

Parlamento de Navarra

SERVICIOS JURÍDICOS

Informe emitido a petición de la Junta de Portavoces del Parlamento de Navarra con fecha 8 de febrero de 2010, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y su integración social, en la redacción dada por el apartado 11 de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre.

Pamplona, 19 de febrero de 2010.



En relación con el Acuerdo de la Junta de Portavoces del Parlamento de Navarra adoptado el pasado 8 de febrero, en el que se solicita la emisión de un informe jurídico sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 9 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y su integración social, en la redacción dada por el apartado 11 de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de Diciembre publicada en el Boletín Oficial del Estado del día siguiente, la Letrada que suscribe emite el siguiente

INFORME

1. Objeto del informe.

La Junta de Portavoces del Parlamento de Navarra acordó el día 8 de febrero pasado, solicitar de los Servicios Jurídicos de la Institución la emisión de un informe sobre la posible inconstitucionalidad del precepto al que se ha hecho referencia en el encabezamiento de este informe.

El artículo 9 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y su integración social, en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de Diciembre, publicada en el Boletín Oficial del Estado el 12 de Diciembre, establece lo siguiente:

"Artículo 9. Derecho a la educación.

1. Los extranjeros menores de dieciséis años tienen el derecho y el deber a la educación, que incluye el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria. Los extranjeros menores de dieciocho años también tienen derecho a la enseñanza posobligatoria.

Este derecho incluye la obtención de la titulación académica correspondiente y el acceso al sistema público de becas y ayudas en las mismas condiciones que los españoles.

En caso de alcanzar la edad de dieciocho años en el transcurso del curso escolar, conservarán ese derecho hasta su finalización.

2. Los extranjeros mayores de dieciocho años que se hallen en España tienen derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa. En todo caso, los extranjeros residentes mayores de dieciocho años tienen el derecho a acceder a las demás etapas educativas posobligatorias, a la obtención de las titulaciones correspondientes, y al sistema público de becas en las mismas condiciones que los españoles.
3. Los poderes públicos promoverán que los extranjeros puedan recibir enseñanzas para su mejor integración social.
4. Los extranjeros residentes que tengan en España menores a su cargo en edad de escolarización obligatoria, deberán acreditar dicha escolarización, mediante informe emitido por las autoridades autonómicas competentes, en las solicitudes de renovación de su autorización o en su solicitud de residencia de larga duración."

2. Preceptos constitucionales y Tratados y Acuerdos internacionales relativos al Derecho a la educación.

1. El derecho a la educación está regulado en el artículo 27 de la Constitución, dentro del Capítulo segundo del Título primero por lo que su contenido vincula a todos los poderes públicos, y sólo podrá regularse por Ley (Orgánica) que en todo caso deberá respetar su contenido esencial (artículos 53.1 y 81 de la Constitución), en los términos siguientes:

- "1. Todos tienen derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.
3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones.
4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.
5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.
6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.
7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la Ley establezca.
8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las Leyes.

9. *Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca.*

10. *Se reconoce la autonomía de las Universidades en los términos que la Ley establezca."*

2. El artículo 13 de la Constitución establece que *"Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el título primero de la Constitución en los términos que establezcan los tratados y la Ley."*

3. En el artículo 10 se reconoce:

"1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los demás son fundamento del Orden político y de la paz social".

Y se establece que:

"2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España."

4. La Declaración Universal de derechos humanos aprobada por las Naciones Unidas en el año 1948 en el artículo 26 establece que

" 1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos".

5. El Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales aprobado en Roma el 4 de Noviembre de 1950 (CEDH) después de establecer la obligación de respetar los derechos y libertades definidos en dicho Convenio por las partes que los suscriben,

dispone en el Protocolo adicional ratificado por España el 2 de Noviembre de 1990 que " A nadie se le puede negar el derecho a la educación".

6. A su vez el **Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales ratificado el 27 de abril de 1977** establece en su artículo 13 que

"1. Los Estados partes... reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos; y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

2. Los Estados partes... reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente.

b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria, técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse asequible a todos; por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

c) La enseñanza superior debe ser igualmente asequible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de enseñanza.

e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente..."

Los preceptos y Tratados y Convenios internacionales citados debe ser el marco que hay que tener en cuenta, como veremos, para realizar el análisis sobre la constitucionalidad del precepto objeto de este informe.

3. El precedente. La Sentencia 236/2007 de 7 de Noviembre.

Para proceder realizar el encargo encomendado, resulta necesario recordar que en el año 2000 se aprobó la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de Diciembre por la que se reformaron diversos preceptos de la Ley Orgánica

4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y en concreto en el artículo 9 se regulaba el derecho a la educación de los extranjeros en los términos siguientes:

El apartado 1 del artículo establecía que:

"1. Todos los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas."

y en el apartado 3 lo siguiente:

"...3. Los extranjeros residentes tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. En concreto, tendrán derecho a acceder a los niveles de educación y enseñanza no previstos en el apartado anterior y a la obtención de las titulaciones que correspondan a cada caso, y al acceso al sistema público de becas y ayudas."

