|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 75/2021 |
| Fecha | de 22 de julio de 2021 |
| Sala | Sección Primera |
| Magistrados | Don Juan José González Rivas, don Alfredo Montoya Melgar y don Cándido Conde-Pumpido Tourón. |
| Núm. de registro | 2058-2020 |
| Asunto | Recurso de amparo 2058-2020 |
| Fallo | Inadmitir el recurso de amparo núm. 2058-2020 interpuesto por Òmnium Cultural. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito recibido en el registro general de este tribunal el 29 de abril de 2020, el procurador de los tribunales don Luis Fernando Granados Bravo, en nombre y representación de la asociación Òmnium Cultural, interpuso recurso de amparo que, según su encabezamiento, se dirigía contra la resolución de 18 de noviembre de 2015 de la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) que le impuso multa de 200 000 €, contra la sentencia de 20 de diciembre del 2018 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que la declaró conforme a Derecho, contra el auto de 7 de noviembre del 2019 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo inadmitiendo la casación frente a aquella y contra la providencia de 6 de febrero del 2020 de la misma sala que inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones deducido frente a esta inadmisión.

2. Asamblea Nacional Catalana (ANC) y Òmnium Cultural (en adelante, ÒC) idearon y gestionaron, en función del proceso soberanista catalán, la campaña “Ara és l’hora”. Una de sus acciones fue la gigaencuesta, realizada en octubre y noviembre de 2014. El formulario presentaba: a) cuestionario de preguntas sobre las prioridades de Cataluña “cuando fuera un Estado”, y b) espacio para datos personales del encuestado y su consentimiento para tratarlos. Un modo de aplicar la gigaencuesta fue la “visita puerta a puerta” operada por 30 000 voluntarios. El territorio de Cataluña se dividió en 100 000 zonas (cada zona abarcaba pocos portales). A los voluntarios se les entregó un “kit de encuestador” con (a) tantos mapas de visita como zonas atribuidas y (b) un mapa de mapas.

Cada mapa de visita contenía (a) identificación de la caja de almacenamiento, del mapa en sí y del voluntario; (b) espacio para detallar el número de puertas; (c) resumen de visitas (distingue entre “no abren”, “no quieren hacer la encuesta” y “encuesta hecha”), y (d) espacio para realizar anotaciones por cada puerta; constan anotaciones como “no irá a votar, no es legal. NO”, “SI” o “No quiere atender. NO”. El código de mapa de visita y el de caja son códigos alfanuméricos, generados de forma automática y secuencial por un programa de ordenador. Señalan (a) el municipio, (b) un código dentro del municipio y (c) el equipo.

El kit de encuestador contiene una guía. Indica que la encuesta se llenaría por el encuestador, que anotaría las respuestas de forma que el interlocutor las viera. Consta también que se pedirían los datos personales, para poder procesar las respuestas de los encuestados y enviarles información de interés. Y que aquellos debían firmar la encuesta y dar su consentimiento para cumplir la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal (LOPD), señalando que “están en su derecho de hacerlo [no dar el consentimiento] y si no lo hacen, no recogemos ningún dato” (cabe insistir que en el material del curso, en un recuadro, en rojo con grandes tipos, se indica: “Es muy importante que si no se firma y acepta el formulario de la encuesta no se llene ningún dato”). Una vez finalizada, se anotará en el encabezamiento de la encuesta el código identificador y el código de voluntario.

ANC y ÒC crearon conjuntamente una base de datos para recoger las respuestas y los datos personales de los encuestados que consintieran. Además, firmaron un contrato con una entidad certificada al fin de destruir, luego de mecanizar las respuestas, los formularios en papel y el resto de material en papel (por ejemplo, los mapas de visita).

