

TRADUCCION REALIZADA POR EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL  
(Centro de Documentación Judicial CENDOJ)

GRAN SALA

**EN EL ASUNTO VALLIANATOS *ET ALII* CONTRA GRECIA,**

*(Demandas nº 29381/09 y 32684/09)*

SENTENCIA

ESTRASBURGO

07 de noviembre de 2013

*Esta sentencia es firme. Puede sufrir correcciones de estilo.*

**En el asunto Vallianatos *et alii* contra Grecia,**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), constituido en Gran Sala compuesta por:

DeanSpielmann ,*president e,*

Josep Casadevall,

Guido Raimondi,

InetaZiemele,

Mark Villiger,

Isabelle Berro-Lefèvre,

Peer Lorenzen,

DanuteJociene,

MirjanaLazarovaTrajkovska,

LediBianku,

AngelikaNußberger,

Julia Laffranque,

Paulo Pinto de Albuquerque,

Linos-Alexandre Sicilianos,

Erik Møse,

André Potocki,

Ale?Pejchal, jueces,

y de Michael O'Boyle, *subsecretario*,

Tras haber deliberado a puerta cerrada el 16 de enero y 11 de septiembre de 2013,

Dicta la siguiente sentencia adoptada en esta última fecha:

#### PROCEDIMIENTO

1. El asunto tiene su origen en dos demandas (nº 29381/09 y 32684/09) contra la República Helénica presentadas ante el Tribunal el 6 y 25 de mayo de 2009, respectivamente, en virtud del *artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* ("el Convenio"): la primera (nº 29381/09) por dos ciudadanos griegos, Don GrigorisVallianatos y Don NikolaosMylonas, nacidos en 1956 y 1958 respectivamente, y la segunda (nº 32684/09) por seis ciudadanos griegos, C.S., E.D., K.T., M.P., A.H. y D.N., así como por la asociación "Synthessi - Information, sensibilisation, recherche", persona jurídica con sede en Atenas (demanda nº 32684/09).

2. En lo relativo a la demanda nº 29381/09, los demandantes han estado representados por el Observador Griego de Helsinki, una organización no gubernamental con sede en GlykaNera (Atenas). En cuanto a la demanda nº 32684/09, los demandantes han estado representados por Don N. Alivizatos y Don E. Mallios, abogados de Atenas. El gobierno griego ("el Gobierno") ha estado representado por los delegados de su agente, Doña A. Grigoriou y Doña G. Papadaki, asesoras en el Consejo Jurídico del Estado, así como por Don D. Kalogiros, auditor del Consejo Jurídico del Estado.

3. Los demandantes alegaron concretamente que, desde el punto de vista de los *artículos 8 y 14 en concurso, el hecho de que el "pacto de convivencia" establecido por la Ley nº 3719/2008* se refiriese únicamente a las parejas formadas por personas mayores de edad de distinto sexo atentaba contra su derecho a la vida privada y familiar y suponía una discriminación injustificada entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, en detrimento de estas últimas.

4. Las demandas fueron asignadas a la sección primera del Tribunal (*artículo 52 § 1 del Reglamento*). *El 3 de febrero de 2011*, esta decidió comunicarlas al Gobierno. Según contempla el artículo 29 § 1 del Convenio, decidió, además, que se pronunciaría al mismo tiempo sobre la admisibilidad y el fondo del asunto. Por último, la presidenta en ejercicio de la sala estimó la solicitud de anonimato formulada por los seis primeros demandantes en la demanda nº 32684/09 (*artículo 47 § 3 del Reglamento del Tribunal*).

5. El 11 de septiembre de 2012, la sala, compuesta por Nina Vajic, Peer Lorenzen, Elisabeth Steiner, MirjanaLazarovaTrajkovska, Julia Laffranque, Linos-Alexandre Sicilianos y Erik Møse, así como por SørenNielsen, secretario de la sección, se inhibió en el asunto a favor de la Gran Sala, ya que ninguna de las partes, consultadas al efecto, se había opuesto a ello (artículo 30 del Convenio y artículo 72 del Reglamento). La composición de la Gran Sala se resolvió de conformidad con los artículos 26 §§ 4 y 5 del Convenio y 24 del Reglamento.

6. Tanto los demandantes como el Gobierno presentaron escritos de alegaciones sobre la admisibilidad y el fondo de las demandas (artículo 59 § 1 del Reglamento). Por otra parte, el Centro de Asesoramiento sobre Derechos Individuales en Europa (Centro AIRE), la Comisión

Internacional de Juristas (CIJ), la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) y la rama europea de la International Lesbian, Gay, Trans and Intersex Association (ILGA-Europe) presentaron alegaciones, ya que el presidente les había autorizado a intervenir en el procedimiento escrito (artículos 36 § 2 del Convenio y 44 § 3 del Reglamento).

7. Se celebró una audiencia pública en el Palacio de los Derechos Humanos, en Estrasburgo, el 16 de enero de 2013 (artículo 59 § 3 del Reglamento).

Comparecieron:

- *en nombre del gobierno demandado*

Doña A. GRIGORIOU, asesora del Consejo Jurídico  
del Estado,

Don D. KALOGIROS, auditor del Consejo Jurídico  
del Estado,

Doña M. GERMANI, auditora del Consejo Jurídico  
del Estado, *delegados del agente* ;

- *en nombre de los demandantes*

Doña C. MÉCARY, abogada,

Doña N. ALIVIZATOS, abogada, *asesores* ;

Don P. DIMITRAS,

DonE. MALLIOS, abogado, *consejeros* .

El Tribunal escuchó las declaraciones de la Sra. Germani y de los Sres. Mécary y Alivizatos.

## HECHOS

### I. CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

8. En lo relativo a la demanda nº 29381/09, los demandantes viven en pareja en Atenas. En cuanto a la demanda nº 32684/09, la primera y la segunda demandantes, por una parte, y la tercera y la cuarta demandantes, por otra parte, llevan mucho tiempo viviendo en pareja en Atenas. El quinto y el sexto demandantes mantienen una relación, pero no viven juntos por motivos profesionales y sociales. De sus extractos bancarios se deriva que el sexto demandante abona las cotizaciones a la seguridad social del quinto demandante. La séptima demandante es una asociación sin ánimo de lucro, que se dedica, entre otros, al apoyo psicológico y moral a las personas homosexuales.

9. El 26 de noviembre de 2008 entró en vigor la Ley nº 3719/2008, titulada "Reformas sobre la familia, los hijos y la sociedad". Establecía por primera vez en Grecia una unión oficialmente reconocida distinta al matrimonio, el "pacto de convivencia" (????????????????????).

*Según su artículo uno* , solo pueden formalizar ese pacto dos personas mayores de edad de distinto sexo.

10. Según la exposición de motivos de la Ley nº 3719/2008, el pacto de convivencia reconoce una realidad social, es decir, la convivencia fuera del matrimonio, permitiendo así a los interesados incluir su relación en un marco jurídico más flexible que el de la institución del matrimonio. El informe añade que el número de niños nacidos en Grecia de parejas que viven en pareja de hecho ha aumentado con el tiempo y representaba en esa época aproximadamente el 5% del número total de niños nacidos en el país. Destaca asimismo que el estatuto de las mujeres que se encuentran sin ningún recurso tras largos períodos de convivencia y, de un modo más general, el fenómeno de las familias monoparentales, suponen graves problemas que requieren una intervención legislativa. Específica, sin embargo, que el matrimonio religioso conserva un valor incomparable y, junto con el matrimonio civil, constituye la mejor opción para las parejas que deseen fundar una familia amparadas por todas las garantías jurídicas, económicas y sociales. El informe también hace referencia al artículo 8 del Convenio, que protege, desde el punto de vista del derecho a la vida privada y familiar, la convivencia fuera del matrimonio, y destaca que ciertos Estados europeos reconocen jurídicamente una forma de pareja de hecho para parejas heterosexuales u homosexuales. Sin más explicaciones, el informe señala que el pacto queda limitado a los adultos de distinto sexo. Concluye que el "pacto de convivencia" constituye un nuevo tipo de unión y no una especie de "matrimonio flexible". Según el informe, la nueva ley no debilita la institución del matrimonio, puesto que esta se basa en un régimen jurídico distinto al del "pacto de convivencia".

11. La puesta en marcha de la Ley nº 3719/2008 vino precedida por un encendido debate. La Iglesia griega se posicionó oficialmente en su contra. En un comunicado publicado el 17 de marzo de 2008 por el Santo Sínodo, calificó el pacto de convivencia de "prostitución". En cuanto al Ministro de Justicia, declaró ante la comisión parlamentaria competente:

"(...) Pensamos que no deberíamos ir más allá. No hay que incluir a las parejas del mismo sexo. Estamos convencidos de que las exigencias y necesidades de la sociedad helena no piden ir más allá; como legislador, el partido político en el poder tiene la obligación de rendir cuentas al pueblo griego. Tiene sus propias convicciones y ha debatido sobre este problema; creo que es el camino a seguir."

12. La Comisión Nacional de Derechos Humanos, en sus observaciones con fecha 14 de julio de 2008 sobre el proyecto de ley, se refirió en especial al concepto de vida familiar, explicando que no tenía un contenido estadístico, sino que se iba modificando en función de la evolución de las costumbres (anteriores párrafos 21-24).

13. El 4 de noviembre de 2008, el Consejo Científico (?????????????????????) del Parlamento, órgano consultivo dependiente del Presidente del Parlamento, presentó un informe sobre el proyecto de ley en cuestión. En él se indicaba, en concreto, refiriéndose a la jurisprudencia del Tribunal, que la protección de la orientación sexual entraba en el ámbito de aplicación del artículo 14 del Convenio y que el concepto de "familia" no incluía únicamente las relaciones entre individuos dentro de la institución del matrimonio, sino que podía abarcar de modo más general relaciones que equivalgan de facto a la vida familiar y establecidas fuera de los vínculos del matrimonio (página 2 del informe).

14. Durante el debate parlamentario del 11 de noviembre de 2008 sobre el pacto de convivencia, el Ministro de Justicia se limitó a declarar que "la sociedad de hoy en día no es aún lo bastante madura para aceptar la convivencia de parejas del mismo sexo". Varios oradores insistieron en la vulneración por parte de Grecia de sus obligaciones internacionales y, en

especial, de los artículos 8 y 14 del Convenio, por excluir a las parejas homosexuales de la disposición.

15. El 27 de septiembre de 2010, la Comisión Nacional de Derechos Humanos remitió una carta al Ministro de Justicia reiterando su postura sobre el carácter discriminatorio de la Ley nº 3719/2008. En dicha carta, la Comisión consideraba que sería oportuno elaborar un proyecto de ley que ampliase el pacto de convivencia a las personas del mismo sexo.

## II. DERECHO Y PRÁCTICA INTERNOS E INTERNACIONALES APLICABLES

### **A. Derecho y práctica internos aplicables**

#### *1. La Ley nº 3719/2008*

16. Los artículos aplicables de la Ley nº 3719/2008 disponen lo siguiente:

#### **Artículo 1**

##### **Formalización**

"El contrato entre dos personas físicas mayores de edad de distinto sexo por el que organizan su convivencia ("pacto de convivencia") se formalizará mediante escritura ante notario en presencia de ambos. El contrato surtirá efecto a partir de la presentación de una copia de la escritura notarial ante el oficial del registro civil del lugar de residencia de ambos cónyuges. Quedará registrado en un expediente especial del registro civil. "

#### **Artículo 2**

##### **Condiciones**

"1. Para formalizar un pacto de convivencia, será necesario gozar de plena capacidad jurídica.

2. No se permitirá la formalización de un pacto de convivencia: a) si alguna de las dos personas interesadas, o ambas, ya han contraído matrimonio o formalizado un pacto de convivencia; b) entre parientes consanguíneos (...) o por afinidad (...); y c) entre el adoptante y el adoptado.

3. La vulneración de lo dispuesto en el presente artículo conllevará la nulidad del pacto de convivencia. "

#### **Artículo 3**

##### **Nulidad del pacto**

"Los contrayentes o cualquiera que se base en un interés legítimo de carácter familiar o pecuniario podrá alegar la nulidad del pacto de convivencia en virtud del artículo que antecede. El fiscal podrá solicitar de oficio la anulación del pacto de convivencia si el mismo atenta contra el orden público. "

#### **Artículo 4**

##### **Disolución**

"1. El pacto de convivencia se disolverá: a) mediante acuerdo entre los contrayentes formalizado mediante escritura notarial otorgada en presencia de ambos; b) mediante declaración unilateral ante notario, previa notificación a la otra parte por un oficial de justicia; y c) de pleno derecho en caso de matrimonio de los contrayentes entre sí o entre uno de ellos y un tercero.

2. La disolución del pacto de convivencia surtirá efecto a partir de la presentación de la escritura notarial o de la declaración unilateral al oficial del registro civil en que se haya registrado el pacto de convivencia. "

## **Artículo 5**

### **Apellido**

"El pacto de convivencia no implicará modificación del apellido de los contrayentes. Si el otro consiente, cada uno podrá utilizar el apellido del otro, o bien agregarlo al suyo en las relaciones sociales. "

## **Artículo 6**

### **Relaciones pecuniarias**

"Las relaciones pecuniarias de los contrayentes, en especial en lo relativo a los bienes adquiridos durante la vigencia del pacto de convivencia (bienes gananciales), podrán regirse por el pacto de convivencia o por una escritura notarial posterior. A falta de acuerdo sobre los bienes gananciales, tras la disolución del pacto cada uno de los contrayentes expondrá su pretensión sobre la aportación del otro. Dicha pretensión no surgirá de la persona de los herederos del derechohabiente y no podrá cederse ni transmitirse mediante sucesión hereditaria, sino que podrá hacerse valer frente a los herederos de la parte deudora. La pretensión prescribirá transcurrido un plazo de dos años a partir de la disolución del pacto. "

## **Artículo 7**

### **Obligación de alimentos tras la disolución**

"1. En el pacto de convivencia, o en escritura notarial posterior, uno de los contrayentes podrá comprometerse a abonar una pensión de alimentos al otro, o ambos contrayentes podrán asumir un compromiso mutuo en ese sentido, únicamente en los casos en que, tras la disolución del pacto, uno u otro contrayente no pudiese garantizar su manutención por sus propios ingresos o medios. Quien no esté en disposición, vistas sus demás obligaciones, de abonar una pensión de alimentos sin poner en riesgo su propia manutención no estará obligado a abonarla. Dicha obligación no recaerá sobre los herederos de la persona deudora.

