

POSSIBILITATS D'EMPARA DAVANT LA COMISSIÓ I EL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA

En cas d'una obstaculització sistemàtica i
permanent de la consulta pel dret a decidir per
part de l'Estat.

28 de novembre de 2012

Antoni Bayona Rocamora

Contingut

Quin podria ser el fonament d'aquesta tesi ?	3
Quina transcendència podria tenir aquesta situació als efectes de la Unió Europea?	6
Seria possible considerar que es produeix una infracció o un incompliment del dret comunitari?	9
Hi han arguments per a defensar que l'incompliment dels valors fundacionals per part de l'Estat membre també pot ser susceptible d'empara per part del TJUE?	10
Quina seria la via procedimental per accedir al TJUE?	14

En el document *“La convocatòria d’una consulta popular per via de referèndum: possibilitats i escenaris a considerar”*, de 26 d’octubre de 2012, es va avançar la possibilitat de demanar empara a la Unió Europea en el cas que l’Estat espanyol adoptés una actitud d’obstaculització sistemàtica de qualsevol iniciativa per a consultar als ciutadans de Catalunya sobre el dret a decidir.

Com es diu en aquell document, aquesta empara es podria demanar per via política mitjançant el procediment de l’article 7 TUE, via que és de difícil aplicació pràctica. Recordem que aquest article 7 TUE preveu que les institucions comunitàries poden iniciar un procediment per constatar si un Estat membre actua de manera que suposa un risc clar i greu d’incompliment dels valors fundacionals de l’article 2 TUE o es produeix efectivament una violació greu i persistent d’aquests valors. Tanmateix aquest procediment, que pot tenir conseqüències polítiques importants pel que fa a la posició de l’Estat membre, requereixen que es donin unes condicions de decisió en el si de la UE (Consell i Parlament) que fan d’aplicació difícil i complexa.

Per aquesta raó és molt important saber si hi ha arguments de naturalesa *jurídica* per sostenir que una actitud com l’exposada podria considerar-se com un *supòsit d’incompliment* dels Tractats, susceptible d’obrir una *via d’empara jurídica* davant el Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE).

Cal avançar que aquesta via no està clarament contemplada en el dret de la Unió Europea i pot ser difícil d’assumir *“a priori”*. Això comporta la necessitat de construir un argumentari que li doni base i fonament, amb el rigor jurídic corresponent. En les línies que segueixen intentarem demostrar que el dret europeu podria permetre aquest tipus d’empara judicial si finalment es produís un escenari d’obstaculització sistemàtica de la consulta pel dret a decidir, amb l’existència d’un suport electoral majoritari a favor d’aquesta consulta com a resultat de les darreres eleccions a Catalunya.

Quin podria ser el fonament d'aquesta tesi ?

Aquesta tesi es podria construir sobre la base de la *vulneració dels drets fonamentals i del principi democràtic* com a valors essencials en què es fonamenta la UE.

- La consulta a la ciutadania, especialment en el cas dels referèndums, és un dret fonamental de participació política, el qual inclou la participació per a l'elecció de representants (democràcia representativa) i també la *participació directa* (democràcia participativa), de la qual els referèndums o les consultes en són un dels seus instruments bàsics.

Aquest dret de participació està contemplat a l'article 23.1 CE i a l'article 29.1 i 6 de l'EAC. En aquest darrer cas, el dret de participació reconeix expressament el dret dels ciutadans a promoure la convocatòria de consultes populars.

El dret de participació política directa no és només un dret fonamental en el sentit previst en l'ordenament constitucional intern, sinó que té naturalesa de dret humà bàsic, d'acord amb els principals Tractats i Convenis internacionals. Cal esmentar en aquest sentit els articles 21.1 de la Declaració Universal de l'Home de 1948 i el 25 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics de 1966, que reconeixen de forma clara i expressa el dret dels ciutadans de participar en els assumptes públics, *directament*, o per mitjà de representants lliurement elegits.

- Òbviament, el reconeixement constitucional i de dret internacional del dret de participació, no significa que aquest dret sigui absolut o que es pugui exercir sense límits o condicions. Això dependrà de com es reguli per part dels Estats i cal reconèixer un marge ampli de decisió interna en aquest sentit.