3. A la vista del resultado de la inspección de las sedes de ANC y de ÒC por el servicio de información de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) a raíz de varias denuncias, la Agencia (a) acordó iniciar procedimiento sancionador a ANC y a ÒC, por presunta infracción del art 7.2 LOPD (tratar datos personales de ideología sin consentimiento expreso) y (b) les requirió el cese en el uso ilícito de los datos personales, a lo que accedieron ANC y ÒC. Terminado el procedimiento, la AEPD entendió probado lo siguiente: a) Se programó que solo se hicieren encuestas con consentimiento, pero la aplicación informática recoge ambas categorías, pues el número total de encuestas era superior al número de encuestas con consentimiento; b) La introducción en la aplicación informática de los contenidos del formulario [(i) de las respuestas a la encuesta y (ii) de los datos personales de los encuestados] se hacía en una misma pantalla. Aunque se incorporaban a bases de datos distintas, tenían campos comunes que permitían conectar las respuestas a la encuesta con los datos personales del encuestador; c) Junto a los formularios (respuestas más datos personales), constan unos mapas de visita que contenían (i) un “resumen de visita” y (ii) anotaciones a mano de los encuestadores. Uno y otras incluían información de quienes —por no estar, no abrir u otro motivo— no hacían la encuesta, datos que la AEPD considera que reflejan una posición respecto del proceso soberanista; d) Los formularios en papel y los mapas de visita en papel, una vez mecanizados, se archivaban (los formularios sin separación entre respuestas y datos personales) en cajas identificadas con códigos que remitían a ámbitos espaciales reducidos, con lo que era fácil localizar las personas de referencia.

La resolución de 18 de noviembre de 2015 de la AEPD concluyó, a partir de los hechos probados referidos, que ANC y ÒC, al diseñar y desarrollar el tratamiento de datos, obviaron el art. 7.2 LOPD y que ello constituye infracción muy grave ex art. 44.4 b) LOPD. Apreciando una disminución de culpabilidad y antijuridicidad del hecho (art. 45.5 LOPD), la AEPD impuso a ÒC una sanción de 200 000 € (dentro del escalón inmediatamente inferior, que va de 40 000 € a 300 000 €), aparte de que impuso otra sanción igual y por los mismos hechos a ANC.

4. ANC y a ÒC recurrieron por separado sus sanciones, alegando su ilegalidad por varios motivos: a) no existen datos de carácter personal (los datos tratados no identifican a nivel del domicilio, por lo que no caber relacionarlos con personas); b) a pesar de existir datos personales no estaban incorporados a un fichero; c) se infringió el principio de responsabilidad (ni se declaró una responsabilidad solidaria, ni se procedió a individualizar la responsabilidad de cada entidad) y el de culpabilidad (la conducta sancionada no fue intencionada, ni tampoco negligente); d) se ha infringido el derecho a la defensa recogido en el art 24.2 CE (por no haber podido disponer como prueba de ciertas fotografías de las actividades inspectoras); e) se infringió el principio de legalidad al haber valorado ilógicamente las pruebas que obran en el expediente (lo que determina que se ha sancionado una conducta que no era típica); f) se ha infringido el principio de proporcionalidad (critica que la AEPD usara ciertos factores como agravantes y omitiera considerar algunos otros como atenuantes).

Subsidiariamente, adujo que los datos personales tratados no eran de ideología (al menos no son especialmente protegidos, solo las opiniones políticas tienen ese carácter según la Directiva 95/46/CE). Al no caber esa calificación, los hechos serían constitutivos de infracción grave [art. 44.3 b) LOPD], debiendo sancionarse ex art. 45.5 LOPD en el arco de las sanciones leves.

Subsidiariamente, aun manteniendo la declaración de una infracción muy grave y de una sanción en el escalón inmediatamente inferior, insta que, en virtud de una serie de atenuantes, la sanción se ajuste al mínimo previsto para las sanciones graves (40 000 €).

5. El recurso de ÒC se desestimó en sentencia de 20 de diciembre de 2018 de la Audiencia Nacional, frente a la que preparó casación por motivos próximos a los aducidos en instancia, inadmitida por auto del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2019, que se apoyó en que lo suscitado tenía “marcado carácter casuístico” o versaba sobre “valoración de elementos fácticos”. ÒC dedujo incidente de nulidad de actuaciones contra el citado auto de inadmisión, fundado en que la sanción repercute en el derecho de asociación [arts. 22 CE y 11 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH)], en el principio de legalidad sancionadora (arts. 25 CE y 7 CEDH), y en el derecho de propiedad previsto ex art 1, Protocolo 1 CEDH. El Tribunal Supremo lo inadmitió mediante providencia de 6 de febrero de 2020 (notificada al día siguiente), en la que destacó que “las vulneraciones de derechos fundamentales —derecho de asociación, derecho a la legalidad sancionadora y derecho a la protección de la propiedad— se imputan a la administración autora de la resolución recurrida en la instancia y a la sentencia que confirma dicha resolución, en algunos casos reiterando argumentos efectuados en la instancia y, otras veces, con argumentos nuevos que pudo aducir antes de dictarse sentencia”.