2. En lo relativo al derecho a pensión de alimentos, la persona que tenga derecho a la misma en virtud del pacto de convivencia gozará de una posición equivalente a la del cónyuge divorciado de la persona deudora.

3. Tras la disolución del pacto de convivencia, la persona deudora de una pensión de alimentos no podrá hacer valer una obligación de ese tipo para quedar exenta, en todo o en parte, de su obligación de contribuir [a la manutención de] su cónyuge o de sus hijos menores o de abonarles una pensión de alimentos.

4. Sin perjuicio de los apartados 2 y 3, la obligación contractual prevista en el apartado 1 prevalecerá sobre la obligación de mantener a otras personas distintas al beneficiario [de la pensión de alimentos], a quien, tras la disolución del pacto, le sea imposible hacer frente a sus necesidades por sus propios medios. "

## **Artículo 8**

### **Presunción de paternidad**

"1. Se considerará que el niño nacido durante la vigencia del pacto de convivencia o durante los trescientos días siguientes a su disolución o su anulación es hijo del hombre con quien su madre haya formalizado el pacto. Dicha presunción podrá anularse mediante resolución judicial irrevocable. Se aplicarán por analogía los *artículos 1466 y siguientes del Código Civil* así como los *artículos 614 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

2. La nulidad o la anulación del pacto no afectará a la paternidad de los hijos. "

## **Artículo 9**

### **Apellido de los hijos**

"El niño nacido durante la vigencia del pacto de convivencia o durante los trescientos días siguientes a su disolución o anulación llevará el apellido escogido por sus padres mediante declaración conjunta e irrevocable contenida en el pacto o en una escritura notarial posterior, otorgada antes del nacimiento del primer hijo. El apellido escogido será común a todos los hijos y será obligatoriamente el apellido de uno de los padres o una combinación de sus apellidos. En ningún caso podrá estar compuesto por más de dos apellidos. Si se omite la declaración, el hijo llevará un apellido compuesto, formado por el apellido de ambos padres. Si el apellido de uno de los padres, o de ambos, es compuesto, el apellido del hijo estará formado por el primero de ambos apellidos. "

## **Artículo 10**

### **Patria potestad**

"1. La patria potestad de un menor nacido durante la vigencia del pacto de convivencia o durante los trescientos días siguientes a su disolución o su anulación corresponderá a ambos padres y se ejercerá de modo conjunto. Se aplicará por analogía lo dispuesto en el Código Civil sobre la patria potestad de los menores nacidos dentro de los vínculos del matrimonio.

2. En caso de que el pacto de convivencia se disuelva por los motivos citados en los artículos 2 y 4 de la presente ley, se aplicará por analogía el *artículo 1513 del Código Civil* a lo relativo a la patria potestad. "

## **Artículo 11**

### **Sucesiones**

"1. Tras la disolución del pacto de convivencia por defunción, el supérstite tendrá un derecho hereditario abintestado equivalente a un sexto de la sucesión si concurre con herederos de primer grado, a un tercio si concurre con herederos de otros grados y a la totalidad de la herencia si ningún pariente del causante está llamado como heredero abintestado.

2. El supérstite tendrá derecho a una reserva legal sobre la herencia equivalente a la mitad de la parte que le correspondería abintestado. (...)

3. Los *artículos 1823 y siguientes, 1839 y siguientes, y 1860 del Código Civil* se aplicarán por analogía. "

### **Artículo 13**

#### **Ámbito de aplicación**

"La presente ley se aplicará a todo pacto de convivencia formalizado en Grecia o ante una autoridad consular griega. En todos los demás casos, el derecho aplicable será el derecho establecido por las normas del derecho internacional privado. "

### **2. El Código Civil**

17. Los artículos aplicables del Código Civil disponen lo siguiente:

### **Artículo 57**

"Quien sea ilegalmente ofendido en su personalidad, tendrá derecho a exigir que se suprima dicha ofensa y, asimismo, que esta no se repita en el futuro (...).

Además, no se excluye el derecho a daños y perjuicios, de conformidad con lo dispuesto sobre los actos ilícitos. "

### **Artículo 59**

"En los casos previstos en los dos artículos que anteceden, el tribunal podrá, mediante sentencia dictada a instancias de la víctima de la ofensa, habida cuenta de la naturaleza de esta, condenar asimismo al culpable a reparar el perjuicio moral a la víctima. Dicha reparación consistirá en el pago de una cuantía monetaria, en una medida de publicidad o en cualquier otra medida indicada en función de las circunstancias. "

### **Artículo 914**

"Quien, incumpliendo la ley, cause por su culpa daños a otros, estará obligado a repararlos. "

### **Artículo 932**

"Con independencia de la indemnización derivada del perjuicio patrimonial causado por el acto ilícito, el tribunal podrá, a su propio criterio, conceder una reparación económica razonable por perjuicio moral. En concreto, podrá beneficiarse de esta norma quien haya sufrido una ofensa a su salud, a su honor o a su pudor, o quien se haya visto privado de su libertad. En caso de pérdida de vidas, la reparación podrá concederse a la familia de la víctima en concepto de *preium doloris* . "

### **Artículo 1444**

"(...)

El derecho a una pensión de alimentos se extinguirá si su titular contrae nuevas nupcias o si mantiene una relación estable con otra persona o vive en pareja de hecho (...). "

### *3. Ley de Acompañamiento del Código Civil*

18. Los *artículos 104 y 105 de la Ley de Acompañamiento del Código Civil* rezan lo siguiente:

#### **Artículo 104**

"De conformidad con lo dispuesto en el Código Civil sobre las personas jurídicas, el Estado será responsable de la acción u omisión de sus organismos en relación con las relaciones de derecho privado o su patrimonio privado. "

#### **Artículo 105**

"El Estado tendrá la obligación de reparar el daño causado por la acción u omisión ilícitas cometidas por sus órganos en el ejercicio de su competencia soberana, salvo en los casos en que la acción u omisión en cuestión haya hecho caso omiso de una disposición existente con objeto de servir al interés público. El culpable será responsable solidario junto con el Estado, sin perjuicio de las disposiciones especiales sobre la responsabilidad ministerial."

19. Estas disposiciones establecen el concepto de acto perjudicial especial de derecho público, creando una responsabilidad extracontractual del Estado. Dicha responsabilidad se deriva de la acción u omisión ilícita, que puede tratarse no solo de actos jurídicos, sino también de actos materiales, incluidos los actos en principio no ejecutorios. La admisibilidad de la demanda por daños y perjuicios queda supeditada a una condición: la ilicitud de la acción u omisión.

20. Las sentencias nº 1141/1999, 909-910/2007, 1011/2008, 3088/2009, 169/2010 y 2546/2010 del Consejo de Estado constituyen ejemplos jurisprudenciales de aplicación de la responsabilidad extracontractual del Estado en caso de inconstitucionalidad de una ley. Concretamente, en su sentencia nº 1141/1999 sobre la revocación legislativa del derecho otorgado a padres de familias numerosas a conducir autobuses públicos, la máxima instancia judicial administrativa desestimó el recurso de indemnización del perjuicio debido a que la ley aplicada no era inconstitucional. En sus sentencias nº 909- 910/2007 y 169/2010, el Consejo de Estado reconoció que existía responsabilidad civil del Estado por la instalación de carteles publicitarios en las inmediaciones de las vías públicas infringiendo la Convención de Viena sobre Señalización Vial. En su sentencia nº 1011/2008 sobre una demanda de indemnización por la limitación por vía legislativa del derecho del propietario a construir en su propiedad, desestimó la demanda al estimar que no podía existir responsabilidad civil del Estado si la disposición incumplía una norma de rango jurídico superior en beneficio del interés público. En su sentencia nº 3088/2009, reconoció que el Estado tenía la obligación de indemnizar a los interesados por la omisión que suponía que el legislador no hubiese reconocido por vía normativa las cualificaciones profesionales de una categoría de titulados de institutos técnicos superiores. Por último, en su sentencia nº 2546/2010, la máxima instancia judicial administrativa consideró que el Estado era responsable civil por haber indemnizado a cinco agricultores, expresamente nombrados en una ley, por inclemencias que habían destruido sus cosechas, omitiendo indemnizar a un sexto agricultor, damnificado en las mismas condiciones.

### *4. Informe de la Comisión Nacional de Derechos Humanos*

21. Creada en 1998, esta comisión se encuentra bajo la autoridad del Primer Ministro. Su finalidad concreta es la elaboración y la publicación de informes sobre la protección de los derechos humanos, tanto por propia iniciativa como a instancias del Gobierno, del Parlamento o de organizaciones no gubernamentales.

22. El 14 de julio de 2008, la comisión aprobó por unanimidad un informe con sus propuestas sobre el proyecto de ley titulado "Reformas sobre la familia, los hijos y la sociedad". En el mismo, afirmaba no alcanzar a comprender el motivo por el que el proyecto de ley portaba ese título si lo que establecía era una nueva forma de convivencia. Además, añadía que el proyecto de ley modificaba de modo parcial, precipitado e insuficientemente justificado disposiciones del Código Civil relativas al derecho familiar, sin previa consulta pública a los interlocutores sociales, académicos y profesionales.

23. En su informe, la comisión destacaba asimismo que ciertas frases de la exposición de motivos del proyecto de ley daban a entender que sus redactores concebían el pacto de convivencia como una institución jurídica inferior al matrimonio. Añadía que, pese a la referencia explícita de la exposición de motivos a la aprobación de pactos de convivencia por otros Estados europeos destinados a parejas homosexuales, este no ofrecía justificación alguna sobre la exclusión de esas últimas del ámbito de aplicación del proyecto de ley.

24. Sobre ese punto concreto, la comisión recordaba que desde 2004 había invitado a las autoridades competentes a reconocer jurídicamente el pacto de convivencia en parejas formadas por personas del mismo sexo. Basaba su propuesta en la evolución del derecho internacional sobre la materia y, en especial, a la jurisprudencia del Tribunal sobre los artículos 8 y 14 del Convenio. Consideraba que el Estado griego había perdido una ocasión única para poner fin a las discriminaciones sufridas por las parejas homosexuales respecto de la posibilidad de establecer parejas de hecho legalmente reconocidas. Subrayaba que la legislación hacía referencia a la pareja de hecho, una forma de convivencia que representaba una alternativa al matrimonio para personas de distinto sexo. Consideraba que la introducción del pacto era más oportuna para las parejas del mismo sexo que para las parejas de distinto sexo.

## **B. Derecho comparado, europeo e internacional**

### *1. Elementos de derecho comparado*

25. Según los elementos de derecho comparado de que dispone el tribunal sobre la introducción de formas oficiales de convivencia distintas al matrimonio en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros del Consejo de Europa, nueve Estados (Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Islandia, Países Bajos, Noruega, Portugal y Suecia) reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo. Por otra parte, diecisiete Estados (Alemania, Andorra, Austria, Bélgica, España, Finlandia, Francia, Hungría, Islandia, Irlanda, Liechtenstein, Luxemburgo, Países Bajos, República Checa, Reino Unido, Eslovenia y Suiza) permiten formas de unión civil a las parejas del mismo sexo. Dinamarca, Noruega y Suecia reconocen el derecho al matrimonio de las personas del mismo sexo sin prever al mismo tiempo la posibilidad de formalizar una unión civil.

26. Por último, Lituania y Grecia son los únicos Estados del Consejo de Europa que, aparte del matrimonio (posible únicamente para las parejas heterosexuales), prevén otra forma de pareja de hecho que solo está permitida a las parejas de distinto sexo.

### *2. Textos aplicables del Consejo de Europa*

27. En su Recomendación 924 (1981) sobre la discriminación contra los homosexuales, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (APCE) denuncia las distintas formas de discriminación contra los homosexuales en ciertos Estados miembros del Consejo de Europa. En su Recomendación 1471 (2000) sobre la "situación de las lesbianas y gays en los Estados miembros del Consejo de Europa", invita a los Estados miembros, entre otros, a adoptar legislaciones que contemplen la pareja de hecho. Por otra parte, en la Recomendación 1470 (2000) sobre el asunto más concreto de la "situación de gays y lesbianas, y sus parejas, respecto al asilo y la migración en los Estados miembros del Consejo de Europa", ruega al Comité de Ministros que soliciten a los Estados miembros, en especial, "que revise su política en materia de derechos sociales y de protección de los inmigrantes de modo que las parejas y familias homosexuales sean tratados de acuerdo a las mismas normas que las parejas y familias heterosexuales (...)" .

28. En su Resolución 1728 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, aprobada el 29 de abril de 2010 y titulada "Discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género", la APCE invita a los Estados miembros "a garantizar el reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo, cuando la legislación nacional prevea tal reconocimiento, tal como ya recomendó la Asamblea en 2000", previendo entre otros:

"16.9.1. los mismos derechos y obligaciones pecuniarias que los reconocidos a las parejas heterosexuales;

16.9.2. el estatuto de "allegado";

16.9.3. cuando uno de los miembros de una pareja del mismo sexo sea extranjero, medidas que le permitan gozar de los mismos derechos de residencia que un miembro extranjero de una pareja heterosexual;

16.9.4. el reconocimiento de las disposiciones aprobadas por otros Estados miembros que produzcan efectos similares".

29. En su Recomendación CM/Rec(2010)5 sobre las medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, el Comité de Ministros recomienda que los Estados miembros:

"1. examinen las medidas legislativas y de otra índole existentes, velen por su revisión continua, y recopilen y analicen datos pertinentes, con el fin de vigilar y reparar toda discriminación directa o indirecta por motivos de orientación sexual o identidad de género;

2. velen por la adopción y aplicación efectiva de medidas legislativas y de otra índole para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, con miras a garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, y a promover la tolerancia hacia las mismas;

(...) "

30. En la misma Recomendación, se especifica lo siguiente:

"23. En los casos en que la legislación nacional confiera derechos e imponga obligaciones a las parejas no casadas, los Estados miembros deberían velar por que dicha legislación se aplique de un modo no discriminatorio a parejas tanto del mismo sexo como de sexo diferente, incluyendo la pensión de supervivientes y a los derechos de arrendamiento.

24. En los casos en que la legislación nacional reconozca el registro de parejas del mismo sexo, los Estados miembros deberían tratar de asegurar que su condición jurídica y sus derechos y obligaciones sean equivalentes a los de las parejas heterosexuales en una situación comparable.

