, ciertamente, todavía se está lejos de asumir toda su envergadura y eficacia.

Desde entonces, y en esto radica gran parte del cambio: *ni* los derechos fundamentales que se aplican en los Estados de la Unión *ni* el juez nacional encargado de garantizarlos son exactamente los mismos. El análisis de la coherencia constitucional de las actuaciones de los poderes públicos en materia migratoria, materia que entra de ello en el ámbito de actuación del Derecho de la UE, puede ayudar bastante a comprobarlo. En primer lugar, y tras lo señalado, podremos observar que los derechos *no* son exactamente los mismos. Expresado de forma muy sucinta: el derecho al asilo que rige y prevalece en un Estado de la UE, pongamos por caso en España, ya no es (solo) el recogido en la Constitución (art. 13.4 leído a través de la cláusula de apertura del art. 10.2), sino el del art. 18.2 de la Carta de DFUE y del 78 del TFUE (que impone, desde el Derecho de la UE, el deber de ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como a los demás tratados pertinentes); el principio de *non refoulement* (reconocido implícitamente desde la combinación de los mencionados art. 13.4 y 10.2 de la CE) debe también ser preeminentemente entendido y aplicado a la luz del art. 19.2 de la Carta de DFUE (respetando, —ex art. 52.3 de la Carta— el art. 3 del CEDH); la prohibición de expulsión colectiva habrá de ser aplicada, de forma preferente, de modo conforme el art. 19.2 de la misma (en conexión con el art. 4 del Protocolo 4 del Convenio Europeo)⁷²; el entendimiento que debe imponerse de la prohibición de

72 Ya se ha indicado, en otro lugar, la importancia del art. 52.3 de la Carta DFUE, señalando que: en la medida en que los derechos de la presente Carta corresponden también a derechos garantizados por el CEDH, su sentido y alcance, incluidas las limitaciones que se admiten, son los mismos que prevé el CEDH; y que esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa. Ahondando ahora un poco más en la cuestión (a la luz de las Explicaciones elaboradas bajo la autoridad del *Praesidium* de la Convención que redactó la Carta para guiar en la interpretación de la misma, las cuales, según el

la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes es el del art. 4 de la Carta (a la luz del art. 3 del CEDH); y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y las garantías procesales que deben respetarse en la materia deberán en todo caso ser respetuosas (incluso por encima del entendimiento del art. 24 CE) con lo establecido y derivado del art. 47 de la Carta de DFUE en conexión con el art. 19.1 (2) del TUE (desde el respeto de los art. 6 y 13 del Convenio); etc. Todo ello debe apreciarse teniendo en cuenta dos matices importantes. Por una parte, la mencionada jurisprudencia *Akerberg Fransson/Melloni* del TJUE, la cual deja cierto margen para la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales de acuerdo con lo establecido en la Constitución nacional, pero solo para la situación en la que la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión, y siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión. Y por otra, que la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales deberá realizarse en conexión con el deber de respeto, jurídicamente vinculante, de los valores del art. 2 TUE. Se trata de valores tales como la dignidad, el Estado de Derecho, la libertad, la igualdad, la justicia o la solidaridad. En este sentido, los derechos fundamentales y los valores implicados en los casos que se han señalado de instrumentalización de personas migrantes en la frontera, de «criminalización» de la ayuda humanitaria o de «externalización» del proceso de asilo son, prioritariamente, los establecidos por el Derecho de la Unión.

Y, en segundo lugar, hay que resaltar, igualmente, que el Juez nacional encargado de «garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión», sobre la base del mencionado art. 19.1 (2) TUE y de la vasta jurisprudencia del TJUE al respecto, es un Juez que debe ahora hacer primar o prevalecer ante todo los mencionados valores y DFUE, sea ante el Derecho derivado de la Unión o ante las actuaciones nacionales adoptadas para su ejecución. Cuenta para ello con toda la panoplia de instrumentos con los que lo dota el Derecho de la UE en defensa de su eficacia y primacía (interpretación conforme del Derecho nacional con el Derecho de la Unión; inaplicación de las disposiciones normativas incompatibles con el mismo; planteamiento de la cuestión prejudicial de interpretación o de la de validez; etc.).