Con esta regulación se modificaron las previsiones establecidas, sobre el derecho a la educación de los extranjeros en España en el, hasta entonces vigente, artículo 9 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, en el que se reconocía a los extranjeros, sin distinguir entre los autorizados a residir en España y los que no, los mismos derechos que a los españoles tanto en el acceso a la enseñanza básica, como a la no obligatoria, así como en lo referente al acceso al sistema público de becas y ayudas.

El apartado 3 del nuevo artículo 9 fue impugnado por el Parlamento de Navarra al considerar que el precepto era inconstitucional por impedir de facto el acceso a la enseñanza no básica a los extranjeros menores de 18 años sin residencia legal en España.

El Tribunal Constitucional dictó en el año 2007 la Sentencia 236/2007 de 7 de Noviembre, por la que estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad presentado por la Cámara declarando, entre otras, inconstitucional y nula la inclusión del término **residentes** en el referido apartado 3 del artículo 9.

El Tribunal Constitucional expuso entonces, en las consideraciones finales de su Sentencia (Fundamento Jurídico 17.º), que el alcance del fallo en relación con el precepto relativo al derecho a la educación de naturaleza no obligatoria debía conllevar la nulidad del inciso **residentes** pues **tal derecho se reconoce constitucionalmente por igual a todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa.**

En aquel momento tenían el estatus de residentes en España, a los efectos que interesan, los extranjeros que hubieran obtenido un permiso de residencia temporal o de residencia permanente (artículo 29.3 de la Ley 4/2000 de 11 de enero).

El Tribunal Constitucional dedica íntegramente el Fundamento Jurídico 8.º de la Sentencia a analizar la constitucionalidad de las modificaciones introducidas por el punto 7 de la Ley 8/2000 que daba nueva redacción al apartado 3 del artículo 9 de la Ley Orgánica 4/2000 y lo hace en los términos siguientes:

“...8. El Parlamento de Navarra impugna el punto 7 del artículo primero de la Ley recurrida en este proceso, que da nueva redacción al apartado 3 del artículo 9 de la Ley Orgánica 4/2000. El precepto dispone:

«Los extranjeros residentes tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. En concreto, tendrán derecho a acceder a los niveles de educación y enseñanza no previstos en el apartado anterior y a la obtención de las titulaciones que correspondan al caso, y al acceso al sistema público de becas y ayudas».

A juicio de la entidad recurrente, esta nueva redacción vulneraría el artículo 27.1 de la Constitución en relación con el artículo 39.4 CE, el artículo 28 de la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos del niño, y el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos al impedir el acceso a la enseñanza no básica a los extranjeros menores de 18 años que no tengan residencia legal en España. El derecho del niño a ser escolarizado consagrado en el artículo 27.1 de la Constitución comprendería tanto la enseñanza básica como la no básica (artículo 1 de la Ley Orgánica del Derecho a la Educación), que formaría parte del contenido esencial de este derecho.

El Abogado del Estado responde que la impugnación se dirige contra la expresión «residentes», si bien parece responder a una contradicción con el apartado 1 del artículo, que garantiza el derecho a la educación a los menores de 18 años, independientemente de su situación legal. La supresión de la residencia para el derecho a la educación no obligatoria implicaría un régimen de absoluta indiferenciación respecto de la legalidad de la situación y del lugar de residencia física, lo cual llevaría a una solución discriminatoria en perjuicio de los extranjeros respetuosos con las Leyes que beneficiaría sólo a sus infractores. Por otra parte, los tratados internacionales se

referirían sólo a la enseñanza básica, primaria o elemental y no a estudios ulteriores.

El examen del apartado impugnado debe hacerse leyéndolo conjuntamente con el apartado 1 del artículo 9 de la Ley Orgánica 4/2000, objeto también de una nueva redacción por el artículo 1, punto 7 de la Ley recurrida, cuya inconstitucionalidad no se ha denunciado. Este precepto dispone: «Todos los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a la enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema de becas y ayudas». El apartado 1 del artículo 9 no exige pues la condición de «residente» para ejercer el derecho a la educación cuando se trate de la enseñanza básica, a la que pueden acceder todos los extranjeros menores de dieciocho años. Por el contrario, el apartado impugnado sí exige aquel requisito cuando se trate de la educación no obligatoria, sin hacer ninguna referencia a la edad.