25. En los casos en que la legislación nacional no reconozca ni confiera derechos, ni imponga obligaciones, a las parejas de hecho del mismo sexo y a las parejas no casadas, se invita a los Estados miembros a contemplar la posibilidad de proporcionar a las parejas del mismo sexo medios legales o de otro tipo para abordar los problemas prácticos relacionados con la realidad social en la que viven sin discriminación alguna (incluso frente a parejas de sexo diferente). "

### *3. Derecho de la Unión Europea*

31. Los artículos 7, 9 y 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada el 7 de diciembre de 2000 y vigente desde el 1 de diciembre de 2009, rezan lo siguiente:

#### **Artículo 7**

Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones. "

#### **Artículo 9**

"Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio. "

#### **Artículo 21**

"1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados. "

32. El comentario sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, redactado en 2006 por la "Red de expertos independientes en materia de derechos fundamentales de la UE", expone lo siguiente en relación con el artículo 9 de la Carta (traducción no oficial):

"Pese a las modernas tendencias y modificaciones de la legislación nacional de diversos países hacia una mayor apertura y aceptación de las parejas del mismo sexo, algunos Estados mantienen aún políticas públicas y normas que excluyen expresamente la idea de que las parejas del mismo sexo tengan derecho al matrimonio. El reconocimiento legal de las relaciones del mismo sexo es actualmente muy limitado, en el sentido de que no se permite el matrimonio a las parejas del mismo sexo. Las Leyes internas de la mayoría de los Estados presuponen, en otras palabras, que los cónyuges han de ser de distinto sexo. No obstante, en algunos países, como los Países Bajos y Bélgica, el matrimonio entre personas del mismo sexo

está legalmente reconocido. Otros, como los países nórdicos, han regulado las parejas de hecho, estableciendo, entre otras cosas, que la mayoría de las disposiciones relativas al matrimonio, como las consecuencias legales en materia de reparto de bienes, derechos sucesorios, etc. son también aplicables a estas uniones. Al mismo tiempo, debe resaltarse que el término "pareja de hecho" se ha elegido deliberadamente para no confundir esta figura con el matrimonio, estableciéndola como un método alternativo de reconocimiento de las relaciones personales. La nueva institución es, por tanto, sólo accesible normalmente para las parejas que no pueden casarse. Asimismo, la figura de la pareja del mismo sexo no tiene el mismo estatus y las mismas ventajas que el matrimonio. (...)

Con el fin de tener en cuenta la diversidad de normativas internas en materia de matrimonio, el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales remite a las Leyes nacionales. Como se infiere de su formulación, la disposición es de ámbito más amplio que los artículos correspondientes de otros instrumentos internacionales. Ante la ausencia de una referencia explícita a "el hombre y la mujer", como ocurre en otros instrumentos de derechos humanos, puede interpretarse que no hay obstáculos para reconocer las relaciones del mismo sexo en el ámbito del matrimonio. Pero, en cualquier caso, no se exige de forma explícita que las Leyes nacionales permitan este tipo de uniones. Los tribunales y comités internacionales han dudado hasta el momento sobre la pertinencia de ampliar la aplicación del derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo. (...)"

33. Varias directivas son también de interés en el caso que nos ocupa. La Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reunificación familiar, regula las condiciones de ejercicio del derecho a la reunificación familiar de los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de un Estado miembro.

En su artículo 4, bajo el título de "miembros de la familia", establece lo siguiente:

"3. Los Estados miembros podrán, por vía legislativa o reglamentaria, autorizar la entrada y la residencia, de conformidad con la presente Directiva y siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el capítulo IV, de la pareja no casada nacional de un tercer país que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada, o del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja de hecho, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 5 (...)".

Por otra parte, el artículo 5 de la misma directiva dispone lo siguiente:

"1. Los Estados miembros determinarán si, con el fin de ejercer el derecho a la reagrupación familiar, la solicitud de entrada y de residencia debe ser presentada ante las autoridades competentes del Estado miembro de que se trate, ya sea por el reagrupante ya sea por el miembro o miembros de la familia.

2. La solicitud irá acompañada de los documentos acreditativos de los vínculos familiares y del cumplimiento de las condiciones establecidas en los artículos 4 y 6 y, en su caso, en los artículos 7 y 8, así como copias certificadas de los documentos de viaje del miembro o miembros de la familia.

Si fuera conveniente, a fin de obtener la prueba de la existencia de vínculos familiares, los Estados miembros podrán realizar entrevistas con el reagrupante y los miembros de su familia y efectuar cualquier otra investigación que estimen necesaria.

Cuando se examine una solicitud relativa a la pareja no casada del reagrupante, los Estados miembros tendrán en cuenta, con el fin de probar la existencia de vínculos familiares,

elementos tales como hijos comunes, la cohabitación previa, el registro de la pareja y cualquier otro medio de prueba fiable.

(...) "

34. La directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 afecta al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

Su artículo 2 contiene la siguiente definición:

"A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

(...)

2) "miembro de la familia":

a) el cónyuge;

b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida;

c) los descendientes directos menores de veintiún años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b);

d) los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b)."

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### I. ACUMULACIÓN DE LAS DEMANDAS

35. El Tribunal observa que en ambas demandas los demandantes denuncian la exclusión de las parejas del mismo sexo del ámbito de aplicación de la Ley nº 3719/2008. Por consiguiente, habida cuenta de la conexión de las demandas en cuanto a los hechos y a las cuestiones de fondo que plantean, resuelve acumularlas y examinarlas conjuntamente en una única sentencia.

### II. SOBRE LA PRESUNTA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 14 EN CONCURSO CON EL ARTÍCULO 8 DEL CONVENIO

36. Los demandantes alegan que el hecho de que el "pacto de convivencia" establecido por la Ley nº 3719/2008 se refiera únicamente a las parejas formadas por personas mayores de edad de distinto sexo atenta contra su derecho a la vida privada y familiar y supone una discriminación injustificada entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, en detrimento de estas últimas. Se basan en el artículo 14 en concurso con el artículo 8 del Convenio, que rezan lo siguiente:

#### ***Artículo 14***

"El goce de los derechos y libertades reconocidos en el (...) Convenio ha de ser

asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. "

## **Artículo 8**

"1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar [y] de su domicilio (...)

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. "

### **A. Sobre la admisibilidad**

#### *1. Las tesis de las partes*

##### **a) El Gobierno**

37. El Gobierno considera en primer lugar que este agravio no debe admitirse *ratione personae*. En cuanto a la asociación "Synthessi - Information, sensibilisation, recherche", sostiene que, como persona jurídica, la misma no puede ser considerada víctima, directa o indirecta, de las presuntas vulneraciones. Además, a su juicio, los demandantes personas físicas no podrían ser considerados víctimas de la presunta vulneración desde el punto de vista de los artículos 14 y 8 dado que no sufren consecuencias negativas directas y concretas derivadas de la imposibilidad de formalizar el citado pacto. A modo de ejemplo, el Gobierno destaca que el pago de una pensión de alimentos tras la disolución del pacto de convivencia solo está previsto de modo facultativo por el *artículo 6 de la Ley nº 3719/2008*. Por otra parte, los demandantes tendrían en cualquier caso la libertad de crear una obligación de ese tipo y el derecho recíproco dentro de sus parejas por vía contractual. En lo relativo a los derechos de sucesión de los contrayentes, el Gobierno admite que el artículo 11 de la ley en cuestión prevé un derecho de sucesión abintestada a favor del contrayente supérstite dentro del pacto de convivencia. No obstante, los demandantes, dada su edad - el mayor de ellos no tiene más de sesenta años - solo podrían considerarse víctimas hipotéticas de la presunta vulneración. En cualquier caso, los interesados tendrán en todo momento la posibilidad de regular los asuntos relativos a su sucesión o, en general, al estatuto patrimonial de cada uno, incluida la regulación de las relaciones pecuniarias, por vía testamentaria o contractual.

38. Por otra parte, el Gobierno estima que los demandantes no han agotado las vías de recurso internas de que disponían en este asunto. De un modo general, sostiene que la alegada imposibilidad de que los demandantes impugnen la ley en cuestión ante los órganos judiciales internos no se debe a la falta de recurso efectivo en el derecho griego, sino a la falta de cualquier perjuicio concreto y directo derivado de la exclusión de los interesados del pacto de convivencia. En resumen, para el Gobierno, los demandantes personas físicas no gozan de la condición de víctima debido al carácter hipotético y especulativo de los perjuicios que alegan haber sufrido en lo relativo al derecho a una eventual pensión de alimentos, las modalidades de sucesión hereditaria y la regulación de las cuestiones pecuniarias dentro de cada pareja.

39. Además, el Gobierno sostiene que la demanda por daños y perjuicios ante los órganos judiciales administrativos, presentada en virtud del *artículo 105 de la Ley de*

*Acompañamiento* del Código Civil habría supuesto un recurso efectivo en este asunto. Explica que, en virtud de ese texto legal, el Estado tiene la obligación de reparar el daño causado por la acción u omisión de sus organismos, en el ejercicio de su competencia soberana, con la única condición de que la acción u omisión sea ilícita, es decir, que transgreda una norma de derecho que ampare algún derecho o un interés individual. En el presente asunto, amparándose en los *artículos 57, 914 y 932 del Código Civil* en concurso con el *artículo 105 de la ley de acompañamiento de dicho código*, los demandantes habrían podido alegar ante los tribunales la ofensa causada contra su personalidad y la marginación social sufrida a causa de su exclusión, como parejas del mismo sexo, del ámbito de aplicación de la Ley nº 3719/2008. Según el Gobierno, con ese recurso, los demandantes habrían podido solicitar una reparación por el daño eventualmente causado por la ley impugnada negando al mismo tiempo la constitucionalidad de la misma. El Gobierno señala que, según la jurisprudencia de los órganos judiciales internos, estos pueden realizar una interpretación en sentido amplio del principio constitucional de igualdad, ampliando una disposición legislativa favorable a una categoría específica de personas a otra que se encuentra en una situación similar. En ese sentido, cita dos sentencias del Tribunal de Casación (nº 60/2002 y 9/2004) relativas al tratamiento salarial y a la concesión de subsidios a distintas categorías de empleados, cuestión que la máxima instancia judicial, según él, ha examinado desde el punto de vista del principio de igualdad.

40. El Gobierno añade que el control de la constitucionalidad es vago e incidental en Grecia y que todos los órganos judiciales internos pueden, a través de los recursos de que van conociendo, examinar cuestiones de constitucionalidad y de conformidad con el Convenio. Recuerda que, según el *artículo 28 de la Constitución*, lo dispuesto en los tratados internacionales, una vez ratificado por el poder legislativo, prevalece sobre la legislación nacional, y que el Decreto Legislativo nº 53/1974 ratificó el Convenio en el derecho interno. Cita, entre otras, algunas sentencias del Consejo de Estado, del Tribunal de Casación y del Tribunal de Cuentas, en las que dichos órganos procedieron a un examen incidental de la conformidad de las distintas disposiciones legislativas con la *Constitución griega y/o los artículos 7, 11 y 12 del Convenio y 1 del Protocolo nº 1*. En concreto, el Gobierno menciona a este respecto las sentencias nº 867/1988, 33/2002, 2960/2010, 1664/2011 y 1501/2012 del Consejo de Estado, la sentencia nº 982/2010 del Tribunal de Casación y la sentencia nº 2028/2004 del Tribunal de Cuentas. Sostiene además que también puede modificarse la legislación cuestionada cuando una sentencia judicial concluya que es inconstitucional. Al respecto, el Gobierno menciona un ejemplo, la derogación del *artículo 65 del Decreto-Ley nº 1400/1973* en virtud de la Ley nº 1848/1989, a raíz de la sentencia nº 867/1988 del Consejo de Estado sobre las condiciones formales de ejercicio por parte los oficiales del ejército griego del derecho al matrimonio.

41. Basándose en todo lo que antecede, el Gobierno concluye que los demandantes podían remitirse a los *artículos 14 y 8 del Convenio ante el juez interno en el marco de una demanda de indemnización con fundamento en el artículo 105 de la Ley de Acompañamiento* del Código Civil, y alegar en dicha ocasión el agravio por el carácter discriminatorio de la ley en cuestión.

### **b) Los demandantes**

42. Los demandantes opinan en primer lugar que teóricamente podrían acudir a un notario y solicitarle que formalizase un pacto de convivencia en virtud de la ley impugnada. Afirman que, en ese caso, si el notario aceptase contra todo pronóstico su solicitud, quedaría expuesto a sanciones disciplinarias por incumplir su deber oficial. Por tanto, según los demandantes, es harto improbable que un notario se atreviese a infringir la ley para satisfacer su solicitud. Además, los demandantes recuerdan que en Grecia los notarios pertenecen a la categoría de profesionales liberales. Por consiguiente, una demanda judicial ante las instancias

judiciales administrativas no tendría ninguna posibilidad de prosperar, ya que los notarios no son representantes del Estado. En cuanto a la demanda ante las instancias judiciales civiles, tampoco tendría posibilidades de prosperar, ya que un notario no incurriría en responsabilidad extracontractual por negarse a levantar acta sobre una pareja del mismo sexo. Tal negativa no sería ilegal ni deliberada, como requiere el derecho interno para que una persona incurra en responsabilidad extracontractual.

43. En lo que se refiere de modo concreto a la demanda por daños y perjuicios basada en el *artículo 105 de la Ley de Acompañamiento* del Código Civil, los demandantes le niegan cualquier carácter efectivo, a diferencia de lo que defiende el Gobierno. En primer lugar, afirman de un modo general que los presentes asuntos afectan a su estado civil y a su lugar en la sociedad griega. Por este motivo, una eventual indemnización concedida por las instancias judiciales internas no podría en ningún caso aliviar el sentimiento de exclusión y de marginación social que se deriva de la *Ley nº 3719/2008*. *Según los demandantes, la confirmación por parte del Tribunal de la vulneración de los artículos 8 y 14 del Convenio* sería lo único que podría resarcir el daño sufrido en este caso.

44. Además, los demandantes sostienen que los órganos judiciales internos son tradicionalmente muy reticentes a la hora de reconocer una pretensión de indemnizaciones derivada de una acción u omisión legislativa en un ámbito concreto. Argumentan que, en primer lugar, la jurisprudencia de los tribunales nacionales citada por el Gobierno en ningún modo reconoce que existe una responsabilidad civil del Estado cada vez que una ley es considerada contraria a una norma de rango superior. Tanto si se tratase de la Constitución como de un convenio internacional, las instancias judiciales administrativas serían muy reticentes a consagrar un principio general que limite el margen de apreciación del legislador. En segundo lugar, los demandantes sostienen que los ejemplos de jurisprudencia citados por el Gobierno no son pertinentes, ya que no guardan relación con el caso que nos ocupa. Tanto es así que la jurisprudencia de los órganos judiciales internos es mucho más restrictiva sobre el concepto de "familia" que la del Tribunal. Los demandantes citan en este sentido la sentencia nº 1141/2007 del Tribunal de Casación, en la que esta excluyó expresamente a la compañera sentimental del difunto de su "familia".