6. ÒC presentó el 29 de abril de 2020 recurso de amparo, fundado en tres motivos: a) lesión del derecho de asociación (arts. 22 CE y 11 CEDH) y a la legalidad sancionadora (arts. 25 CE y 7 CEDH); b) vulneración de la garantía de prohibición de desviación de poder del art. 18 CEDH en relación al derecho de asociación (art. 22 CE y art. 11 CEDH); c) vulneración del derecho a la protección de la propiedad (art. 1 del Protocolo 1 CEDH).

Expone, respecto al primer motivo, que “la actuación de la administración pública recurrida en el presente procedimiento, la AEPD, al imponer la sanción de 200 000 € a ÒC por los hechos que constan descritos en la resolución administrativa impugnada, vulneró el derecho fundamental de asociación de titularidad de la referida entidad de utilidad pública […] Los tribunales encargados de la revisión de dicha resolución a instancia de ÒC […] han mantenido la vulneración invocada al desestimar en sus resoluciones judiciales las peticiones de revocación instadas por la recurrente”. Alega respecto al fondo, con cita de la STEDH de 26 de abril de 2016, asunto Cumhuriyet Halk Partisi contra Turquía, que una multa de cuantía alta supone una injerencia en el derecho de asociación, por su aptitud para comprometer su existencia y actividades. Y que esta sanción sería una injerencia excesiva por varios motivos: a) la ley sancionadora [arts. 44.4 b) y 7.2 LOPD] no alcanza la previsibilidad exigible a una interferencia en un derecho fundamental, citando para avalar su criterio la STC 76/2019; b) que los hechos declarados probados se sancionasen con una multa, y más aún que su cuantía ascienda a 200 000 €, es fruto de una interpretación imprevisible de los arts. 44.4 b) y 7.2 LOPD, si se atiende “a la singularidad de la encuesta desarrollada y la inexistencia de precedentes sancionadores similares o análogos en relación a organizaciones no gubernamentales”; c) la multa de 200 000 €, aun cuando fuera previsible, no resulta necesaria en una sociedad democrática, pues la importancia del derecho de asociación para una sociedad civil activa obliga a la autoridad a optar por la medida restrictiva menos severa de las posibles y en ningún caso por una multa o una multa cuantiosa. Razona en este sentido que “en el caso presente, la conducta alegada contra ÒC es una infracción, discutible, de forma no intencionada de una simple norma administrativa. La ONG en ningún momento fue advertida del carácter presuntamente ilegal de sus acciones ni se ofreció la oportunidad de rectificar y/o borrar los datos objeto de controversia. Por el contrario, la autoridad administrativa impuso una pena extremadamente severa, por importe de 200 000 €, sin tener en cuenta que la persona sancionada era una organización no gubernamental, y vulnerando por tanto de manera flagrante el principio de proporcionalidad Y es que debemos poner necesariamente en valor cuando analizamos el principio de proporcionalidad y el principio de necesidad en una sociedad democrática, la vertiente subjetiva del presente caso. Es decir, no es baladí que el sujeto sancionado sea una asociación y que esta, además, sea una defensora de los derechos humanos”.

Y afirma, en cuanto al segundo motivo, que “tenemos fundadas razones para concluir que la AEPD actuó motivada por unos fines distintos a la protección de datos de terceros, y que, por tanto, esta actuación administrativa ilegítima que comprende una desviación de poder restringió de manera ilegítima la libertad de asociación”, lo que supone lesionar el art. 18 CEDH. Añade que, dada lo complejo de la prueba directa de esta desviación, cabe acreditarla mediante indicios, como que la multa se impone en un contexto social y político de conflicto entre la voluntad de autodeterminación que defiende ÒC y la voluntad de los poderes públicos del Estado de preservar la integridad territorial. Otro indicio sería la falta de precedente sancionador, la falta de oportunidad que da la AEPD para corregir el supuesto incumplimiento y el excesivo montante impuesto.