Ara bé, el reconeixement del dret a nivell constitucional i internacional suposa una garantia davant possibles regulacions que restringeixin l'ús dels processos participatius més enllà de límits raonables o fins el punt de fer-los inviables a la

pràctica i, òbviament, d'actituds governamentals especialment restrictives en l'aplicació de les normes per impedir la seva realització quan hi hagi una causa suficientment justificada i sòlida per a demanar la seva aplicació.

- El que s'acaba de dir enllaça directament amb el principi democràtic com a valor suprem de l'Estat constitucional, que es troba indestructiblement connectat amb el dret de participació.

La democràcia és, essencialment, participació, i el dret de participació inclou les dues vessants de participació representativa i participativa, que no poden ser considerades de manera independent, sinó *complementària*, tal i com ho ha entès la doctrina i la jurisprudència.

Aquesta relació tant estreta permet sostenir que l'ús dels mitjans de participació directa (via referèndum o consulta) està especialment justificat i esdevenir fins i tot necessari, quan actua com a *complement o ratificació* d'una voluntat prèviament expressada mitjançant l'exercici de la democràcia representativa.

Si en l'exercici de la democràcia representativa (procés electoral) s'ha evidenciat l'existència d'una majoria parlamentària a favor d'un programa o programes polítics que preveuen la consulta als ciutadans sobre una determinada qüestió (en aquest cas sobre el dret a decidir), és obvi que el compliment del mateix principi democràtic fa necessari que aquest escenari es pugui fer realitat si:

- a) La consulta es pot fer d'acord amb la llei
- b) Si la consulta no comporta ni vol obtenir com a efecte jurídic directe la ruptura del marc constitucional o legal, sinó conèixer només la voluntat dels ciutadans sobre una determinada qüestió.

El compliment d'aquests dos requisits en el cas d'una consulta pel dret a decidir ha estat degudament argumentat en el document *"La convocatòria d'una*

consulta popular per via de referèndum: possibilitats i escenaris a considerar”, de 26 d’octubre de 2012, al qual ens remeten.

- La relació entre democràcia i participació es fa especialment evident en el cas de decisions que poden tenir especial transcendència pels ciutadans, entre les quals no hi ha dubte que es troben els processos de secessió o d’independència.

En els països democràtics que pretenen assolir aquest objectiu de forma pacífica, es pot observar com les dues manifestacions del dret de participació es consideren un requisit *necessari i complementari*. Els processos de consulta són iniciats a partir de majories parlamentàries que han permès constatar prèviament la voluntat ciutadana i completats per una consulta directa, entenent que aquesta és necessària en un cas com aquest per a poder legitimar el procés. El cas de Quebec i d’Escòcia són perfectament il·lustratius i evidencien que el principi democràtic *no pot impedir* la realització d’una consulta si aquesta opció política ha estat prèviament oferta i acceptada pels ciutadans en un procés electoral previ.

En aquests casos, cal admetre l’existència d’un marge de maniobra o de negociació sobre la realització de la consulta entre el Govern central i el territorial, *però en cap cas una negativa de ple i absoluta a la possibilitat de fer la consulta*.

Una actitud com aquesta atemptaria contra la voluntat expressada a les urnes i suposaria un obstacle injustificat d’un procés participatiu directe que resulta necessari o especialment convenient en un cas com aquest i que seria perfectament legítim, legal i coherent amb el principi democràtic.

- També resultaria clarament incompatible amb la doctrina establerta pel Consell d’Europa en matèria de referèndums. En el document *“La convocatòria d’una consulta popular per via de referèndum: possibilitats i escenaris a considerar”* de 26 d’octubre de 2012 (veure apartat 6) es va exposar abastament el sentit i significat d’una doctrina que veu en el referèndum una forma de participació

que els Estats membres han d'incentivar i potenciar i no sotmetre a limitacions injustificades d'acord amb el Codi de bones pràctiques en aquesta matèria aprovat pel mateix Consell d'Europa.

D'altra banda, cal recordar també la importància que el Consell d'Europa ha donat als referèndums en els supòsits de secessió (cas Montenegro), considerant-lo com la fórmula idònia i necessària perquè un procés d'aquesta naturalesa es pugui produir amb la màxima normalitat i d'acord amb el principi democràtic.