45. Por último, los demandantes señalan que, debido al carácter vago e incidental del control de la constitucionalidad, el derecho interno no prevé ninguna regulación procesal para la revisión de una disposición legislativa considerada inconstitucional, lo cual permitiría que los notarios también pudiesen formalizar pactos de convivencia en el caso de las parejas del mismo sexo. En otros términos, incluso ante el supuesto de que una demanda por daños y perjuicios con arreglo al *artículo 105 de la Ley de Acompañamiento* del Código Civil fuese admitida por los órganos judiciales internos, la administración no tendría obligación alguna de modificar la legislación impugnada.

### **c) Terceros intervenientes**

46. Los terceros intervenientes no se pronuncian sobre la admisibilidad del agravio.

#### *2. Valoración del Tribunal*

##### **a) Acerca de la condición de víctima**

47. El Tribunal recuerda que, para invocar el artículo 34 del Convenio, un demandante debe cumplir dos requisitos: debe entrar en una de las categorías de demandantes mencionadas en esa disposición del Convenio y debe poder afirmar haber sido víctima de una vulneración del Convenio. En cuanto al concepto de "victima", según la jurisprudencia

establecida del Tribunal, debe interpretarse de modo autónomo e independiente de las reglas del derecho interno tales como las relativas al interés o la condición de parte (*GorraizLizarraga et alii c. España*, nº 62543/00, § 35, TEDH 2004 III). El artículo 34 del Convenio entiende como "victima" a la víctima o víctimas directas o indirectas de la vulneración alegada (*SARL du Parcd'Activités de Blotzheim c Francia*, nº 72377/01, § 20, 11 de julio de 2006). Por tanto, el artículo 34 no se refiere únicamente a la víctima o víctimas directas de la vulneración alegada, sino además a cualquier víctima indirecta a quien dicha vulneración haya podido causar un perjuicio o que tenga un interés personal válido en lograr que se ponga fin a la misma (véase, *mutatis mutandis*, *Defalque c. Bélgica*, nº 37330/02, § 46, 20 de abril de 2006; *TourkikiEnosiXanthis et alii c. Grecia*, nº 26698/05, § 38, 27 de marzo de 2008).

48. En cuanto a la asociación "Synthessi-Information, sensibilisation, recherche", el Tribunal subraya que se trata de una asociación sin ánimo de lucro cuya principal finalidad es prestar apoyo psicológico y moral a las personas homosexuales. Pero los agravios planteados en el presente asunto se basan en el hecho de que el *artículo primero de la Ley nº 3719/2008* no reconoce a las personas físicas del mismo sexo la posibilidad de formalizar un "pacto de convivencia". Por consiguiente, debido a que la séptima demandante de la demanda nº 32684/09 es una persona jurídica, no puede atribuirse en el presente asunto la condición de "victima" directa o indirecta tal como la define el artículo 34 del Convenio (véase, *mutatis mutandis*, *Fédérationchrétienne des Témoins de Jéhovah de France c. Francia* (dec.), nº 53430/99, 6 de noviembre de 2001).

49. En cuanto a las demás demandantes, el Tribunal observa que se trata de personas físicas adultas que, según los elementos que le han sido presentados, mantienen una relación homosexual, ya sea con o sin convivencia. En la medida en que, por efecto del *artículo 1 de la Ley nº 3719/2008* que excluye a las parejas homosexuales del ámbito de aplicación de la misma, estas últimas no pueden formalizar un "pacto de convivencia" y organizar su relación de pareja de acuerdo con el régimen jurídico que se establece en dicha ley, el Tribunal considera que la situación les afecta directamente y poseen un interés personal legítimo en que se ponga fin a la misma. Por consiguiente, concluye que las demandantes personas físicas en las presentes demandas deber ser consideradas "victimas" de la presunta vulneración, a los efectos del artículo 34 del Convenio.

50. En vista de lo que antecede, el Tribunal considera que la séptima demandante de la demanda nº 32684/09 no goza de la condición de víctima a los efectos del artículo 34 del Convenio y que el presente agravio, tal como la misma lo ha planteado, debe por tanto ser desestimado en cumplimiento del artículo 35 § 4. El Tribunal desestima la excepción formulada por el Gobierno alegando que los demás demandantes no gozan presuntamente de la condición de víctimas.

#### **b) Sobre el agotamiento de las vías de recurso internas**

51. El tribunal recuerda que la norma del agotamiento de las vías de recurso internas, prevista en el artículo 35 § 1 del Convenio, se basa en la hipótesis, incorporada en el artículo 13, con el que mantiene grandes similitudes, de que el ordenamiento interno permite un recurso efectivo, tanto en la práctica como en el derecho, en relación con el presunto incumplimiento (*Kudla c. Polonia* [GS], no 30210/96, § 152, TEDH 2000-XI; *Hassan y Tchaouch c. Bulgaria* [GS], no 30985/96, §§ 96-98, TEDH 2000 XI). Recuerda que, en virtud de la norma del agotamiento de las vías de recurso internas, el demandante debe, antes de someter su caso al Tribunal, haber dado al Estado responsable, utilizando los instrumentos legales que ofrezca la legislación nacional y que puedan resultar eficaces y suficientes, la facultad de solventar con medios internos las presuntas vulneraciones (véase, entre otros, *Fressoz y Roire c. Francia* [GS], nº 29183/95, § 37, TEDH 1999 I).

52. El artículo 35 § 1 del Convenio solo requiere el agotamiento de los recursos que guarden relación con las vulneraciones denunciadas y que a su vez estén disponibles y sean adecuados. La existencia de dichos recursos debe gozar de un grado suficiente de certeza, no solo en la teoría sino también en la práctica, ya que de otro modo carecerían de la eficacia y la accesibilidad deseadas; corresponde al Estado demandado demostrar que se cumplen estos requisitos (véase, entre otros, *McFarlane c. Irlanda* [GS], nº 31333/06, § 107, 10 de septiembre de 2010). El simple hecho de generar dudas sobre las perspectivas de éxito de un recurso concreto que no resulte claramente insustancial no constituye un motivo válido para justificar no valerse de los recursos internos (*Akdivar et alii c. Turquía*, 16 de septiembre de 1996, § 71, *Recueil des arrêts et décisions* 1996 IV). Por último, quien haya ejercido un recurso con objeto de subsanar directamente - y no de modo indirecto - la situación en litigio no está obligado a agotar otras vías de recurso eventualmente disponibles pero de dudosa eficacia (*Manoussakis et alii c. Grecia*, 26 de septiembre de 1996, § 33, *Recueil* 1996 IV; *AnakombaYula c. Bélgica*, nº 45413/07, § 22, 10 de marzo de 2009).

53. En el presente asunto, el Tribunal señala que el principal argumento del Gobierno sobre el agotamiento de las vías de recurso internas consiste en sostener que, mediante demanda de indemnización basada en el *artículo 105 de la Ley de Acompañamiento del Código Civil*, las demandantes habrían podido impugnar de modo incidental la constitucionalidad de la Ley nº 3719/2008. Según el Gobierno, los interesados habrían podido por tanto someter al juez interno la cuestión de la compatibilidad de la ley en cuestión con los artículos 8 y 14 del Convenio.

54. En primer lugar, el Tribunal destaca que el recurso invocado por el Gobierno solo permite a la persona afectada obtener la reparación del daño cuando se trate de una acción u omisión de las instituciones públicas cometida en el ejercicio de su competencia soberana. Por consiguiente, es el órgano judicial competente quien valora la constitucionalidad de una ley de modo incidental, con objeto de determinar si el Estado debe indemnizar al individuo por la vulneración de una norma de derecho que ampara un derecho o interés individual concretos. No obstante, en el presente asunto, los demandantes denuncian una vulneración continua de los artículos 14 y 8 del Convenio debido a que se les niegue, como parejas del mismo sexo, la posibilidad de constituir "pactos de convivencia", mientras que dicha posibilidad sí se reconoce por vía legislativa a las parejas de distinto sexo. Por tanto, la simple concesión de una suma en concepto de indemnización no bastaría para subsanar sus agravios.

55. En segundo lugar, en cuanto a la naturaleza del recurso invocado por el Gobierno, el Tribunal observa que, incluso cuando la demanda por daños y perjuicios basada en el *artículo 105 de la Ley de Acompañamiento* del Código Civil sea admitida a trámite por los órganos judiciales internos, el Estado no tendría ninguna obligación legal de modificar la ley en cuestión.

56. Por último, y a título complementario, el Tribunal observa que, en relación con la demanda de indemnización basada en el *artículo 105 de la Ley de Acompañamiento* del Código Civil, de las sentencias citadas por el Gobierno se deduce que los órganos judiciales internos tienden a una aplicación estricta de dicha disposición en lo relativo a la responsabilidad extracontractual del Estado en caso de inconstitucionalidad de una ley. En concreto, el Tribunal constata que ninguna de las sentencias de las máximas instancias judiciales griegas citadas por el Gobierno versaba sobre una cuestión análoga a la planteada en el presente asunto, es decir, sobre la inconstitucionalidad de una ley debido a su carácter discriminatorio respecto a los derechos a la vida privada y a la vida familiar. Tanto es así que ninguna de las citadas sentencias analizó la cuestión de la indemnización de los demandantes debido a la incompatibilidad de una ley con los artículos 8 y 14 del Convenio.

57. En resumen, el Tribunal considera que el Gobierno no ha presentado ejemplos de jurisprudencia capaces de demostrar de modo convincente que el ejercicio de la demanda prevista en el *artículo 105 de la Ley de Acompañamiento del Código Civil habría podido subsanar los agravios que los demandantes alegan con arreglo a los artículos 8 y 14 del Convenio..* No obstante, corresponde al Estado que alega el no agotamiento de las vías de recurso internas demostrar la existencia de recursos efectivos y suficientes ( *Soto Sánchez c. España* , no 66990/01, § 34, 25 de noviembre de 2003; *L. c. Lituania* , no 27527/03, §§ 35-36, TEDH 2007 IV; *Sampanis et alii c. Grecia* , no 32526/05, § 58, 5 de junio de 2008).

58. En vista de cuanto antecede, el Tribunal considera que, habida cuenta de la naturaleza de la demanda de indemnización basada en el *artículo 105 de la Ley de Acompañamiento del Código Civil y de la aplicación que la jurisprudencia hace de la misma, dicha demanda no puede constituir un recurso que deba agotarse de conformidad con el artículo 35 § 1* del Convenio. Por tanto, el Tribunal desestima la excepción formulada por el Gobierno alegando que no se han agotado las vías de recurso internas.

### **c) Conclusión**

59. El Tribunal considera que el presente agravio debe ser desestimado en cumplimiento del artículo 35 § 4 en lo relativo a la séptima demandante de la demanda nº 32684/09, al no gozar la misma de la condición de "víctima" tal como la define del artículo 34 del Convenio. Además, queda desestimada la excepción formulada por el Gobierno alegando que no se han agotado las vías de recurso internas. Por último, el Tribunal constata que en lo relativo a los ocho demandantes que gozan de la condición de "víctimas" tal como la define el artículo 34 del Convenio, el agravio planteado en el presente asunto no está afectado por ningún otro motivo de inadmisibilidad; lo admite por tanto a trámite.

## **B. Sobre el fondo**

### **1. Tesis de las partes**

#### **a) Los demandantes**

60. Los demandantes hacen referencia a la sentencia *Schalk y Kopf c. Austria* (no 30141/04, TEDH 2010) en la que el Tribunal reconoció que una pareja del mismo sexo que convive *de facto* de modo estable se ajusta al concepto de "vida familiar". Según ellos, aunque las legislaciones europeas en la materia no presentan una total homogeneidad, tienden no obstante a reconocer jurídicamente a las parejas del mismo sexo. Los demandantes señalan que, a su leal saber, hoy en día Grecia es el único Estado europeo que únicamente otorga un estatuto jurídico distinto al matrimonio a las parejas de distinto sexo. Dicho de otro modo, Grecia sería el único Estado que ha adoptado una ley que regula una forma de pareja de hecho y que, a su vez, ha excluido mediante la misma ley a las parejas del mismo sexo de su ámbito de aplicación. Grecia se alejaría por tanto de modo claro y radical del denominador común de los países europeos en la materia. Los demandantes sostienen que la voluntad de preservar los vínculos de la familia tradicional heterosexual no puede constituir un motivo serio para justificar que se dispense un trato diferenciado a las parejas del mismo sexo. En lugar de tomar medidas positivas para superar los prejuicios de la sociedad griega hacia los homosexuales, el Estado demandado los habría reforzado mediante la Ley nº 3719/2008 al excluir a las parejas del mismo sexo. Según los demandantes, la ley en cuestión conlleva un juicio moral negativo sobre la homosexualidad, ya que refleja una limitación, incluso una hostilidad injustificable hacia las parejas del mismo sexo: tras abandonar el legislador el matrimonio como única base formal de la vida familiar, la exclusión de las parejas del mismo sexo del ámbito de aplicación

de la Ley nº 3719/2008 muestra un claro desprecio hacia ellas.

61. Por último, los demandantes no pueden alegar el argumento del Gobierno según el cual la finalidad del legislador era proteger a los niños nacidos de parejas de hecho heterosexuales. Estiman que, con la ley en cuestión, el legislador pretendía claramente regular la vida de las parejas que no deseaban casarse, con independencia de si tenían o querían tener hijos. Consideran por tanto que su exclusión del ámbito de aplicación de la ley impugnada carece de justificación objetiva y razonable y que por tanto resulta discriminatoria.

**b) El Gobierno**

62. El Gobierno explica que, en lo relativo a los objetivos legítimos de la Ley nº 3719/2008, el pacto de convivencia debe verse como un conjunto de disposiciones que permiten que los padres críen a sus hijos biológicos de modo que el padre tenga una posición equitativa en el ejercicio de la patria potestad, sin por ello verse obligados a casarse. El Gobierno considera que en este sentido el pacto de convivencia libera a las parejas de la obligación de contraer matrimonio tras un embarazo por temor a no poder mantener de otro modo la relación deseada con su hijo, ya que sería considerado entonces como nacido fuera del matrimonio. De este modo, según el Gobierno, con el pacto de convivencia el legislador griego aplica un punto de vista tradicionalista y al mismo tiempo se inspira en ideas modernas. En efecto, el legislador griego pretendía, con la Ley nº 3719/2008, reforzar las instituciones del matrimonio y de la familia en el sentido tradicional del término, ya que en lo sucesivo la decisión de casarse se tomaría con independencia de la perspectiva de tener hijos, es decir, basándose exclusivamente en la voluntad de compromiso mutuo de dos personas de distinto sexo, con arreglo a una decisión tomada sin condicionantes externos.