En fin, la demanda afirma que la imposición de una multa, si se dan ciertas condiciones, constituye injerencia en el derecho de propiedad (STEDH de 15 de noviembre de 2018, asunto Togrul contra Bulgaria), que solo sería admisible si a) está prevista en la ley y b) es necesaria en una sociedad democrática, remitiéndose en cuanto a estos dos extremos a lo indicado en la primera vulneración.

7. ANC, a quien se impuso por su participación en la “gigaencuesta” una sanción idéntica, que recurrió en vía contencioso-administrativa en parecidos términos, ha presentado un recurso de amparo el 8 de enero de 2020, pero fundado en motivos parcialmente distintos.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del recurso

Òmnium Cultural recurre en amparo la resolución de 18 de noviembre de 2015 de la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) que le impuso una multa de 200 000 € porque, al diseñar y desarrollar el tratamiento de datos personales ligado a la consulta llamada “gigaencuesta”, incumplió la obligación —art. 7.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal (en adelante, LOPD)— de recabar el consentimiento expreso del titular de los datos personales (al ser datos relativos a su ideología). Según la AEPD, ello constituye infracción muy grave [art. 44.4 b) LOPD], si bien, al apreciar motivos que avalan una disminución de culpabilidad y antijuridicidad del hecho (art. 45.5 LOPD), fijó la sanción en 200 000 € (dentro del escalón inmediatamente inferior, que va de 40 000 € a 300 000 €).

El recurso se dirige igualmente contra la sentencia de 20 de diciembre del 2018 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, contra el auto de 7 de noviembre del 2019 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo inadmitiendo la casación frente a aquella y, en fin, contra la providencia de 6 de febrero del 2020 de la misma sala que inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones deducido frente a la inadmisión del recurso de casación.

Los motivos, referidos sin distinción a todas las resolución indicadas, son: a) vulneración del derecho de asociación (arts. 22 CE y 11 CEDH) y a la legalidad sancionadora (arts. 25 CE y 7 CEDH); b) vulneración de la garantía de prohibición de desviación de poder del art. 18 CEDH en relación al derecho de asociación [art. 22 CE, art. 11 CEDH y art. 22 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP)]; c) vulneración del derecho a la protección de la propiedad (art. 1 del Protocolo 1 CEDH).

El primer motivo, como resulta de los antecedentes, se contrae por entero a la incidencia de la sanción sobre el derecho de asociación. Cuestiona la previsibilidad de la sanción, más solo desde la óptica de que, en tanto injerencia en el derecho de asociación, la sanción debe estar contemplada en una ley en sí misma previsible y ser objeto de una aplicación de la norma conforme a criterios previsibles y no extravagantes. Ningún argumento específico alude al menoscabo de la legalidad sancionadora, a pesar de mencionar ese derecho fundamental en el título del epígrafe. El examen de este primer motivo se ceñirá, por tanto, a la alegada afectación del derecho de asociación pues el derecho de propiedad se protege en el art. 33 CE, fuera por tanto del ámbito material tutelable a través del recurso de amparo constitucional (art. 53.2 CE). En conclusión, las consideraciones sobre la admisibilidad del recurso versarán sobre la alegada afectación al derecho de asociación y a la prohibición de desviación de poder.

2. Inadmisión del recurso de amparo por su presentación extemporánea

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) establece, para el caso de lesiones de derechos originadas en actos administrativos, que el plazo para interponer el recurso de amparo “será el de los veinte días siguientes a la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial” (art. 43 LOTC). Por contraste, cuando las violaciones “tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial”, el plazo asciende a los treinta días (art. 44 LOTC).