D'acord amb el que s'acaba d'exposar la primera premissa de la reflexió en que es fa en aquest document és que una negativa radical i sistemàtica de l'Estat a considerar l'autorització d'una consulta referendària pel dret a decidir o una actitud obstaculitzadora a la possibilitat de fer una consulta no referendària després que el darrer procés electoral hagi donat un suport majoritari a aquesta demanda, pot ser considerada com una actuació *contrària al principi democràtic i vulneradora del dret de participació política* reconegut per la Constitució, l'Estatut i els Tractats internacionals sobre drets i llibertats fonamentals de la persona.

Quina transcendència podria tenir aquesta situació als efectes de la Unió Europea?

L'exercici del dret a decidir en les relacions entre Catalunya i Espanya és, *a priori*, una qüestió constitucional *interna* que no afecta al dret comunitari. La Comunicació de la Comissió Europea de 12 de novembre de 2012, recorda que aquesta és una qüestió d'organització interna que està relacionada amb les disposicions constitucionals dels Estats membres.

Ara bé, una cosa és que el tema correspongui a l'àmbit intern dels Estats membres, i una altra de diferent és si en la resolució del tema es poden produir *situacions o actuacions* que puguin ser contràries o incompatibles amb els valors i principis que els

Tractats exigeixen per *formar part* de la Unió Europea i que els Estats també han de respectar per a *continuar formant-ne part*. Això requereix fer dues consideracions:

- La primera és que el Tractat de la Unió Europea (TUE) diu clarament en el seu article 2 que la Unió *es fonamenta* en els valors de respecte a la dignitat humana, llibertat, *democràcia*, igualtat, Estat de dret i *respecte dels drets humans* i afegeix tot seguit que aquests valors *són comuns* als Estats membres en una societat que s'ha de caracteritzar pel *pluralisme*, la no discriminació, la *tolerància*, la justícia, la solidaritat i la igualtat entre homes i dones.

Cal destacar de manera especial que aquests valors no són només de la Unió Europea, entesa com a organització, sinó que es consideren *comuns als Estats* que l'integren. Això significa que els Estats han de garantir en el seu *àmbit intern o nacional* la preservació d'aquests valors com a requisit necessari per a l'adhesió a la UE i per a formar-ne part.

El component obligacional d'aquests valors post-adhesió es fa palès quan l'article 7 del mateix TUE preveu un procediment especial per a constatar el risc de violació greu dels valors fundacionals, que pot arribar a la suspensió dels drets de vot en el Consell, fins que l'Estat membre no modifiqui la situació d'incompliment.

El procediment de garantia de l'article 7 TUE és de naturalesa política i molt difícil d'aplicar (tot i que hi ha algun precedent). Però cal assenyalar que la Comissió Europea, en la seva condició de "guardiana dels Tractats" utilitza actualment els valors fundacionals de l'article 2 TUE per a fer un seguiment de les actuacions internes d'alguns Estats que es consideren contràries a aquests valors, especialment amb relació als drets fonamentals (Hongria).

- La segona consideració que cal fer té relació directa amb el respecte i protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals en l'àmbit de la Unió Europea.

Les institucions de la Unió Europea i, de manera especial, el Tribunal de Justícia de la UE, han establert una línia d'actuació molt clara a favor de la protecció dels drets fonamentals en l'àmbit de la Unió Europea i de l'aplicació del dret

comunitari. En l'àmbit jurisprudencial aquesta línia es va iniciar molt aviat (afer *Staubert*) i s'ha mantingut constant i evolutiva i en l'àmbit institucional els progressos també han estat evidents amb la incorporació i reforçament progressiu dels drets humans en els mateixos Tractats, que ha culminat amb el Tractat de la Unió Europea (TUE) i amb la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea (CDFUE) que té el mateix valor jurídic que els Tractats.

Cal destacar de manera especial l'article 6.3 del TUE, segons el qual els drets fonamentals que garanteix el Conveni Europeu per a la protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals (CEDH, Roma 1950) i els que són fruit de les tradicions constitucionals comunes als Estats membres, formen part del Dret de la Unió com a principis generals.