art. 52.7 de la Carta deberán ser «tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros») podemos recordar que: (1) cuando el legislador establezca límites a los derechos de la misma deberá «respetar las mismas normas establecidas por el régimen preciso de limitaciones contemplado en el CEDH, que se aplican por consiguiente a los derechos contemplados por este apartado»; (2) la referencia al CEDH se refiere tanto al Convenio como a sus Protocolos; (3) «el sentido y el alcance de los derechos garantizados se determinan no sólo por el texto de estos instrumentos, sino también por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea». Y (4) que el objetivo de la última frase del art. 52.3 de la Carta, es permitir a la Unión garantizar una protección más amplia, de manera que, «en cualquier caso, el nivel de protección ofrecido por la Carta no puede nunca ser inferior al garantizado por el CEDH».

Unido a ello, es posible aventurar, todavía, un cambio ulterior. Un cambio que parte de una percepción intuitiva sobre cierta diferencia entre las ideas de «coherencia constitucional» y «validez constitucional» de una medida o decisión normativa. Comparto que debe existir cierta identidad conceptual entre ambos conceptos, pues la idea de validez no sólo debe referirse al cumplimiento de los requisitos para la producción de esa medida o decisión normativa en cuestión —requisitos de procedimiento y competencia— sino que debe englobar la exigencia de su coherencia con los principios y valores constitucionales: la coherencia consitucional. Sin embargo, creo que hay también algo de cierto en que, mientras el control de la «validez» constitucional de un acto jurídico —esto es, la determinación de si es o no válido— se entiende normalmente ceñido al ámbito de lo jurídico y monopolizado por quienes ejercen el control jurídico de esa constitucionalidad, el control de la «coherencia» constitucional de un acto apela también —o apela mejor— a lo metajurídico, al universo de las obligaciones morales y políticas con las que nos identificamos, y no concierne únicamente a quien ejerce el control jurídico de validez, ni se entiende monopolizado por este. La responsabilidad de ese control de coherencia respecto a los valores y derechos fundamentales se extiende *también*, de alguna manera, sobre todos/as los ciudadanos/as que conviven en la Comunidad política, quienes pueden sentirse concernidos o comprometidos —política y moralmente— por el respeto a tales valores por parte de los poderes públicos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Alonso García, R. (2022). El proceso de europeización del Tribunal Constitucional. *Journal of Human Security and Global Law*, 1, 11-30.
- Alonso García, R. y Andrés Sáenz de Santa María, P. (2022). *El sistema europeo de fuentes*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Amnesty International (2020). Punishing compassion: Solidarity on trial in Fortress Europe. EUR 01/1828/2020, Disponible en: <https://www.amnesty.org/en/documents/eur01/1828/2020/en/>
- Ancite-Jepifánova, A. (2025). A. From the EU-Belarus Border to Strasbourg: The Cases on 'Migrant Instrumentalisation' Before the ECtHR. *VerfBlog*, 2025/3/03. <https://verfassungsblog.de/eu-belarus-border-migrant-instrumentalisation/>
- Arzoz Santisteban, X. (2022). *Transformaciones judiciales. Karlsruhe y los derechos fundamentales de la Unión Europea*. Madrid: CEPC.
- Athanasίου, G. (2025). Rethinking Article 2 TEU: AG Čapeta's Opinion in the Context of Recent CJEU Case Law. *VerfBlog*, 2025/6/20. <https://verfassungsblog.de/rethinking-article-2-teu/>
- Bast, J. y von Bogdandy, A. (2024a). Parte fondamentale e nucleo costituzionale dei Trattati europei. Sulla legittimità del nuovo costituzionalismo della CGUE. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 3, 793-824.