La demanda reconoce que las lesiones alegadas, ahora examinadas sobre su admisibilidad, surgen en la actividad sancionadora de la AEPD. Razona, respecto a la primera, que “la actuación de la administración pública recurrida, la AEPD, al imponer la sanción de 200 000 € a ÒC por los hechos que constan descritos en la resolución administrativa impugnada, vulneró el derecho fundamental de asociación del que es titular la referida entidad de utilidad pública […] Los tribunales de la jurisdicción contenciosa-administrativa […] han mantenido la vulneración invocada al desestimar en sus resoluciones judiciales las peticiones de revocación instadas por la recurrente”. Y afirma “tenemos fundadas razones para poder concluir que la AEPD actuó motivada por unos fines distintos a la protección de datos de terceros, y que, por tanto, esta actuación administrativa ilegítima que comprende una desviación de poder restringió de manera ilegítima la libertad de asociación de mi patrocinado”.

Más allá de la dicción de la demanda, este tribunal aprecia que, cuando se sostiene que una sanción administrativa entraña una injerencia injustificada en el derecho de asociación y constituye un supuesto de desviación de poder por perseguir fines distintos a los que legítimamente la justifican, la lesión en caso de verificarse surgiría necesariamente a partir de la actividad administrativa que impuso la sanción, no siendo posible imputar su origen inmediato y directo a las resoluciones judiciales sucesivas, que no harían otra cosa que no reparar, o “mantener” según dice la demanda, la lesión ya producida. Este es el corolario de la reiterada doctrina constitucional según la cual cuando, en los hechos de los que trae causa el recurso de amparo, las actuaciones administrativas preceden a las jurisdiccionales, la violación del derecho fundamental no deja de tener su origen inmediato y directo en el acto u omisión de la administración pública (art. 43 LOTC) por el mero hecho de que los órganos judiciales que intervienen posteriormente en el proceso judicial no hayan procedido a repararla (por todas, STC 87/2008, de 21 de julio, FJ 1).

La recurrente, por tanto, no puede encauzar sus quejas por la vía del art. 44 LOTC. El único cauce hábil es el del art. 43 LOTC, dentro del cual Audiencia Nacional y Tribunal Supremo solo juegan el papel de satisfacer el agotamiento de la vía judicial previa (“una vez agotada la vía judicial precedente” dice el art. 43.1 LOTC), que es garantía de la subsidiariedad del recurso de amparo. El plazo para deducir un recurso de amparo a través del art. 43 LOTC, que es lo que hace ÒC en esta ocasión, es de veinte días (art. 43.2 LOTC). Este plazo a contar desde el 7 de febrero de 2020 (notificación de la última resolución judicial) vencía el 9 de marzo de 2020 (contando ya el plazo de gracia ex art. 85.2 LOTC). El recurso de amparo se registró extemporáneamente el día 29 de abril de 2020. El acuerdo de 16 de marzo de 2020, por el que el Pleno del Tribunal Constitucional suspendió los plazos procesales durante la vigencia del Real Decreto 463/2020, no altera nada, en la medida en que la suspensión de plazos comenzó el 13 de marzo de 2020 y el plazo ya había vencido el previo 9 de marzo (contando con la regla del art. 85.2 LOTC).

Procede, a partir de lo razonado, tener este recurso de amparo por interpuesto de un modo extemporáneo, de donde deriva necesariamente su inadmisión a trámite.

3. Inadmisión del recurso de amparo por desconocer su carácter subsidiario

La demanda incumple otro requisito de procedibilidad. Las quejas consistentes en que la sanción administrativa ha vulnerado el derecho de asociación de ÒC y que incurre en desviación de poder no se alegan en la vía judicial previa tan pronto fue posible, con lo que la actora desconoció que el recurso de amparo es un mecanismo subsidiario de protección de derechos fundamentales.

Que esta tutela se confíe al juez ordinario y solo subsidiariamente al recurso de amparo constitucional conlleva que, si la lesión se origina en una acción administrativa, solo quepa elevarla a este tribunal “una vez agotada la vía judicial precedente”, dentro de la que debe invocarse tan pronto fuere posible. Este requisito “no resulta un mero formalismo retórico o inútil, pues tiene por finalidad, por una parte, que los órganos judiciales tengan la oportunidad de pronunciarse sobre la violación constitucional, haciendo posible el respeto y el restablecimiento del derecho constitucional en sede jurisdiccional ordinaria y, por otra, preservar el carácter subsidiario de la jurisdicción constitucional de amparo” [STC 128/2014, FJ 2 a)]. Esa misma doctrina constitucional resalta que “tal requisito ha de ser interpretado de manera flexible y con un criterio finalista, atendiendo, más que al puro formalismo de la expresada invocación del precepto constitucional que se estime infringido, a la exposición de un marco de alegaciones que permita al tribunal ordinario cumplir con su función de tutelar los derechos fundamentales y, en consecuencia, preservar el carácter subsidiario que ostenta el recurso de amparo constitucional”. Este enfoque guarda identidad de razón con la jurisprudencia europea que, para entender agotados los recursos internos, juzga bastante que la lesión se haya invocado “al menos en sustancia” (STEDH de 26 de mayo de 2020, asunto Gil Sanjuan contra España & 30).