63. El Gobierno sostiene asimismo que la Ley nº 3719/2008 pretende regular un fenómeno social existente, es decir, las parejas formadas por personas de distinto sexo no casadas y con hijos. La ley griega se diferencia en este aspecto de otras legislaciones europeas que contemplan un "pacto de convivencia". En efecto, el legislador griego habría declarado expresamente en la exposición de motivos de la ley que no deseaba regular todas las formas de pareja de hecho, sino proteger a los hijos nacidos de parejas de hecho entre personas heterosexuales y a sus padres que no desean contraer matrimonio. Según el Gobierno, toda la estructura de la ley y el contenido de sus disposiciones están pensados con ese fin. Por consiguiente, la introducción de un pacto de convivencia a favor de las parejas del mismo sexo exige un marco legislativo distinto, que regularía una situación análoga pero no similar a la de una pareja compuesta por dos personas de distinto sexo.

64. El Gobierno indica que antes de la Ley nº 3719/2008, el derecho interno reconocía de un modo limitado la convivencia fuera del matrimonio de dos personas de distinto sexo. En concreto, la "pareja de hecho" era una forma de convivencia prevista en el *artículo 1444 del Código Civil* según la cual el cónyuge divorciado que contrajese nuevas nupcias y el que viviese en pareja de hecho perdían el derecho a una pensión de alimentos. El Gobierno señala que, además, la pareja de hecho se contempla en los *artículos 1456 y 1457 del Código Civil* relativos a la procreación médica asistida. De este modo, el *artículo 1456* preveía que, *si la procreación médica asistida afecta a una mujer soltera, el consentimiento del hombre con el que esta vivía en pareja de hecho deberá otorgarse ante notario*. Además, el *artículo 1457 del Código Civil* establecía las condiciones en las que se permitía la "fecundación artificial tras la defunción del esposo o del cónyuge con el que la mujer vivía en pareja de hecho".

65. El Gobierno opina que el análisis de la conformidad del primer artículo de la Ley nº 3719/2008 con los *artículos 8 y 14 del Convenio y, en especial, la búsqueda de la proporcionalidad de la injerencia en cuestión debe tomar en cuenta el contexto general del*

*asunto y asimismo el conjunto de disposiciones de la citada ley* sobre el pacto de convivencia. En primer lugar, el Gobierno invita al Tribunal a distinguir entre los demandantes que viven juntos y los que no conviven. En el caso de los primeros, sus agravios deberían analizarse desde el punto de vista del derecho a la "vida familiar". En cuanto a los demás, lo que se aplicaría sería el concepto de "vida privada".

66. Seguidamente, el Gobierno analiza los derechos y deberes del pacto de convivencia para concluir que el estatuto tanto patrimonial como personal de los demandantes no se ha visto afectado en ningún modo por su exclusión del ámbito de aplicación del pacto de convivencia. En cuanto a las cuestiones patrimoniales, el Gobierno retoma sus argumentos sobre la admisibilidad *ratione personae* del presente agravio. Señala que el pacto de convivencia no produce ningún efecto automático y forzoso sobre la situación patrimonial de los miembros de la pareja. En cuanto a las cuestiones de seguridad social, las parejas del mismo sexo se hallarían exactamente en la misma situación que las parejas de distinto sexo que deciden formalizar el pacto. En cuanto a la pensión de alimentos y a las cuestiones sucesorias, una pareja del mismo sexo podría regularlas fuera del pacto de convivencia, por vía contractual.

67. En cuanto a la situación personal de los demandantes, el Gobierno sostiene que la diferencia biológica entre las parejas de distinto sexo y las parejas del mismo sexo, es decir, que las segundas no pueden procrear, justifica que el pacto esté contemplado exclusivamente para las parejas del mismo sexo. El Gobierno se refiere en concreto a los *artículos 9 y 10 de la Ley nº 3719/2008*, que permiten al padre de un hijo nacido fuera del matrimonio establecer su paternidad y participar en su educación sin necesidad de casarse con la madre. De este modo, el matrimonio y el reconocimiento judicial o voluntario de la paternidad de un hijo dejarían de constituir los únicos modos de establecer la filiación. El Gobierno subraya que la finalidad de estas disposiciones constituye el "núcleo duro" del pacto de convivencia y solo puede afectar por definición a las parejas de distinto sexo. Basándose en este argumento, el Gobierno sostiene que el presente asunto no puede llevar al Tribunal a concluir que existe una vulneración de los artículos 14 y 8 del Convenio. Según él, las parejas del mismo sexo no se hallan en una situación similar o análoga a la de las parejas de distinto sexo, ya que las primeras no podrían en ningún caso tener juntas hijas biológicas.

68. El Gobierno añade que, tal como se cita en la Ley nº 3719/2008, el pacto de convivencia se distingue de las leyes similares aprobadas por otros Estados miembros del Consejo de Europa. Especifica en ese sentido que, si dichos textos producen efectos sobre las relaciones pecuniarias entre los contrayentes, únicamente la ley griega establece una presunción de paternidad en lo relativo a los hijos nacidos de una pareja con pacto de convivencia. El Gobierno llega por tanto a la conclusión de que la Ley nº 3719/2008 se centra más en las relaciones personales de los miembros de la pareja que en la regulación de los aspectos patrimoniales de su relación.

### **c) Terceros intervenientes**

69. Los terceros intervenientes, el Centro AIRE, la CIJ, la FIDH e ILGA-Europe (anterior apartado 6), se remiten a la jurisprudencia del Tribunal, concretamente a la sentencia *Karner c. Austria* (nº 40016/98, TEDH 2003 IX) y a la de tribunales constitucionales nacionales, entre otros, el Tribunal Constitucional húngaro, el Tribunal Supremo de Canadá, la Cámara de los Lores del Reino Unido y el Tribunal Constitucional brasileño. Sostienen que, según dichos órganos, se requiere una justificación sólida cuando una discriminación se base en el sexo o la orientación sexual. Señalan que un número creciente de órganos judiciales nacionales, tanto europeas como internacionales, exigen que se trate a las parejas no casadas heterosexuales u homosexuales de modo similar. Añaden que actualmente un gran número de Estados

miembros del Consejo de Europa han reconocido por vía legislativa las relaciones entre personas del mismo sexo. Señalan asimismo que a su leal saber el caso de Grecia es único, ya que se trata del único Estado europeo que ha establecido un "pacto de convivencia" excluyendo de su ámbito de aplicación las parejas del mismo sexo. Los terceros intervenientes indican que se siguen dos modelos de registro de parejas de hecho para las parejas del mismo sexo en las legislaciones en la materia de los Estados contratantes: a) por un lado el "modelo danés", establecido en 1989, según el cual se reconoce esa forma de convivencia registrada únicamente en el caso de las parejas del mismo sexo, dado que las parejas de distinto sexo ya tienen la posibilidad de casarse, b) por otro lado el "modelo francés", según el cual se reconoce el derecho a formar una pareja de hecho a toda pareja no casada, homosexual o heterosexual.

## 2. *Valoración del Tribunal*

### **a) *Sobre la aplicación del artículo 14 en concurso con el artículo 8***

70. El Tribunal ha conocido de varios asuntos en que se alegaba una discriminación basada en la orientación sexual en el ámbito de la vida privada y familiar. Algunos de ellos han sido analizados desde el punto de vista del artículo 8 exclusivamente. Dichos asuntos versaban sobre la represión penal de las relaciones homosexuales entre adultos (*Dudgeon c. Reino Unido*, 22 de octubre de 1981, serie A nº 45; *Norris c. Irlanda*, 26 de octubre de 1988, serie A nº 142, y *Modinos c. Chipre*, 22 de abril de 1993, serie A nº 259) o el despido de los homosexuales en las fuerzas armadas (*Smith y Grady c. Reino Unido*, nº 33985/96 y 33986/96, TEDH 1999 VI). Otros han sido valorados desde el punto de vista del artículo 14 en concurso con el artículo 8. Los mismos versaban sobre la imposición, en materia penal, de una edad de consentimiento distinta para las relaciones homosexuales, por una parte, y para las relaciones heterosexuales, por otra parte (*L. y V. c. Austria*, nº 39392/98 y 39829/98, TEDH 2003 I), sobre la concesión de la patria potestad (*Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, nº 33290/96, TEDH 1999 IX), sobre la aprobación de los aspirantes a la adopción de un menor (*Fretté c. Francia*, nº 36515/97, TEDH 2002 I; *E.B. c. Francia* [GS], nº 43546/02, 22 de enero de 2008, y *Gas y Dubois c. Francia*, nº 25951/07, 15 de marzo de 2012), sobre el derecho del supérstite a la transmisión del arrendamiento contratado por el difunto (*Karner*, op. cit., y *Kozak c. Polonia*, nº 13102/02, 2 de marzo de 2010), sobre el derecho a una cobertura social (*P.B. y J.S. c. Austria*, nº 18984/02, 22 de julio de 2010), sobre el acceso de las parejas homosexuales al matrimonio o a otra forma de reconocimiento jurídico (*Schalk y Kopf*, op. cit.), así como sobre la imposibilidad de acceder a la adopción coparental por parte de las parejas del mismo sexo (*X et alii c. Austria* [GS], nº 19010/07, 19 de febrero de 2013).

71. En el presente asunto, los demandantes formularon su agravio desde el punto de vista del artículo 14 en concurso con el artículo 8 y el Gobierno no niega la aplicabilidad de esas disposiciones. El Tribunal estima que es conveniente seguir este enfoque (véase, en ese sentido, *Schalk y Kopf*, op. cit., § 88).

72. El Tribunal recuerda por otra parte que ya ha manifestado en repetidas ocasiones que el *artículo 14 no es autónomo: solo se aplica en relación con las demás disposiciones normativas del Convenio y de los Protocolos*, a las que complementa. Carece de existencia independiente, ya que únicamente afecta al "disfrute de los derechos y libertades" amparados por esas disposiciones. Es cierto que puede aplicarse incluso sin que se vulneren sus exigencias y, por ese motivo, posee un alcance autónomo, pero no podría aplicarse si los hechos en litigio no están sujetos al menos a una de dichas disposiciones normativas (véase, entre otras *sentencias*, *Petrovic c. Austria*, 27 de marzo de 1998, § 22, *Recueil* 1998 II ; *E.B. c. Francia*, op. cit., § 47; *Schalk y Kopf*, op. cit., § 89, y *X et alii*, op. cit., § 94).

73. El Tribunal observa, vistos los elementos del sumario, que los demandantes forman

parejas homosexuales estables. Además, nadie niega que la relación que mantienen entre dentro del concepto de "vida privada" a efectos del artículo 8 del Convenio. Por otra parte, el Tribunal recuerda que en su sentencia *Schalk y Kopf* consideró que, habida cuenta de la rápida evolución en numerosos Estados miembros del reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo, "[sería] artificial seguir considerando que, a diferencia de una pareja heterosexual, una pareja homosexual no podría tener una "vida familiar" a los efectos del artículo 8" (ibíd., § 94). Por tanto, el Tribunal estima que la relación que mantienen los demandantes en el presente asunto entra tanto dentro del concepto de "vida privada" como del de "vida familiar" en igualdad de condiciones que la de una pareja de distinto sexo que se halle en la misma situación. No exponen ningún elemento que permita distinguir, como solicita el Gobierno (apartado 65 *in fine*), a los demandantes que viven juntos de los que - por motivos profesionales y sociales - no conviven (apartado 8), ya que en el presente asunto la falta de convivencia no priva a las parejas afectadas de la estabilidad que implica llevar una vida familiar a efectos del artículo 8.

74. En resumen, el Tribunal concluye que el artículo 14 del Convenio en concurso con el artículo 8 debe aplicarse al presente asunto.

***b) Sobre la observancia del artículo 14 en concurso con el artículo 8***

**I. Sobre el objeto del asunto**

75. El Tribunal considera importante delimitar el objeto del presente asunto. El agravio alegado por los demandantes no se refiere en abstracto a la obligación general del Estado griego de prever en la legislación nacional una forma de reconocimiento jurídico de las relaciones entre personas homosexuales. En el presente asunto, los demandantes denuncian que la Ley nº 3719/2008 prevé el "pacto de convivencia" únicamente para las parejas de distinto sexo, excluyendo así *de plano* a las parejas del mismo sexo de su ámbito de aplicación. En otras palabras, los demandantes no denuncian que el Estado griego no haya sabido responder a una obligación positiva impuesta por el Convenio, sino que haya establecido mediante la Ley nº 3719/2008 *un trato distinto que consideran discriminatorio para con ellos*. *Por tanto, la cuestión que se plantea es saber si el Estado griego podía, en el presente asunto, en vista de los artículos 14 y 8 del Convenio, promulgar una ley que establecía, al margen de la institución del matrimonio, un nuevo sistema de registro de parejas de hecho para parejas no casadas, limitando dicha posibilidad a las parejas de distinto sexo y excluyendo a las del mismo sexo.*

**II. Los principios derivados de la jurisprudencia del Tribunal**

76. Según la jurisprudencia establecida del Tribunal, para que se plantea una cuestión desde el punto de vista del artículo 14, deben existir diferencias en el trato a personas que se hallen en situaciones comparables. Tales diferencias resultan discriminatorias si no tienen una justificación objetiva y razonable, es decir, si no persiguen una finalidad legítima o no existe un grado razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin buscado. Los Estados contratantes gozan de cierto margen de valoración para determinar si las diferencias con situaciones análogas en otros aspectos justifican un trato distinto y en qué medida (*Burden c. Reino Unido* [GS], nº 13378/05, § 60, TEDH 2008; *Schalk y Kopf*, op. cit., § 96, y *X et alii*, op. cit., § 98). El concepto de discriminación a efectos del artículo 14 engloba asimismo los casos en que se trate, sin la debida justificación, a un individuo o grupo peor que a otro, aunque el Convenio no exija el trato más favorable (*Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, 28 de mayo de 1985, § 82, serie A nº 94).