- Bast, J. y von Bogdandy, A. (2024b). The constitutional core of the Union: on the CJEU's new, principled constitutionalism. *Common Market Law Review*, 61, 1471-1500.
- Brandariz, J.A. (2024). Crimigración: los riesgos del uso creciente del Derecho migratorio en el marco del sistema penal. *Derecho penal y Criminología*, 45 (119), 145-170.
- Bertomeu Navarro, A. (2021). *Reconocimiento y tutela del principio de non-refoulement en el Derecho de la Unión Europea*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters.
- Bertomeu Navarro, A. (2022). *Origen y fundamentos del principio de non-refoulement en el marco del Derecho Internacional de las personas refugiadas*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters.
- Comisión Española de Ayuda al Refugiado – CEAR (2024). *El Pacto Europeo sobre Migración y Asilo. Retos y amenazas para los derechos humanos*, Madrid: CEAR. <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2024/04/Pacto-Europeo-de-Migracion-y-Asilo-retos-y-amenazas.pdf>
- Colomo, H. (2025). *Un estudio crítico sobre la expulsión de personas extranjeras del artículo 89 del Código Penal*. Pamplona: Aranzadi.
- Costello, C. y Zirulia, S (2024). Pushing Back: How to Limit Overcriminalisation of Assistance to Those in Need of Protection. *VerfBlog*, 2024/2/29, <https://verfassungsblog.de/pushing-back/>
- Cruz Villalón, P. (2021). ¿Una forma de cooperación judicial no reclamada? Sobre la extensión del amparo a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 25 (1), 57-85.
- De Leo, A. (2024). Managing Migration the Italian Way: The «Innovative» Italy-Albania Deal under Scrutiny. *VerfBlog*, 2024/10/29, <https://verfassungsblog.de/managing-migration-the-italian-way/>
- De Leo, A. (2025). Managing Migration the Italian Way II: The 'Innovative' Italy-Albania Deal at the ECJ. *VerfBlog*, 2025/6/27, <https://verfassungsblog.de/managing-migration-the-italian-way-ii/>
- Donaire Villa, F. J. (2024). Solidaridad normativa y derechos fundamentales en el Código de Fronteras Shengen, *Revista Vasca de Administración Pública*, 128, 2, 127-262.
- Fasia, E. (2021). In Court for Saving Lives: The Binder and Mardini case, *VerfBlog*, 2021/11/24, <https://verfassungsblog.de/in-court-for-saving-lives/>
- Ganty, S., Ancite-Jepifánova, A., Kochenov, D.V. (2024). EU Lawlessness Law at the EU-Belarusian Border: Torture and Dehumanisation Excused by 'Instrumentalisation'. *Hague Journal on the Rule of Law*, 16, 739-774.
- Gatta, G.L., Mitsilegas, V., Zirulia, S. (2021). «Introduction». En la obra editada por los mismos: *Controlling Immigration Through Criminal Law*. Oxford: Hart Publishing, Oxford.
- Gutiérrez-Fons, J.A. (2023). El Tribunal de Justicia y la Unión Europea como una 'unión de valores'. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 76, 11-28.
- Haket, S (2019). *The EU Law Duty of Consistent Interpretation in German, Irish and Dutch Courts*. Cambridge-Antwerp-Chicago: Intersentia.
- Hruschka, K. (2025). Umsetzung verboten?: Vom Normwiederholungsverbot zum Normwiederholungsgebot. *VerfBlog*, 2025/6/13, <https://verfassungsblog.de/umsetzung-verboten/>