a) Los antecedentes muestran que ni en la instancia ante la Audiencia Nacional ni en casación ante el Tribunal Supremo se formularon quejas relativas al derecho de asociación. Por el contrario, estas versaron: a) sobre si ocurrió el incumplimiento de la ley de protección de datos en que consiste la conducta sancionada (si los datos tratados eran de carácter personal, si constaban de un modo ordenado formando un “fichero”, si eran datos de especial protección y si a partir de la prueba existente cabía inferir que la actora trató esos datos sin el consentimiento requerido); b) sobre si la AEPD respetó las reglas sobre responsabilidad, culpabilidad y proporcionalidad propias del derecho sancionador y, en fin, c) sobre si la actora dispuso de todos los medios útiles de defensa.

No solo no se usó el nomen iuris “derecho de asociación”, sino que ninguna alegación aducida en la instancia o en el recurso de casación se apoyó por la actora ni directa ni mediatamente en su condición de asociación, ni en que la multa producía efectos sobre su acción asociativa. Ni siquiera hizo esto al invocar la regla de proporcionalidad, a cuyo amparo lo único que ÒC denunció es que, a su juicio, concurrían en los hechos del caso varias atenuantes (art. 45.4 LOPD) ligadas al tratamiento de los datos (ausencia de intencionalidad, de falta de diligencia o de reincidencia, así como volumen de la infracción) y a la inexistencia de perjuicios sobre sus titulares.

En estas circunstancias, las sentencias respectivas, vinculadas por el principio de congruencia, respondieron a las cuestiones planteadas y no hicieron pronunciamientos en relación al efecto que la sanción podía proyectar sobre el derecho de asociación. La recurrente, al no plantear ni siquiera en sustancia que la sanción constituía una injerencia injustificada en el derecho de asociación, no suministró ese mínimo marco de alegaciones que permitiera a los jueces ordinarios, en este caso la Audiencia Nacional en instancia y el Tribunal Supremo en casación, cumplir su función de tutelar los derechos fundamentales y preservar la subsidiariedad del recurso de amparo.

En el incidente de nulidad de actuaciones deducido frente al auto de inadmisión de la casación es donde se invoca por primera vez que la sanción examinada lesiona el derecho de asociación. Siendo remedio extraordinario que solo procede para denunciar lesiones que no han podido alegarse con anterioridad (art. 241 LOPJ), el Tribunal Supremo se limitó a inadmitir estas quejas porque, pudiendo haberse suscitado previamente, aparecían en ese momento como cuestiones nuevas.

Esta alegación nueva, que ÒC vuelve a formular en la demanda de amparo, consiste en que la sanción examinada es una injerencia excesiva en el derecho de asociación por tres motivos: a) que la ley sancionadora [arts. 44.4 b) y 7.2 LOPD] no alcanza la previsibilidad exigible a una interferencia en un derecho fundamental, citando para avalar su criterio la STC 76/2019; b) que los hechos declarados probados se sancionasen con una multa, y más aún que su cuantía fuera de 200 000 €, es fruto de una lectura imprevisible de los arts. 44.4 b) y 7.2 LOPD, si se atiende “a la singularidad de la encuesta desarrollada y la inexistencia de precedentes sancionadores similares o análogos en relación a organizaciones no gubernamentales”; c) que la multa de 200 000 €, aun cuando fuera previsible, no era necesaria en una sociedad democrática, pues la relevancia del derecho de asociación para una sociedad civil activa obliga a la autoridad a optar por la medida restrictiva menos severa de las posibles y en ningún caso por una multa o una multa cuantiosa.