77. La orientación sexual entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 14. El

Tribunal ha declarado en repetidas ocasiones que, al igual que las diferencias basadas en el sexo, las que se basan en la orientación sexual deben estar justificadas por "motivos especialmente sólidos y convincentes" (véase, por ejemplo, *Smith y Grady*, § 90; *Karner*, §§ 37 y 42; *L. y V. c. Austria*, § 45, y *X et alii*, § 99, op. cit.). Al tratarse de un trato distinto basado en el sexo o la orientación sexual, el margen de valoración de los Estados es escaso (*Karner*, § 41, y *Kozak*, § 92, op. cit.). Las diferencias basadas únicamente en consideraciones vinculadas a la orientación sexual son inaceptables desde el punto de vista del Convenio (*Salgueiro da Silva Mouta*, § 36; *E.B.*, §§ 93 y 96, y *X et alii*, § 99, op. cit.).

### **III. Aplicación al presente asunto de los citados principios**

#### **a) Comparación de la situación de los demandantes con la de una pareja heterosexual y existencia de un trato distinto**

78. La primera cuestión que se le plantea al Tribunal es saber si la situación de los demandantes es comparable a la de una pareja heterosexual que desee formalizar un "pacto de convivencia" en virtud de la Ley nº 3719/2008. El Tribunal recuerda que las parejas homosexuales son tan capaces de comprometerse en relaciones estables como las parejas heterosexuales (*Schalk y Kopf*, op. cit., § 99). Considera, por tanto, que los demandantes se hallan en una situación comparable a la de las personas heterosexuales en lo relativo a su necesidad de reconocimiento jurídico y de protección de su relación de pareja (*Schalk y Kopf*, loc. cit.).

79. Además, el Tribunal señala que el primer artículo de la Ley nº 3719/2008 limita expresamente la posibilidad de formalizar el "pacto de convivencia" a las personas físicas de distinto sexo. Por consiguiente, al excluir tácitamente a las personas físicas del mismo sexo de su ámbito de aplicación, la ley en cuestión introduce un trato distinto basado en la orientación sexual de los interesados.

#### **B) Finalidad legítima y proporcionalidad**

80. El Tribunal señala que el Gobierno se basa principalmente en dos series de argumentos para justificar la decisión del legislador de no incluir a las parejas del mismo sexo en el ámbito de aplicación de la Ley nº 3719/2008. En primer lugar, sostiene que si se aplicase el pacto de convivencia, establecido por dicha ley, a los demandantes, implicaría para ellos derechos y obligaciones sobre su estatuto patrimonial, sus relaciones pecuniarias dentro de la pareja y los derechos de sucesión, a los que ya pueden otorgar categoría jurídica mediante la aplicación del derecho común, es decir, por vía contractual. En segundo lugar, la ley en cuestión tendría varios objetivos: la protección de los hijos nacidos fuera del matrimonio, la protección de las familias monoparentales - tal como especifica la exposición de motivos de la ley -, la voluntad de los padres de criar a sus hijos sin verse obligados a casarse y, en definitiva, el refuerzo de las instituciones del matrimonio y de la familia en el sentido tradicional del término.

81. En cuanto al primer argumento alegado por el Gobierno, el Tribunal estima que, aun suponiendo que sea válido, no tiene en cuenta que la pareja de hecho prevista en la Ley nº 3719/2008, como forma de convivencia oficialmente reconocida distinta al matrimonio, posee de por sí un valor para los demandantes, con independencia de los efectos jurídicos, amplios o limitados, que esta produzca. Como el Tribunal ya ha señalado, las parejas homosexuales son tan capaces de comprometerse en relaciones estables como las parejas heterosexuales. La convivencia de las parejas del mismo sexo conlleva las mismas necesidades de apoyo y ayuda mutua que las de las parejas de distinto sexo. Por tanto, la posibilidad de formalizar un pacto de convivencia supondría para los primeros la única opción

en la legislación griega de oficializar su relación dotándola de una forma jurídica reconocida por el Estado. El Tribunal señala que la ampliación del pacto de convivencia a las parejas del mismo sexo les permitiría regular las cuestiones patrimoniales, de pensión de alimentos y de sucesión no como simples particulares que formalizan entre sí contratos de derecho común, sino adoptando el régimen jurídico del pacto de convivencia, es decir, gozando de un reconocimiento oficial de su relación por el Estado.

82. Es cierto que la Ley nº 3719/2008 pretende reforzar el estatuto jurídico de los hijos nacidos fuera del matrimonio y facilitar la decisión de los padres de criar a sus hijos sin verse obligados a casarse, y ello constituye el segundo argumento principal del Gobierno. Este elemento distinguiría a las parejas de distinto sexo de las del mismo sexo, ya que, biológicamente, las segundas no pueden procrear juntas.

83. El Tribunal considera que es legítimo desde el punto de vista del artículo 8 del Convenio que el legislador tome medidas legislativas para regular la situación de los hijos nacidos fuera del matrimonio y reforzar también indirectamente la institución del matrimonio en el seno de la sociedad griega, promoviendo, como explica el Gobierno, la idea de que la decisión de casarse únicamente se tomaría basándose en la voluntad de compromiso mutuo de dos personas, con independencia de condicionantes externos o de la perspectiva de tener un hijo (anterior apartado 62). El Tribunal reconoce que la intención de proteger a la familia en el sentido tradicional del término constituye en principio un motivo importante y legítimo válido para justificar un trato distinto (*Karner*, § 40, y *Kozak*, § 98, op. cit.). Está de más decir que la protección del interés del menor es también una finalidad legítima (*X et alii*, op. cit., § 138). La cuestión es saber si se ha respetado el principio de proporcionalidad en este asunto.

84. El Tribunal recuerda los principios que se derivan de su jurisprudencia. La finalidad de proteger a la familia en el sentido tradicional del término es bastante abstracta, y existe gran variedad de medidas concretas que podrían utilizarse para alcanzarla (*Karner*, § 41, y *Kozak*, § 98, op. cit.). Además, al ser el Convenio un instrumento vivo que debe interpretarse teniendo en cuenta las condiciones actuales (véase, entre otros, *Tyrer c. Reino Unido*, 25 de abril de 1978, § 31, serie A nº 26, y *Christine Goodwin c. Reino Unido* [GS], nº 28957/95, § 75, TEDH 2002 VI), el Estado debe escoger las medidas que deban tomarse con arreglo al artículo 8 para proteger a la familia y garantizar el respeto a la vida familiar teniendo en cuenta la evolución de la sociedad y los cambios en la forma de percibir las cuestiones relativas a la sociedad, al estado civil y a las relaciones, en especial la idea de que existe más de un camino o de elección posibles en cuanto al modo de vivir la vida privada y familiar (*X et alii*, op. cit., § 139).

85. Cuando el margen de valoración de que disponen los Estados es escaso, como es el caso por ejemplo de un trato distinto basado en el sexo o la orientación sexual, el principio de proporcionalidad no solo exige que la medida adoptada permita alcanzar normalmente la finalidad buscada, sino que obliga también a demostrar que era necesario, para alcanzar dicha finalidad, excluir a ciertas personas - en el presente asunto los individuos que mantienen una relación homosexual - del ámbito de aplicación de la medida en cuestión (*Karner*, § 41, y *Kozak*, § 99, op. cit.). En virtud de la citada jurisprudencia, la carga de la prueba recae en este caso sobre el gobierno demandado. Es por tanto al gobierno griego a quien corresponde demostrar, en el presente asunto, que la búsqueda de las finalidades legítimas alegadas obliga a prohibir a las parejas homosexuales la posibilidad de formalizar el "pacto de convivencia" previsto en la Ley nº 3719/2008 (véase, en ese sentido, *X et alii*, op. cit., § 141).

86. El Tribunal señala que la ley en cuestión no se limita a prever medidas para regular las realidades sociales y alcanzar los fines expuestos por el Gobierno (anterior apartado 80). Su objetivo principal es el reconocimiento jurídico de una forma de pareja distinta al

matrimonio, el "pacto de convivencia". Así se ve claramente en el contenido y la estructura de esta ley. Su artículo primero define el pacto de convivencia como "el contrato entre dos personas físicas mayores de edad de distinto sexo por el que organizan su convivencia". Además, los siguientes artículos no se limitan a regular el estatuto de los hijos nacidos fuera del matrimonio, sino que se refieren además a las condiciones de vida de la pareja que ha formalizado el "pacto de convivencia". De este modo, los artículos 6 y 7 se refieren a las relaciones pecuniarias de los contrayentes y a la obligación alimentaria tras la disolución del pacto. Por su parte, el artículo 11 dispone que el supérstite, en caso de defunción de su cónyuge, está llamado a la sucesión (anterior apartado 16).

87. El Tribunal observa a ese respecto que, en su informe sobre ese proyecto de ley, la Comisión Nacional de Derechos Humanos destacó que no se especificaba con claridad por qué motivo concreto se había dado al proyecto de ley el título de "Reformas relativas a la familia, los hijos y la sociedad", cuando lo que establecía era una nueva forma jurídica de convivencia (anterior apartado 22). En vista de lo que antecede, el Tribunal estima que, pese al título de la Ley nº 3719/2008 y la intención declarada del legislador, su finalidad principal era el reconocimiento jurídico de una nueva forma de convivencia distinta al matrimonio.

88. En todo caso, aun suponiendo que la intención del legislador haya sido reforzar la protección jurídica de los hijos nacidos fuera del matrimonio e indirectamente la institución del matrimonio, es innegable que mediante la Ley nº 3719/2008 ha establecido una forma de pareja de hecho, concretamente el "pacto de convivencia", que excluye a las parejas del mismo sexo mientras que permite a las parejas heterosexuales, tengan hijos o no, regular numerosos aspectos de sus relaciones.

89. En este punto, el Tribunal señala en primer lugar que la argumentación del Gobierno se centra en la situación de las parejas de distinto sexo con hijos, sin que ello justifique el trato distinto que dispensa la ley en cuestión a las parejas homosexuales y a las parejas heterosexuales que no son padres. En segundo lugar, el argumento alegado por el Gobierno no convence al Tribunal, es decir, que el logro de las finalidades alegadas mediante la Ley nº 3719/2008 presupone la exclusión de las parejas del mismo sexo de su ámbito de aplicación. El legislador podría haber previsto ciertas disposiciones concretas sobre los hijos nacidos fuera del matrimonio y ampliar al mismo tiempo la posibilidad general de formalizar un "pacto de convivencia" a las parejas del mismo sexo. El Tribunal recuerda a este respecto que la exposición de motivos de la ley en cuestión no ofrece aclaración alguna sobre la decisión del legislador de limitar el beneficio del "pacto de convivencia" a las parejas de distinto sexo (anterior apartado 10). El Tribunal señala por otra parte que la Comisión Nacional de Derechos Humanos consideró que el proyecto de ley era discriminatorio, ya que no se aplicaba a las parejas homosexuales (anteriores apartados 23-24) y que el Consejo Científico del Parlamento se pronunció en el mismo sentido (anterior apartado 13).

90. Por último, el Tribunal señala que, tal como el mismo Gobierno indica (anterior apartado 64), las parejas heterosexuales - a diferencia de las parejas del mismo sexo - ya gozaban en al legislación griega, antes de la aprobación de la Ley nº 3719/2008, de un reconocimiento de su relación, plena mediante la institución del matrimonio o de un modo más limitado en virtud de lo dispuesto en el Código Civil sobre las parejas de hecho. Por consiguiente, las parejas del mismo sexo estarían muy especialmente interesadas en que se les permitiese beneficiarse del "pacto de convivencia", ya que el mismo supondría para ellos, a diferencia de las parejas de distinto sexo, la única base jurídica en la legislación griega de dotar a su relación de una forma legalmente reconocida.

91. Por lo demás, y a título complementario, el Tribunal considera útil recordar que, aunque no exista consenso entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros del

Consejo de Europa, sí se observa actualmente una tendencia sobre la adopción de formas de reconocimiento jurídico de las relaciones entre personas del mismo sexo. En efecto, nueve Estados miembros han aprobado el matrimonio entre personas del mismo sexo. Además, diecisiete Estados miembros permiten formas de pareja de hecho para personas del mismo sexo. En cuanto a la cuestión concreta planteada por el presente asunto (anterior apartado 75), el Tribunal considera que la tendencia que se desprende de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros del Consejo de Europa es clara: entre los diecisiete Estados que permiten formas de registro de parejas de hecho distintas al matrimonio, Lituania y Grecia son las únicas que las limitan únicamente a las parejas de distinto sexo (anteriores apartados 25 y 26). En otras palabras, con solo dos excepciones, cuando un Estado miembro del Consejo de Europa decide promulgar una ley que establece un nuevo sistema de registro de parejas de hecho que represente una alternativa al matrimonio para las parejas no casadas, se incluye en el mismo a las parejas del mismo sexo. Esta tendencia se refleja además en los documentos relacionados del Consejo de Europa. A ese respecto, el Tribunal se remite especialmente a la Resolución 1728(2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y a la Recomendación del Comité de Ministros CM/Rec(2010)5 (anteriores apartados 28-30).

92. El hecho de que un país se halle, tras una evolución gradual, una situación aislada con relación a un aspecto de su legislación no implica necesariamente que ese aspecto se oponga al Convenio (*F. c. Suiza*, 18 de diciembre de 1987, § 33, serie A nº 128). Eso no impide que, en vista de lo que antecede, el Tribunal considere que el Gobierno no ha ofrecido motivos sólidos y convincentes para justificar la exclusión de las parejas del mismo sexo del ámbito de aplicación de la Ley nº 3719/2008. *Por tanto, estima que en el presente caso se ha vulnerado el artículo 14 en concurso con el artículo 8 del Convenio.*

### III. SOBRE LA PRESUNTA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 13 DEL CONVENIO

93. Los demandantes denuncian la falta en el derecho interno de un recurso efectivo mediante el cual hubiesen podido alegar ante los órganos judiciales internos el agravio que supone para ellos el carácter discriminatorio del "pacto de convivencia". Se fundamentan en el artículo 13 del Convenio, que reza así:

"Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el (...) Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales."

94. El Tribunal recuerda que el artículo 13 no llega a exigir un recurso con el que denunciar, ante una autoridad nacional, las leyes de un Estado contratante por ser contrarias como tal al Convenio (véase, entre otros, *Roche c. Reino Unido* [GS], 19 de octubre de 2005, nº 32555/96, § 137, *TEDH 2005-X*, y *Paksas c. Lituania* [GS], nº 34932/04, 6 de enero de 2011, § 114). En el presente asunto, el agravio presentado por los demandantes con arreglo al artículo 13 se opone a este principio. Por consiguiente, dicho agravio es claramente infundado y, como tal, no debe admitirse a trámite en cumplimiento del artículo 35 §§ 3 a) y 4 del Convenio.