També és important destacar la relació que s'estableix entre el concepte de *ciutadania de la Unió* i els drets que aquesta atribueix als que en són titulars. L'article 20.2 el Tractat de Funcionament de la Unió Europea (TFUE) reconeix uns drets específics de ciutadania, però afegeix que també ho són *tots* els drets reconeguts en els Tractats a més dels que reconeix també la Carta Europea de Drets Fonamentals.

Les consideracions que s'acaben de fer posen en relleu la importància que la UE dóna als drets i llibertats fonamentals i al principi democràtic com a valors inherents a la Unió. El seu respecte és condició necessària perquè els Estats membres formin part de la UE (sentit dels articles 2 i 7 TUE) i els drets fonamentals s'han convertit en part integrant del dret de la Unió Europea com a principis generals (article 6 TUE) o com a contingut dels drets de ciutadania europea (article 20.2 TFUE i CDFUE).

Seria possible considerar que es produeix una infracció o un incompliment del dret comunitari?

Deixant de banda el mecanisme “polític “ previst a l’article 7 TUE per vetllar pel respecte per part dels Estats membres dels valors en què es fonamenta la Unió Europea, la qüestió que és pot plantejar és si en la hipòtesi d’una obstaculització frontal i sistemàtica al procés de consulta per part de l’Estat espanyol, aquesta actuació podria ser considerada jurídicament incompatible amb els Tractats i el dret comunitari. Si s’arribés a aquesta conclusió, s’obriria la possibilitat d’utilitzar els mecanismes de garantia jurisdiccional (TJUE) previstos als Tractats.

Donar una resposta a aquesta qüestió no és fàcil i obliga a tenir en compte diversos elements:

- En primer lloc, el principi general segons el qual la invocació dels drets fonamentals a què es refereixen els tractats i la seva protecció per part de les institucions de la UE, s’ha de relacionar amb *les competències de la Unió o l’aplicació del dret comunitari*.

Això significaria que el supòsit d’infracció s’ha de situar en actes o decisions de la UE o dels Estats membres, però en aquest darrer cas sempre i quan executin obligacions derivades directament del dret comunitari o adoptin mesures per a implementar-lo.

Cal tenir present en aquest sentit la doctrina del TJUE segons la qual els drets fonamentals als quals es refereixen els Tractats s’apliquen als Estats membres només quan actuen dins “l’àmbit d’aplicació del dret de la Unió” . I també recordar que l’article 51 de la CDFUE reitera aquest principi i precisa que la Carta no amplia l’àmbit d’aplicació del dret comunitari més enllà de les competències de la Unió , ni crea cap competència nova per a la Unió.

Aquest seria un inconvenient greu per a la tesi que aquí es defensa, ja que el procés que estem considerant (consulta per al dret a decidir) és *un tema intern que no té connexió directa amb el dret comunitari*.

- En segon lloc, cal recordar que els únics drets de participació política que reconeix la CDFUE es refereixen a les eleccions al Parlament Europeu i a les municipals (articles 39 i 40) i que entre els drets del Conveni Europeu per a la Protecció dels Drets Humans i les Llibertats Fonamentals que l'article 6 del TUE considera que forma part del dret comunitari com a principis generals, no es troba el de participació política directa (el Protocol número 3 del Conveni només es refereix al dret de participació política per a l'elecció del cos legislatiu, es a dir, a la participació "representativa"). Per tant, tampoc es podria incloure el procés de consulta pel dret a decidir en l'àmbit d'un dret fonamental de naturalesa "europea" o reconegut i emparat t directament pels Tractats.

Les dues consideracions que s'acaben de fer semblen reduir les possibilitats operatives de l'incompliment dels valors de l'article 2 TUE a la via "política" de l'article 7 TUE, sense permetre entrar en el terreny de la garantia jurisdiccional europea.

Hi han arguments per a defensar que l'incompliment dels valors fundacionals per part de l'Estat membre també pot ser susceptible d'empara per part del TJUE?

Fins fa poc s'ha considerat que la protecció dels valors fundacionals de la Unió Europea, que han de ser també garantits pels Estats membres, només es poden protegir per la via excepcional i política de l'article 7 TUE.