b) El motivo inicial imputa falta de previsibilidad a la misma ley sancionadora cuando la impugnación en la instancia y en casación reunía varias quejas sobre cómo se aplicó la ley, ninguna atacando la ley directamente. El motivo segundo y tercero se proyectan sobre la aplicación de la ley sancionadora, pero lo hacen poniendo el acento en que, dado que la recurrente era una asociación de gran implantación en Cataluña, la imposición de una multa cuantiosa revelaba una interpretación imprevisible de la ley o que la AEPD había derivado de ella una consecuencia que por ser demasiado severa no era necesaria en una sociedad democrática. Los escritos de recurso en la instancia y en casación, como ya se ha detallado, se centran en discutir la correcta aplicación de la ley de protección de datos, en su vertiente sustantiva, en su dimensión sancionadora y en cuanto a su defensa en el proceso, sin aludir en ningún momento a que la interpretación de esta norma debiera tener presente el colindante derecho de asociación que ahora viene a traerse a colación por la recurrente.

En suma, aun con la óptica flexible propia de la jurisprudencia constitucional y europea, no cabe sino apreciar que estas cuestiones relativas a la afectación del derecho de asociación por la sanción examinada no estaban planteadas, ni siquiera en sustancia, en la instancia ante la Audiencia Nacional o en el recurso de casación ante el Tribunal Supremo, de modo que ni la una ni el otro tuvieron oportunidad alguna de cumplir con su función de tutelar en primer término los derechos fundamentales, lo que en este momento conlleva la inadmisión de este recurso de amparo por obviar el carácter subsidiario que presenta este mecanismo de tutela de derechos fundamentales.

c) Lo mismo ocurre con la invocación de vulneración de la garantía de prohibición de desviación de poder del art. 18 CEDH en relación al derecho de asociación (art. 22 CE, art. 11 CEDH y art. 22 PIDCP. Se expuso en el apartado inmediatamente anterior cuáles fueron las cuestiones deducidas en la instancia ante la Audiencia Nacional y en casación ante el Tribunal Supremo. De esa exposición resulta que ni en un momento ni en otro se mencionó el art. 18 CEDH, ni tampoco la garantía de prohibición de desviación de poder. No solo no se usó el nomen iuris “desviación de poder”, sino que ninguna alegación aducida en la instancia o en el recurso de casación se sustentó por la actora, ni directa ni mediatamente, en que la imposición de la sanción o el alcance de su cuantía, obedeciese, en lugar de a proteger los datos personales de los encuestados, a un fin distinto como hostigar a Òmnium Cultural por su posición política de apoyo al proceso soberanista en Cataluña.

En efecto, los escritos de recurso en la instancia y en casación, como ya se ha detallado, asumen que la actuación de la AEPD se atenía a los fines que justifican la potestad sancionadora que tiene atribuida legalmente, discutiendo únicamente la correcta aplicación de la Ley de protección de datos, tanto en su vertiente sustantiva (si concurren los elementos objetivos para que entrase en juego la obligación prevista en el art. 7.2 LOPD) como en su dimensión sancionadora (si la AEPD respetó la reglas sobre responsabilidad, culpabilidad y proporcionalidad propias del derecho sancionador en materia de protección de datos personales).

4. En conclusión, aun con la óptica flexible propia de la doctrina constitucional y la jurisprudencia europea, no cabe sino apreciar que estas cuestiones relativas a que la sanción de la AEPD incurriera en desviación de poder prohibida por el art. 18 CEDH en relación al derecho de asociación no estaban planteadas, ni siquiera en sustancia, en la instancia ante la Audiencia Nacional o en el recurso de casación ante el Tribunal Supremo, de modo que ni la una ni el otro tuvieron oportunidad alguna de cumplir con su función de tutelar en primer término los derechos fundamentales, lo que en este momento conlleva la inadmisión de este recurso de amparo por obviar el carácter subsidiario que presenta este mecanismo de tutela de derechos fundamentales.

Por lo expuesto, la Sección

ACUERDA

Inadmitir el recurso de amparo núm. 2058-2020 interpuesto por Òmnium Cultural.

Madrid, a veintidós de julio de dos mil veintiuno.