### IV. SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL CONVENIO

95. El artículo 41 del Convenio dispone lo que sigue:

"Si el Tribunal declara que ha habido vulneración del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha vulneración, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así

procede, una satisfacción equitativa. "

#### **A. Daños**

96. En cuanto a la demanda nº 29381/09, los demandantes reclaman conjuntamente 10.000 euros (EUR) por el perjuicio moral que habrían sufrido a causa de la vulneración del *artículo 14 en concurso con el artículo 8 del Convenio y de la falta de recurso efectivo al efecto*. Además, *invitan al Tribunal a formular recomendaciones concretas al Gobierno con objeto de modificar la Ley nº 3719/2008* y ampliar la aplicación del "pacto de convivencia" a las parejas del mismo sexo.

97. En cuanto a la demanda nº 32684/09, los demandantes reclaman 15.000 EUR por pareja por el perjuicio moral que habrían sufrido, es decir, 45.000 EUR en total. Aducen haber sido objeto de una discriminación inaceptable por sus preferencias sexuales y haber sentido una gran frustración por de su exclusión del ámbito de aplicación de la Ley nº 3719/2008.

98. El Gobierno afirma que las cuantías reclamadas por los demandantes son excesivas y que los mismos no han demostrado haber sufrido personal y directamente una ofensa a su vida privada y familiar. Considera que la constatación de una vulneración supondría por sí sola una satisfacción equitativa suficiente.

99. A diferencia del Gobierno, el Tribunal estima que la constatación de una vulneración del *artículo 14 en concurso con el artículo 8 del Convenio no constituye una reparación suficiente del daño moral sufrido por los demandantes. Resolviendo ex aequo et bono*, tal como contempla el *artículo 41 del Convenio*, el Tribunal concede a cada uno de los demandantes, con excepción de la séptima demandante de la demanda nº 32684/09, 5.000 EUR por el daño moral sufrido, además de las cargas fiscales correspondientes. En cuanto al resto, el Tribunal rechaza las peticiones de satisfacción equitativa.

#### **B. Gastos y costas**

100. En cuanto a la demanda nº 29381/09, los demandantes solicitan conjuntamente una cuantía de 7.490,97 EUR por los gastos y costas contraídos ante el Tribunal. En concreto, evalúan el tiempo dedicado a este asunto por sus representantes del Observador Griego de Helsinki en veintiocho horas de trabajo, a razón de 100 EUR por hora. Presentan al efecto un documento desglosando el tiempo que sus representantes han dedicado a la redacción de las alegaciones presentadas ante el Tribunal. Además, solicitan 4.485 EUR por su representación ante la Gran Sala por el Sr. Mécary, minuta de honorarios como justificante. Por último, solicitan 1.005,97 EUR por los gastos de desplazamiento de sus representantes con objeto de acudir a la audiencia ante la Gran Sala. Los demandantes especifican que, a raíz de un acuerdo con sus representantes, deberán abonar íntegramente a estos la cuantía concedida por la Gran Sala en concepto de gastos y costas si se constata una vulneración del Convenio. Solicitan por tanto que toda indemnización que se les conceda en ese concepto se abone directamente en las cuentas bancarias de sus representantes.

101. En cuanto a la demanda nº 32684/09, los demandantes solicitan conjuntamente una cuantía de 8.000 EUR por el procedimiento ante el Tribunal, con facturas y minutas de honorarios como justificante.

102. El Gobierno replica que el Tribunal solo debería conceder cuantías en concepto de gastos y costas a los demandantes en la medida en que las mismas estén suficientemente justificadas.

103. Según la jurisprudencia del Tribunal, un demandante sólo podrá ser reembolsado por los gastos y las costas en la medida en que se pueda determinar que hayan sido reales, necesarios y razonables en cuanto al importe (*Creanga c. Rumanía* [GS], nº 29226/03, § 130, 23 de febrero de 2012). Habida cuenta de los documentos en su poder y de los criterios antes citados, el Tribunal considera que debe conceder conjuntamente a los demandantes de la demanda nº 29381/09 la cuantía de 5.000 EUR, además de las cargas fiscales correspondientes, que deberán abonarse directamente en las cuentas bancarias de sus representantes (véase, en ese sentido, *Carabulea c. Rumanía*, nº 45661/99, § 180, 13 de julio de 2010). En cuanto a los demandantes de la demanda nº 32684/09, el Tribunal considera que debe concederles conjuntamente la cuantía de 6.000 EUR en concepto de gastos y costas, además de las cargas fiscales correspondientes.

### **C. Intereses de demora**

104. El Tribunal considera apropiado calcular los intereses de demora tomando el tipo de interés de la facilidad marginal del Banco Central Europeo incrementado en tres puntos porcentuales.

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL,

1. *Decide*, por unanimidad, acumular las demandas;

2. *Declara*, por mayoría, admisibles las demandas en cuanto al agravio relativo al artículo 14 en concurso con el artículo 8 del Convenio, en lo relativo a los demandantes G. Vallianatos y N. Mylonas, así como C.S., E.D., K.T., M.P., A.H. y D.N., y, por unanimidad, inadmisibles en lo demás;

3. *Falla*, por dieciséis votos contra uno, que se ha producido una vulneración del artículo 14 en concurso con el artículo 8 del Convenio;

4. *Falla*, por dieciséis votos contra uno,

a) que el Estado demandado deberá abonar, en un plazo de tres meses, las cantidades siguientes:

I. 5.000 EUR (cinco mil euros) a cada demandante, con excepción de la séptima demandante en la demanda no 32684/09, en concepto de perjuicio moral, además de las cargas fiscales correspondientes;

II. 5.000 EUR (cinco mil euros) conjuntamente a los demandantes de la demanda no 29381/09 en concepto de gastos y costas procesales, además de las cargas fiscales correspondientes, que deberán ingresarse directamente en las cuentas bancarias de sus representantes;

III. 6.000 EUR (seis mil euros) conjuntamente a los demandantes de la demanda no 32684/09, con excepción de la séptima, en concepto de gastos y costas procesales, además de las cargas fiscales correspondientes;

b) que estas cantidades se verán incrementadas por un interés simple anual equivalente al tipo de interés marginal de crédito del Banco Central Europeo, incrementado en tres puntos, pagadero a partir del vencimiento del antedicho plazo y hasta que tenga lugar el pago;

5. *Rechaza*, por unanimidad las peticiones de satisfacción equitativa en cuanto al resto.

Redactada en francés y en inglés con ocasión de una vista pública en el Palacio de los Derechos Humanos, Estrasburgo, el 7 de noviembre de 2013.

Michael O' Boyle DeanSpielmann

Subsecretario Presidente

A la presente sentencia se adjuntan, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 § 2 del Convenio y 74 § 2 del Reglamento, los siguientes votos particulares:

- voto particular conjunto concurrente de los jueces Casadevall, Ziemele, Jociene y Sicilianos;

- voto particular parcialmente concurrente, parcialmente discrepante del juez Pinto de Albuquerque.

D.S.

M.O'B.

### **Voto particular**

#### VOTO PARTICULAR

CONJUNTO CONCURRENTE DE LOS JUECES CASADEVALL, ZIEMELE, JOCIENE y SICILIANOS

1. Hemos votado *a favor* de la constatación de vulneración del *artículo 14 en concurso con el artículo 8 del Convenio en el presente asunto*. *Dado que las disposiciones en cuestión y el motivo de discriminación - la orientación sexual - son las mismas en el presente asunto y en el asunto X et alii c. Austria* (sentencia de la Gran Sala del 19 de febrero de 2013), cabría preguntarse a primera vista si nuestras respectivas posturas en ambos casos son coherentes. Conviene recordar que en el asunto X et alii c. Austria hemos votado *en contra* de la constatación de vulneración del artículo 14 en concurso con el *artículo 8 del Convenio y hemos expresado las razones de nuestro desacuerdo en un voto particular conjunto discrepante junto con otros tres de nuestros colegas ( X et alii c. Austria , ibíd., voto particular conjunto parcialmente discrepante de los jueces Casadevall, Ziemele, Kovler, Jociene, ?ikuta, De Gaetano y Sicilianos)*. No obstante, estamos convencidos de que, pese a las citadas similitudes, ambos asuntos se distinguen claramente uno de otro, lo que explica nuestros votos en uno y otro asunto.

2. Más allá de estas consideraciones especiales - analizadas *in extenso* en el citado voto particular parcialmente discrepante (§§ 2-11) - el asunto X et alii c. Austria entra, como sabemos, dentro de la problemática sobre la adopción por parte de parejas del mismo sexo. Más concretamente, el asunto en cuestión afectaba, en el caso de la primera demandante, a la posibilidad de adoptar al hijo de su compañera sentimental. No obstante, aparte de a la propia pareja homosexual, tal adopción afecta necesariamente, incluso de modo radical, a la situación del menor adoptado y a la del otro progenitor biológico, planteando cuestiones delicadas sobre el interés superior del menor y sobre los derechos del otro progenitor en virtud del Convenio. En este caso, no ocurre nada de esto. Los demandantes del presente asunto forman parejas de adultos del mismo sexo que simplemente desean oficializar su propia

relación. No hay terceros que se vean afectados en modo alguno. Conviene señalar asimismo que la ley griega sobre el "pacto de convivencia" no contempla la posibilidad de que adopten las parejas heterosexuales a las que se aplica (véase el texto de la Ley nº 3719/2008, citado en el apartado 16 de la presente sentencia). En otras palabras, la eventual ampliación del ámbito de aplicación de esta ley a las parejas del mismo sexo no plantearía problemas análogos a los del asunto *X et alii c. Austria* .

3. Esta primera diferencia importante está íntimamente ligada a otro parámetro que debemos tomar en consideración. Tal como hemos subrayado en nuestro voto particular parcialmente discrepante anexo a la sentencia *X et alii* (op. cit.), los Estados partes del Convenio, incluidos los que permiten la adopción coparental a las parejas no casadas, "están fuertemente divididos y [...] por tanto no existe ningún consenso" sobre la cuestión planteada en este asunto (loc. cit., § 14). Se observa efectivamente una gran diversidad de soluciones plasmadas en las legislaciones nacionales en materia de adopción. En el presente asunto, en cambio, existe una tendencia muy clara a la apertura de la institución de la pareja de hecho a las parejas del mismo sexo. Esta tendencia se subraya en el apartado 91 de la presente sentencia, que llega a la conclusión de que, con solo dos excepciones, cuando un Estado miembro del Consejo de Europa decide promulgar una ley que establece un nuevo sistema de registro de parejas de hecho como alternativa al matrimonio, "se incluye en el mismo a las parejas del mismo sexo".

4. Por otra parte, la complejidad de las cuestiones planteadas en el asunto *X et alii c. Austria* se refleja, a nuestro juicio, en el artículo 7, apartado 2 , del Convenio europeo en materia de adopción de menores (revisado en 2008), vigente desde el 1 de septiembre de 2011. Dicha disposición estipula que: "*Los Estados tendrán la posibilidad de ampliar el alcance del presente Convenio a las parejas homosexuales que hubieren contraído matrimonio o registradas como parejas de hecho. Igualmente tendrán la posibilidad de ampliar el alcance del presente Convenio a las parejas heterosexuales y homosexuales que vivan juntas en el marco de una relación estable.*" En otras palabras, habida cuenta de las citadas divergencias, un convenio reciente del Consejo de Europa otorga a los Estados libertad total en lo relativo a la regulación de la adopción de menores en los supuestos aquí analizados, incluido el que fue objeto del asunto *X et alii c. Austria* .

5. Esta actitud no intervencionista contrasta con los instrumentos relevantes del Consejo de Europa, citados en los apartados 27-30 de la presente sentencia. Estos instrumentos apuntan claramente a una vulneración del artículo 14 en concurso con el artículo 8 del Convenio, en el presente asunto. Ocurre lo mismo especialmente con la Recomendación CM/Rec(2010)5, aprobada por el Comité de Ministros el 31 de marzo de 2010, sobre las "medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género", y la Resolución 1728 (2010), aprobada por la Asamblea Parlamentaria el 29 de abril de 2010, sobre la "discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género". En otras palabras: la constatación de vulneración a la que llega la presente sentencia concuerda con todos los instrumentos relevantes del Consejo de Europa, sobre todo los más recientes. Otras observaciones análogas son válidas *mutatis mutandis* en lo relativo al derecho de la Unión Europea, cuyas disposiciones relevantes se citan en los apartados 31 a 34 de la sentencia.

#### VOTO PARTICULAR PARCIALMENTE CONCURRENTE, PARCIALMENTE DISCREPANTE DEL JUEZ PINTO DE ALBUQUERQUE

(*Traducción*)

El interés del asunto *Vallianatos et alii* reside en el hecho de que la Gran Sala efectúa,

en el mismo, un control en abstracto de la "convencionalidad" de una ley griega, actuando como juzgado de primera instancia . La Gran Sala no solo controla la conformidad con el Convenio de una ley que no ha sido aplicada a los demandantes, sino que lo hace además sin que esta ley haya sido previamente examinada por los órganos judiciales nacionales. En otras palabras, la Gran Sala se arroga el poder de examinar in abstracto la conformidad con el Convenio de leyes que no han sido previamente sometidas a control judicial a nivel nacional.

Concuerdo con la mayoría en que no debe admitirse a trámite la demanda presentada por la asociación "Synthessi-Information, sensibilisation, recherche", una persona jurídica con sede en Atenas, al no gozar la misma de la condición de víctima. Comparto también la opinión de que no debe admitirse a trámite el agravio presentado por los demás demandantes con arreglo al *artículo 13 por ser manifiestamente infundado*. *En cambio, no me adhiero al parecer de la mayoría sobre el agravio de vulneración del artículo 14 en concurso con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos* ("el Convenio"), que considero que no se debe admitir a trámite por falta de agotamiento de las vías de recurso internas. Si bien los demandantes individuales presentaron un agravio defendible, ni siquiera han intentado someterlo a los órganos judiciales nacionales como habrían podido hacer. Por tanto, dichos órganos judiciales no han podido examinar el agravio de los demandantes. En definitiva, no se ha tenido en cuenta el principio de subsidiariedad.