- Kaiser, L., Knecht, A, Spieker, L.D. (2024). European Society Strikes Back: The Member States Embrace Article 2 TEU in Commission v Hungary. *VerfBlog*, 2024/11/26, <https://verfassungsblog.de/european-society-strikes-back/>
- Kanyamihanda, A. (2025). Safe for whom?: The Advocate General's Opinion in LC and LP v Commissione Territoriale per il riconoscimento della Protezione Internazionale di Roma. *VerfBlog*, 2025/5/15, <https://verfassungsblog.de/safe-for-whom/>
- Martínez Alarcón, M^a. L. (2025). Sistema Europeo Común de Asilo y solidaridad en el Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración. VVAA. *Libro homenaje a la Prof. Paloma Biglino Campos*. Madrid: CEPC.
- Mitsilegas, V. (2020). Cartografía de la externalización del control migratorio. Ideas a partir del régimen de la UE sobre tráfico ilícito de migrantes. *Revista Española de Derecho Europeo*, 73-74, 23-64.
- Mitsilegas, V. (2022). The EU external border as a site of preventive (in)justice. *European Law Journal*, 28, 4-6, 263-280.
- Moreno-Lax, V (2024). Solidarity Crimes, Legitimacy Limits: Punishing Civil Obedience as an Abuse of Power. *VerfBlog*, 24/4/17, <https://verfassungsblog.de/solidarity-crimes-legitimacy-limits/>
- Peers, S. (2025). A candle in the dark: the CJEU rules against criminalising parents for smuggling their children. *EU Law Analysis*, 3 June 2025. <https://eulawanalysis.blogspot.com/2025/06/a-candle-in-dark-cjeu-rules-against.html>
- PICUM o Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants (2024). *Cases of criminalisation of migration and solidarity in the EU in 2023*. <https://picum.org/wp-content/uploads/2024/04/Cases-of-criminalisation-of-migration-and-solidarity-in-the-EU-in-2023.pdf>
- PICUM o Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants (2025). *Criminalisation of migration and solidarity in the EU. 2024 Report*. <https://picum.org/wp-content/uploads/2025/04/Criminalisation-of-migration-and-solidarity-in-the-EU-2024-report.pdf>
- Pinyol Jiménez, G. (2025). *La securitización de la política de inmigración y asilo de la Unión Europea (1999-2024). Una aproximación desde la Escuela de Copenhague*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Porrás Ramírez, J. M^a. (2024). Blindar las fronteras de la Unión Europea para garantizar la libre circulación. El refuerzo del *enfoque securitario* en el nuevo Pacto sobre Migración y Asilo. *Revista de Estudios Políticos*, 205, 57-90.
- Porrás Ramírez, J. M^a. (2025). La migración, ¿solución o problema? la sesgada respuesta de la unión europea. *Teoría y Realidad Constitucional*, 55, 115-140.
- Rocca, M. (2025). *Longing for Safety before the European Court of Justice: The Advocate General's Advisory Opinion in Alace and Canpelli*. *VerfBlog*, 2025/5/07, <https://verfassungsblog.de/alace-canpelli-italy-albania/>,
- Rocca, M. (2025). In the End... Who Cares?: The CJEU's Kinsa Judgment. *VerfBlog*, 2025/6/30, <https://verfassungsblog.de/kinsa-judgment-charter/>
- Quintero Olivares, G. (2024). Populismo y derecho penal. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 48, 281-301.
- Schmalz, D. (2025). Migrant «Instrumentalisation» before the ICJ: The Case of Lithuania v. Belarus. *VerfBlog*, 2025/6/06, <https://verfassungsblog.de/migrant-instrumentalisation-before-the-icj/>

- Shipley Gozalo, T. (2024). La aplicación judicial de los valores del artículo 2 TUE: ¿Hacia una aplicación autónoma?. *RJUAM*, 49, 2024-I, 169-192.
- Spieker, L.D. (2023). *EU values Before the Court of Justice. Foundations, Potential, Risks*. Oxford: Oxford University Press (1^a ed.).
- Steininger, S. (2025). What Are Human Rights For?: On the May 2025 Danish-Italian Public Letter to the ECtHR. *VerfBlog*, 2025/6/02, <https://verfassungsblog.de/letter-human-rights-european-court-migration/>
- Stumpf, J. (2006). The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power. *American University Law Review*, 56, no. 2, 367-419.
- Thym, D. (2025). Kippt in Brüssel das individuelle Asylrecht?: EU-Kommission für legale 'Pushbacks' an den EU-Außengrenzen. *VerfBlog*, 2025/2/12, <https://verfassungsblog.de/kippt-in-brussel-das-individuelle-asylrecht/>
- Ugartemendia Eceizabarrena, J.I. (2023). *La interpretación conforme al Derecho de la Unión Europea: especial referencia al intérprete constitucional*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Wouters, J. (2020). Revisiting Art. 2 TEU: A True Union of Values?. *European Papers*, 2020, 5, 1, 255-277.
- Xiol, J.A. y X. Arzoz (2024). *La Carta de Derechos Fundamentales de la UE como canon del recurso de amparo*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Zeza, M. (2018). La racionalidad de la ponderación judicial: análisis de las teorías de Robert Alexy y Riccardo Guastini, *Materiales de Filosofía del Derecho*, 3, <https://e-archivo.uc3m.es/entities/publication/31fb6613-73a0-41f9-b869-0c32a12987a5>
- Zirulia, S. (2023). *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Tra overcriminalisation e tutela dei diritti fondamentali*, Torino: Giappichelli.
- Zirulia, S. (2024). Waiting for Kinsa: The Criminalisation of Facilitating Irregular Immigration before the CJEU. *VerfBlog*, 2024/6/10, <https://verfassungsblog.de/waiting-for-kinsa/>
- Zirulia, S. (2025). The Legacy of Kinsa. using Proportionality to Limit the Criminalisation of Solidarity, *VerfBlog*, 2025/6/26. <https://verfassungsblog.de/kinsa-judgment-proportionality/>