En aquest cas no existeixen els límits que hem vist en el punt anterior perquè s'entén que aquests valors són autònoms (es a dir, no necessàriament connectats amb l'exercici o aplicació del dret comunitari) i han de ser sempre respectats pels Estats

membres, fins i tot en les *“situacions merament internes”*. El deteriorament d'aquests valors en el si d'un Estat membre afectaria a les bases en què es fonamenta la Unió, especialment pel que fa al reconeixement mutu, i posaria en qüestió la premissa que la Unió s'assenta sobre sistemes polítics *respectuosos amb la democràcia i els drets fonamentals*.

Per tant, sembla clar que el respecte als valors de l'article 2 TUE ha de ser aplicable a qualsevol autoritat pública *“en tot” l'espai jurídic europeu*, inclosos els interns, al marge del respecte dels drets comunitaris en sentit propi o estricte.

I entre aquests valors, recordem que es troba la *democràcia* i els drets de *participació política* que formen part dels *drets humans* reconeguts en els Tractats Internacionals, que també queden compresos en la referència genèrica de l'article 2 TUE.

En aquest context s'han produït recentment algunes aportacions doctrinals i jurisprudencials que permeten atribuir també *un contingut jurídic* a l'incompliment dels drets fonamentals, en la seva condició de valors fundacionals de la Unió Europea, fins i tot en l'àmbit *d'actuació interna* dels Estats, *si és donen determinades circumstàncies*.

La tesi de fons és que aquests valors i de manera especial els drets fonamentals consagrats en l'article 2 TUE, han de ser considerats com l'*essència* dels drets que formen part de l'estatut del ciutadà de la Unió, atès que el seu respecte pels Estats membres és consideració necessària no només per accedir a la Unió, sinó també per continuar formant-ne part (article 2 TUE). Aquest estatut de ciutadania europea té, doncs, una dimensió interna perquè *protegeix* també els ciutadans de possibles excessos d'un Estat membre que repercuteixin en els seus drets i expectatives com a ciutadans europeus a partir de l'obligació que té el seu Estat de respectar els *valors-condició* de l'article 2 TUE.

Segons aquesta tesi, una violació per part d'un Estat membre dels principis i drets garantits per l'article 2 TUE, podria ser considerada com una violació de l'essència de la ciutadania de la Unió i també com un incompliment dels Tractats.

En l'àmbit jurisprudencial, aquesta línia argumental es pot deduir de les sentències del TJUE *Rothman* de 2008 i *Ruiz Zambrano*, de 2009, quan construeixen la idea de l'essència dels drets conferits per l'estatut del ciutadà de la Unió i determinen que aquest element essencial s'oposa a *mesures nacionals* que permetin o produeixin l'efecte de privar als ciutadans dels drets derivats del seu estatut de ciutadà de la Unió.

En l'àmbit doctrinal s'ha donat un pas més desenvolupant aquest plantejament i establint uns requisits d'aplicació perquè la violació pugui donar lloc a l'empara judicial del TJUE (VON BOGDANDY). Les premisses necessàries serien les següents:

- Els Estats membres retenen la seva autonomia de decisió en el *seu àmbit intern* i, en funció d'ella, cal *presumir* que compleixen i asseguren l'essència dels drets fonamentals i, en general, dels valors consagrats a l'article 2 TUE. Això comporta en principi, que, un ciutadà de la Unió no es pot valer dels drets de ciutadania europea per invocar una violació de l'article 2 TUE. El respecte a la identitat nacional exigeix també que fora de l'àmbit dels drets reconeguts a la CDFUE tampoc es pugui invocar aquesta violació.
- Tanmateix, aquesta presumpció de compliment pot ser posada en qüestió i *refutada* si la situació que es presenta no és una violació aïllada sinó que demostra l'existència d'unes mancances o d'un incompliment que per la seva gravetat i reiteració, poden ser considerades com un *dèficit sistèmic* que *erosioni els fonaments de l'espai jurídic europeu* i que, en conseqüència afectin també l'essència de la ciutadania de la Unió en posar en qüestió els valors fundacionals de l'article 2 TUE.
- Si la naturalesa dels fets permet refutar la presumpció de compliment es podria obrir la via judicial davant el TJUE, sense que en aquest cas es pogués al·legar que s'afecta l'àmbit intern de competència de l'Estat.