### **Víctima potencial y control en abstracto de la convencionalidad de las leyes**

El mecanismo europeo de protección de los derechos humanos no permite en principio que se proceda a un control en abstracto de la conformidad de las leyes nacionales con el Convenio y aún menos que se emprenda una *actiopopularis* contra la legislación . Por tanto, un individuo que acuda al Tribunal Europeo de Derechos Humanos ("el Tribunal") debe ser capaz de alegar que ha sido, es o será víctima de una actuación del Estado, incluso cuando no se haya visto, no se vea y no se verá personalmente afectado por esa actuación . Sin embargo, un individuo puede afirmar que una ley vulnera sus derechos en ausencia de cualquier medida concreta de ejecución relacionada con él si existe un riesgo real de que dicha ley le afecte personalmente. El Tribunal ha establecido cuáles son las categorías de personas en riesgo; se trata de las que deban modificar su conducta bajo pena de acciones penales , y de las que pertenezcan a una clase de personas que corran el riesgo de verse directamente afectadas por la legislación, tanto si se trata des leyes ordinarias como de la legislación constitucional . Estas dos categorías de personas, que pueden ser lo bastante amplias como para englobar, por ejemplo, "a todo usuario o usuario virtual de los servicios de correos y telecomunicaciones" , los "hijos ilegítimos" , las "mujeres en edad de procrear" o las personas de origen gitano o judío , son las que se califican como víctimas potenciales .

En el asunto en estudio, los demandantes individuales aducen que forman parte de un grupo de personas con una característica identificable (las parejas del mismo sexo no casadas) que no gozan de la protección legal que una ley sí concede a otro grupo de personas que se halla en una situación fáctica comparable (las parejas de distinto sexo no casadas). Su alegación presenta cierta similitud con la de la demandante Alexandra en el importante asunto *Marckx c. Bélgica*, que sin embargo alegaba pertenecer a un grupo de personas unidas por una característica identificable (los hijos nacidos fuera del matrimonio) que no gozaba de la protección concedida por el Código Civil belga a otro grupo de personas (los hijos legítimos) . El principio de admisibilidad planteado en el asunto Marckx es asimismo válido en el presente asunto. En otras palabras, cuando una ley o reglamento otorgue un derecho amparado por el Convenio solo a un grupo de personas, en función de una característica identificable de dicho grupo, privando por vía de consecuencia a otro grupo de personas que se halle en una situación idéntica o similar de disfrute de ese derecho sin ninguna justificación objetiva, la convencionalidad de esta ley o reglamento puede controlarse in abstracto por el Tribunal si un

miembro del grupo privado del derecho le ha presentado un agravio. Es válida la misma conclusión para una ley o reglamento que prohíba o restrinja expresamente el disfrute de un derecho amparado por el Convenio a un grupo de personas basándose en una característica identificable de dicho grupo, dispensándole por tanto un trato distinto al de otro grupo de personas que se halle en una situación idéntica o similar, cuando se haga sin justificación objetiva alguna (discriminación directa) , así como para una ley o reglamento que trate de modo idéntico a grupos de personas que se hallen en situaciones diferentes, cuando se haga sin justificación objetiva (discriminación indirecta) . En ambos casos, los miembros del grupo privado del pleno disfrute del derecho derivado del Convenio pueden impugnar ante el Tribunal esa ley o reglamento con independencia de cualquier acto de ejecución. *A fortiori* , toda ley o reglamento discriminatorio que afecte a personas identificadas o claramente identificables puede ser impugnado por esas personas ante el Tribunal, con independencia de cualquier acto de ejecución (discriminación *intuitupersonae* ). Por último, todas las conclusiones antes citadas se aplican del mismo modo a los derechos que, sin estar expresamente previstos en el Convenio, pertenecen al ámbito de aplicación de un derecho amparado por el Convenio, aunque no se haya vulnerado el derecho material en sí mismo.

Dicho esto, todos los demandantes salvo una pueden aspirar a la condición de víctimas potenciales tal como se ha definido anteriormente. En cambio, el agravio alegado por la asociación "Synthessi-Information, sensibilisation, recherche" no se basa en ningún riesgo de daño personal que afecte a la demandante, que por tanto no puede ser considerada como una víctima potencial.

### **No-agotamiento de las vías de recurso internas contra leyes discriminatorias**

Tratándose de algo más que de un simple acuerdo multilateral sobre las obligaciones recíprocas de los Estados partes, el Convenio crea para los Estados partes obligaciones hacia todos los individuos dentro de su jurisdicción en lo relativo a la ejecución concreta en su ordenamiento jurídico interno de los derechos y libertades garantizados . Por tanto, los Estados partes del Convenio tienen la obligación jurídica de no poner trabas de ningún tipo al ejercicio efectivo del derecho de recurso individual y de aportar a su sistema jurídico interno las modificaciones que puedan resultar necesarias para garantizar la plena ejecución de las obligaciones que les incumben . Visto desde otro punto de vista, se trata de las consecuencias del principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones convencionales contemplado en los *artículos 26 y 31 del Convenio de Viena* sobre el derecho de los tratados.

Mientras que el artículo 13 del Convenio no impone, en principio, la existencia de un recurso para que los órganos judiciales internos controlen la conformidad de las leyes con el Convenio , cuando la presunta vulneración de un derecho amparado por el Convenio se base en una ley o reglamento discriminatorio que afecte directamente al demandante o al grupo de personas al que pertenezca el demandante, el sistema jurídico interno debe ofrecer un recurso efectivo que permita impugnar dicha ley o reglamento . En caso contrario, la parte contratante no aportaría a las personas dentro de su jurisdicción ninguna protección jurídica del derecho amparado por el Convenio, y un acceso directo al Tribunal sería la única vía de recurso disponible. Ese no es el caso en Grecia.

Grecia cuenta con un sistema de control de la constitucionalidad y la convencionalidad de las leyes a la vez vago, concreto, sucesivo y por vía de excepción ; ese sistema es eficaz. De hecho, los tribunales griegos han declarado varias disposiciones de leyes ordinarias inconstitucionales o contrarias al Convenio . En su sentencia nº 3/2012, el Tribunal de Casación griego (en sesión plenaria) incluso consideró que del *artículo 12 § 1 de la Constitución y del artículo 11 del Convenio se derivaba que los miembros de las fuerzas armadas tenían derecho a la libertad de asociación y que la conclusión del Tribunal de*

*Apelación según la cual lo dispuesto en el artículo 30 de la ley 1264/1982 y el artículo 1 de la ley 2265/1994 no debía aplicarse por analogía al personal militar era errónea, ya que daba lugar a una vulneración de lo dispuesto en la Constitución y el Convenio. El Tribunal de Casación concluyó además que "a falta de una legislación específica, se aplicarán las disposiciones generales de los artículos 78 y siguientes del Código Civil". El hecho de que no se haya concebido ninguna disposición legal para contemplar el derecho del personal militar a fundar asociaciones no impidió que el Tribunal de Casación manifestase que el derecho en cuestión estaba amparado por la Constitución y el Convenio, que el ejercicio de ese derecho no dependía de la promulgación de una ley ordinaria para regirlo y que, a falta de legislación específica, debían aplicarse las disposiciones generales del Código Civil.*

En el presente asunto, los demandantes no han dado a los órganos judiciales nacionales la oportunidad de aplicar el mismo razonamiento a su agravio. En un ordenamiento jurídico en que los derechos fundamentales están amparados por la Constitución, corresponde a la parte que se considera perjudicada demostrar el alcance de esa protección, y es el interesado quien debe dar la posibilidad a los órganos judiciales nacionales de hacer evolucionar esos derechos por vía de interpretación. El Tribunal no debe suponer, como han hecho los demandantes, que los órganos judiciales nacionales no dotarían de efecto pleno a las disposiciones de la Constitución de su propio país.

### **La obligación derivada del Convenio de permitir que las personas víctimas de discriminación se beneficien de disposiciones favorables**

Por otra parte, la ley griega prevé una actuación especial basada en el perjuicio imputable al Estado o a una entidad de derecho público. El *artículo 57 del Código Civil* dispone que toda persona víctima de un perjuicio personal al derecho no solo de solicitar una indemnización pecuniaria, sino también, y más concretamente, "a exigir que se suprime dicha ofensa y que esta no se repita en el futuro". Según la jurisprudencia nacional, existe una obligación de abonar una indemnización en caso de acción u omisión del legislador cuando la legislación vigente o la falta de legislación no tome en cuenta las normas superiores del derecho, como las disposiciones de la Constitución o de los convenios internacionales ratificados por una ley, incluido el Convenio en cuestión. Además, siempre según la jurisprudencia nacional, toda vulneración del principio de igualdad derivada de una omisión por parte del legislador a la hora de prever en la regulación de las categorías de individuos cuya situación es idéntica a la de las personas para las que se ha concebido la legislación, da lugar a la responsabilidad del Estado y de las entidades de derecho público y a la obligación de estos de pagar una indemnización. Más concretamente, según la jurisprudencia, "si la ley crea una regulación especial para cierta categoría de individuos, y otra categoría de individuos, para la cual existe el mismo motivo de dispensar un trato especial, queda excluida de esa regulación a raíz de una discriminación desfavorable inmerecida, la disposición que prevé ese trato desfavorable se considerará no válida por ser contraria a la Constitución. En un caso similar, para restaurar el principio constitucional de igualdad, la disposición aplicable a la categoría a favor de la cual se creó la regulación especial se aplicará asimismo a la categoría de individuos víctimas de discriminación. En esa situación, no puede considerarse que las autoridades judiciales han infringido el principio de separación de poderes amparado en los artículos 1, 26, 73 y siguientes y 87 de la Constitución". De este modo, ante una ley discriminatoria, los tribunales griegos deben ejercer, de conformidad con los artículos 87 §§ 1 y 2, 93 § 4 y 120 § 2 de la Constitución, poderes de control sobre las actividades del cuerpo legislativo y ejecutar el principio de igualdad en la medida de lo posible y, basándose en ese principio, aplicar la disposición favorable al grupo desfavorecido.

Esta vía de derecho habría sido suficiente a efectos del Convenio. Si los órganos judiciales nacionales debían limitarse a declarar la disposición discriminatoria contraria a la

Constitución o al Convenio sin tener la posibilidad de ampliar la regulación favorable especial al individuo que padece una discriminación, subsistiría la vulneración del principio de igualdad y la protección judicial pretendida quedaría desprovista de todo contenido real. El Convenio debe ser aplicado por el juez, sea cual sea la manera en que evolucione el proceso de reforma legislativa a nivel interno, dado que "la libertad de elección reconocida al Estado en relación con los medios de cumplir su obligación con arreglo al artículo 53 no le permitiría suspender la aplicación del Convenio". En la práctica, los órganos judiciales nacionales deben adoptar la interpretación de la legislación nacional que mejor concuerde con el Convenio con objeto de ajustarse a la obligación internacional consistente en prevenir toda ofensa al Convenio. Sin embargo, pese a todo, los demandantes ni siquiera han intentado demostrar ante los órganos judiciales nacionales que su asunto debía recibir un trato conforme a la citada jurisprudencia.

### **La obligación derivada el Convenio de revisar la legislación incompatible con el mismo**

Por otra parte, en los casos en que la armonización de la ley ordinaria en cuestión con la Constitución o el Convenio ha exigido la intervención del legislador, se han incluido las modificaciones necesarias en la ley en Grecia. Cabe citar a modo de ejemplo el hecho de que tras la adopción de la sentencia no 867/1988 del Consejo de Estado griego, que concluía que lo dispuesto en el *artículo 65 del Decreto-Ley 1400/1973* era incompatible con los *artículos 2 § 1 y 4 § 1 de la Constitución y el artículo 12 del Convenio*, se promulgó el *artículo 18(1) de la Ley 1848/1989*, que suprimió la disposición en litigio. Es cierto que ninguna disposición de la legislación griega impone expresamente la obligación de revisar la legislación incompatible con la Constitución o el Convenio. En cambio, en cuanto a la legislación incompatible con el Convenio, una obligación similar se deriva del propio Convenio y de su incorporación al ordenamiento jurídico nacional.

La obligación de prevenir una vulneración del Convenio puede justificar la adopción de medidas generales cuando no exista un marco jurídico nacional compatible con el Convenio o cuando el marco jurídico nacional o la práctica administrativa vigente sean contrarios al Convenio. En ciertos asuntos, puede que haya incluso que modificar la Constitución nacional, dado que el Convenio "no hace ninguna distinción en relación con el tipo de normas o de medidas en cuestión y no sustrae ninguna parte de la "jurisdicción" de los Estados miembros a la autoridad del Convenio". De hecho, tanto el principio del efecto útil del Convenio como el principio de subsidiariedad implican que todas las ofensas al Convenio, incluidas las que procedan del legislador, deben tramitarse a nivel nacional desde el momento en que hayan sido establecidas definitivamente por los órganos judiciales nacionales. En caso de inacción total por parte del legislador a raíz de una decisión judicial definitiva que dictamine que una disposición de una ley o reglamento infringe el Convenio, cabe alegar un agravio por incumplimiento de una decisión judicial definitiva con arreglo al artículo 6 del Convenio. Por tanto, el artículo 6, interpretado a la luz del efecto útil del Convenio y del principio de subsidiariedad, impone a los Estados partes la obligación de revisar toda ley o reglamento que haya sido considerado no conforme al Convenio por una decisión judicial definitiva adoptada a nivel nacional. Sin embargo, los demandantes no han tenido en cuenta esta otra vía de recurso

La Gran Sala, sin embargo, se ha dedicado a examinar las intenciones "principales" del legislador griego más allá de sus intenciones "declaradas" (apartado 87 de la sentencia) y a criticarlas, y no se ha abstenido de dictar al Estado demandado el modo en que debería concebir la ley (apartado 89). Tras el procedimiento de "la sentencia piloto" y las "sentencias artículo 46" (o sentencias casi piloto), la Gran Sala inaugura en la presente sentencia un nuevo recurso que expone una solución legislativa específica para un problema social que el legislador nacional no habría resuelto después de que las personas afectadas hubiesen

sometido su caso directamente al Tribunal. En lo sucesivo, este ya no es solo un "legislador por la negativa": desempeña un papel de "legislador positivo" supranacional que interviene directamente ante una omisión legislativa supuestamente cometida por un Estado parte.

### **Conclusión**

Habida cuenta de cuanto antecede, los demandantes no han hecho uso de las vías de recurso que habrían permitido a los tribunales griegos examinar su agravio de vulneración del Convenio. Por consiguiente, la Gran Sala del Tribunal no debería haber examinado el asunto en cuanto al fondo, cosa que ha hecho comportándose como un tribunal constitucional europeo que desempeña el papel de "legislador positivo" a petición directa de las personas afectadas. Ni el propio Hans Kelsen, el arquitecto del sistema de control judicial constitucional concentrado, habría soñado que un día se pudiese dar ese paso en Europa.