TITLE: *Migration Policies and Constitutional Coherence: A Perspective from the European Union's Fundamental Values and Rights*.

ABSTRACT: *The aim of these pages is, on the one hand, to point out the existence of certain measures and decisions of public authorities, in the field of European and national policies on migration and asylum, that generate doubts or suspicions about their congruence or consistency with the values of Article 2 TEU and the fundamental rights of the EU. On the other hand, the aim is also to point out, also, what could or should be, following the case law of the Court of Justice of the European Union (CJEU), the action of the national judge to try to ensure this consistency. It should be borne in mind that this congruence must appear not only in the creation of normative provisions, whether European or national, but also in their interpretation and application, especially in judicial interpretation and application. Ultimately, this analysis will help to emphasize that, in the national sphere of action of Union law, also in the area of migration and asylum policies, the «new» rights—those of the EU Charter, which acquired legally binding force with the entry into force of the Treaty of Lisbon (2009)—as well as the values of Article 2 TEU, also amended by that Treaty, must govern and prevail. And that the judge in charge of their protection at the internal level is the national judge*

who applies Union law, a judge obliged to interpret national law in accordance with Union law, and in particular, with its values and fundamental rights.

RESUMEN: El objetivo de estas páginas consiste, por un lado, en apuntar la existencia de ciertas medidas y decisiones del poder público en el ámbito de las políticas europeas y nacionales en materia de migración y asilo que generan dudas o reparos acerca de su congruencia o coherencia con los valores del artículo 2 TUE y los derechos fundamentales de la UE. Y, por otro lado, en apuntar, igualmente, cuál podría o debería ser, siguiendo a la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), la actuación del juez nacional para tratar de garantizar esa coherencia. Conviene tener presente que esta congruencia debe manifestarse no solo a la hora de crear disposiciones normativas, europeas o nacionales, sino, también, a la hora de su interpretación y aplicación, sobre todo en la interpretación y aplicación jurisdiccional. En última instancia, este análisis contribuirá a resaltar que, en el ámbito nacional de actuación del Derecho de la Unión, también en el relativo a las políticas de migración y asilo, rigen y deben prevalecer unos derechos «nuevos», los de la Carta de DFUE, que adquirió fuerza jurídicamente vinculante con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2009), así como los valores del art. 2 del TUE, también modificado por dicho Tratado. Y que el juez encargado de su tutela en el ámbito interno es el Juez nacional que aplica Derecho de la Unión, un juez obligado a interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho de la Unión, y en particular, con sus valores y derechos fundamentales.

KEYWORDS: Migration policies, judicial obligation of consistent interpretation, constitutional coherence, fundamental rights of the European Union, values of Article 2 TEU.

PALABRAS CLAVE: Políticas migratorias, obligación jurisdiccional de interpretación conforme, coherencia constitucional, derechos fundamentales de la Unión Europea, valores del art. 2 TUE.

FECHA DE RECEPCIÓN: 03.07.2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 29.09.2025

CÓMO CITAR/ CITATION: Ugartemendia Eceizabarrena, J. I. (2025). Políticas migratorias y coherencia constitucional. Una visión desde los valores y derechos fundamentales de la Unión Europea. *Teoría y Realidad Constitucional*, 56, 289-325.