Aquest argument es podria posar en qüestió si es pretengués aplicar a tot el conjunt complet de drets fonamentals europeus de l'article 6 TUE, però té molta més força i sentit si es centra única i exclusivament en l'essència dels drets fonamentals d'acord amb la lògica de l'article 2 TUE. És inqüestionable

que el respecte a l'essència dels drets fonamentals d'acord de l'article 2 TUE compren tots els exercicis d'autoritat pública per part dels Estats membres i que les institucions de la Unió estan capacitades per exigir el seu compliment segons l'article 7 TUE. Per tant, en aquest cas, no es creen noves obligacions per a l'Estat, ni tampoc s'afegeixen competències a la Unió.

- També es pot rebatre un possible contra argument en el sentit que la defensa dels valors de l'article 2 TUE té una única via de realització, que és la via "política" prevista per l'article 7 TUE, que exclouria la via judicial.

Però el fet que existeixi la via de l'article 7 TUE no és determinant per excloure la possible intervenció jurisdiccional, especialment quan després de les modificacions introduïdes pel Tractat de Lisboa, es pot considerar que l'article 2 TUE queda sotmès a la competència del TJUE d'acord amb el mandat que li dóna ara el Tractat de garantir genèricament el *respecte del "Dret"* en la interpretació i aplicació dels Tractats (article 19.1 TUE).

Les consideracions que s'acaben de fer permeten sostenir que una *obstaculització sistemàtica, permanent i injustificada* a la realització d'un referèndum o d'una consulta sobre el dret a decidir en contra de la voluntat clarament expressada en un procés electoral podria ser considerada com una actuació *contrària al valor de la democràcia i dels drets fonamentals (dret de participació política)* en els quals es fonamenta la Unió Europea i que han de respectar sempre els Estats membres, fins i tot en les seves decisions merament internes.

Aquest escenari permetria plantejar a la Unió Europea l'aplicació de la via "política" de l'article 7 TUE, però també podria permetre, d'acord amb els arguments exposats, la judicialització d'aquest conflicte per via de la intervenció del TJUE.

Aquesta opció passaria per considerar que l'incompliment dels valors de l'article 2 TUE es pot subjectivitzar com una violació de l'essència dels drets de ciutadania que justifiqui poder demanar l'empara davant el TJUE.

Aquesta podria ser una opció possible i fins i tot més flexible políticament parlant, perquè evitaria la confrontació directa entre la Unió i l'Estat membre a la que donaria

lloc la via de l'article 7 TUE, situant la qüestió en un àmbit més *tècnic i objectiu* (però no menys rellevant) com seria el de remetre al TJUE la verificació de si s'han incomplert o no en aquest cas els valors de l'article 2 TUE.

Quina seria la via procedimental per accedir al TJUE?

El TFUE preveu diversos procediments per accedir al TJUE i obtenir una decisió d'aquesta institució de la UE. Tanmateix no tots poden ser utilitzables perquè cada procediment obeeix a unes raons pròpies i diferents dels altres, que condicionen els supòsits aplicatius i també la legitimació per a posar-los en marxa.

En la hipòtesi que aquí estem contemplant, es tracta de veure quin procediment podria permetre accedir al TJUE, a partir de tres consideracions bàsiques:

- a) La naturalesa dels fets o actes a considerar
 - b) Els supòsits d'infracció o incompliment dels Tractats al·legables.
 - c) Els límits a la legitimació que poden existir
- Pel que fa a la naturalesa dels fets, la hipòtesi de treball seria que l'Estat espanyol ha adoptat una actitud sistemàtica i persistent d'impedir o obstaculitzar la realització de la consulta, malgrat que aquesta voluntat hagi estat expressada majoritàriament pels ciutadans en un procés electoral i la Generalitat o els propis ciutadans hagin promogut les iniciatives legítimes corresponents per a realitzar la consulta.
 - Pel que fa als supòsits d'infracció o incompliment dels Tractats i del dret europeu, la tesi és la de considerar que una actitud d'aquesta naturalesa per part de l'Estat seria contrària al *principi democràtic* i al dret fonamental de *participació política*, especialment si el dret intern permet realitzar la consulta i si el resultat de la consulta no suposa, en si mateixa, cap vulneració del marc constitucional.

El que s'estaria incomplint són dos dels valors que consagra l'article 2 TUE, quan diu que la UE es fonamenta en el respecte als *drets humans* i en la *democràcia*, valors que són comuns als estats membres i que, per tant, també afecten al seu capteniment intern.

- Pel que fa al procediment idoni per a accedir al TJUE, la qüestió es podria enfocar des de la perspectiva dels "*afectats*" o de les mateixes *institucions europees*.

En el primer cas, els afectats i possibles legitimats podrien ser els ciutadans (que es veuen afectats en el seu dret de participació, especialment si es donés el cas d'una iniciativa de consulta popular) o la Generalitat com a impulsora dels processos de consulta.

Tanmateix, això requereix considerar la seva legitimació per accedir al TJUE i la idoneïtat del procediment a utilitzar.

Les característiques que presenta un escenari com el que aquí es planteja, faria difícil aplicar el procediment *prejudicial* de l'article 267 TFUE, que està pensat per situacions més concretes que afecten a drets individuals i a tot el dret europeu en general. A banda d'això cal presumir la dificultat que un tribunal espanyol adoptés en un cas com aquest, la decisió de plantejar una qüestió prejudicial davant el TJUE.

- La hipòtesi procedimental que tindria més sentit considerar i que es podria justificar en el nostre cas, és la que preveu l'article 258 TFUE (*procediment per incompliment dels Tractats*). Aquest procediment és l'idoni per a determinar si un Estat membre ha incomplert les obligacions que l'imposen els Tractats de la Unió i el pot iniciar la *Comissió Europea*, en la seva condició de "*guardiana dels Tractats*" i, per tant, d'òrgan encarregat de vetllar en primera instància pel seu compliment.

Aquest procediment es podria iniciar amb una *denúncia* argumentada de la Generalitat o d'un conjunt de ciutadans davant la Comissió, exposant la situació produïda i la greu afectació dels valors bàsics de la Unió que produeix i demanant

a la Comissió que estudiï el cas i plantegi recurs davant el TJUE per incompliment de l'Estat espanyol de les obligacions que l'imposen els Tractats.

Aquesta via té diversos elements positius a destacar:

- a) D'acord amb el que preveu l'article 258 TFUE, la Comissió estudia primer el cas i elabora un *dictamen* motivat al respecte després d'haver ofert a l'Estat afectat la possibilitat de presentar observacions.
- b) El dictamen de la Comissió pot constatar l'incompliment i demanar a l'Estat l'adopció de les mesures de correcció necessàries.
- c) Si l'Estat no compleix el dictamen de la Comissió, la Comissió pot recórrer finalment al TJUE, el qual constata mitjançant sentència, si hi ha hagut o no incompliment dels Tractats.

En conseqüència, la via procedimental de l'article 258 TFUE seria la més idònia en el cas que aquí estem contemplant i té l'avantatge de donar a la Comissió una *alternativa* a la via més política i excepcional de l'article 7 TUE. La via de l'article 258 TFUE té una fonamentació més tècnica i jurídica, la qual cosa atenua la càrrega política del conflicte entre la UE i l'Estat membre i pot servir com un primer pas abans de l'aplicació de mesures més excepcionals com són les de l'article 7 TUE.

El procediment previ de l'article 258 amb una sentència del TJUE permetria que la Comissió tingués un *aval jurídic* en la constatació d'un incompliment dels Tractats que caldria resoldre mitjançant l'adopció per l'Estat de les mesures necessàries per a complir la sentència dictada pel TJUE o bé adoptant per part de les institucions europees altres mesures en cas d'incompliment continuat de la sentència (amb conseqüències importants d'acord amb l'article 260 TFUE).

Com a darrer recurs, les institucions podrien posar en marxa el procediment de l'article 7 TUE si l'Estat continua mantenint-se en situació d'incompliment.