De acuerdo con la legislación educativa vigente, la Ley Orgánica 2/2006 de Educación, existe una coincidencia entre la enseñanza básica y la enseñanza obligatoria, pues la primera, que comprende la educación primaria y la educación secundaria obligatoria (artículo 3.1), «es obligatoria y gratuita para todas las personas» (artículo 4.1), mientras el bachillerato, la formación profesional de grado medio, las enseñanzas profesionales de las artes plásticas y diseño de grado medio y las enseñanzas deportivas de grado medio «constituyen la educación secundaria post-obligatoria» (artículo 3.4). Según esta legislación, la enseñanza básica se desarrolla, de forma regular, entre los seis y los dieciséis años de edad, si bien los alumnos tendrán derecho a permanecer en régimen ordinario cursando la enseñanza básica hasta los dieciocho años de edad (artículo 4.2). Dentro de la enseñanza básica, la etapa de educación secundaria obligatoria comprende cuatro cursos que se seguirán ordinariamente entre los doce y los dieciséis años de edad (art. 22.1). La obtención del título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria permitirá acceder a la educación secundaria post-obligatoria (art. 31.2); en concreto, al bachillerato, a la formación profesional de grado medio, a los ciclos de grado medio de artes plásticas y diseño, a las enseñanzas deportivas de grado medio y al mundo laboral (art. 31.2).

Por otra parte, la expresión «extranjeros residentes» equivale a la obtención de «la autorización de [estancia o] residencia en España», que figura en los anteriores preceptos examinados. Así se deduce de los arts. 30 bis, 31 y 32 de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, que definen legalmente las situaciones de residencia temporal y residencia permanente, ambas reservadas a quienes «se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir».

Aclarados estos extremos, el enjuiciamiento del precepto recurrido debe comenzar examinando el contenido del derecho a la educación constitucionalmente garantizado, específicamente en su dimensión prestacional, **y después comprobar si es constitucionalmente legítima la exclusión de la educación no obligatoria de aquellos que no ostentan la condición de residentes en España.**

El art. 27 CE dispone que «Todos tienen derecho a la educación» (apartado 1), el cual «tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana

en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales» (apartado 2), correspondiendo a los poderes públicos garantizar «el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza» (apartado 5), que cuando es «básica es obligatoria y gratuita» (apartado 4).

Como ha señalado este Tribunal, la estrecha conexión de todos los preceptos incluidos en el art. 27 CE «autoriza a hablar, sin duda, en términos genéricos, como denotación conjunta de todos ellos, del derecho a la educación, o incluso del derecho de todos a la educación, utilizando como expresión omnicomprendensiva la que el mencionado artículo emplea como fórmula liminar» (STC 86/1985 de 10 de Julio. F.J.3º).

El art. 27 CE presenta una similitud significativa con el art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo primer apartado dispone: «Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos». El segundo apartado establece que «La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz».

El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos sólo se refiere al compromiso de los Estados de «respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones» (art. 18.4). El derecho a la educación, como tal, se recoge en el art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales (PIDESC). En su primer apartado dispone que «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación» (...), mientras en el segundo establece que «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria, técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por implantación de la enseñanza gratuita; c) La enseñanza superior debe hacerse, igualmente, accesible a todos sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular, con la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; d) Debe fomentarse e intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria; e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas y mejorar continuamente las condiciones del Cuerpo docente».

Finalmente, el art. 2 del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 20 de marzo de 1952 (Instrumento de Ratificación de 2 de noviembre de 1990,

BOE de 12 de enero de 1991), establece: «A nadie se le puede negar el **derecho a la educación**. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas».

De las disposiciones transcritas se deduce la **inequívoca vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana**, dada la innegable trascendencia que aquélla adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad, y para la misma convivencia en sociedad, que se ve reforzada mediante la enseñanza de los valores democráticos y el respeto a los derechos humanos, necesarios para «establecer una sociedad democrática avanzada», como reza el Preámbulo de nuestra Constitución.

En este sentido, al enjuiciar las disposiciones relativas a las «becas y ayudas al estudio» contenidas en la citada Ley Orgánica 10/2002, declaramos que «De la legislación orgánica aludida se desprende que el sistema de becas constituye un instrumento esencial para hacer realidad el modelo de "Estado social y democrático de derecho" que nuestra Constitución impone (art. 1.1), determinando en consecuencia que los poderes públicos aseguren que la igualdad de los individuos sea real y efectiva (art. 9.2 CE). De este modo se garantizan también la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que suponen la base de nuestro sistema de derechos fundamentales» (STC 212/2005 de 21 de julio F. 4).

Ya en relación con su contenido, en la STC 86/1985 de 10 de Julio afirmamos que: «El derecho de todos a la educación, sobre el que en buena parte giran las consideraciones de la resolución judicial recurrida y las de quienes hoy la impugnan, incorpora así, sin duda, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado 4.º de este art. 27 de la norma fundamental. Al servicio de tal acción prestacional de los poderes públicos se hallan los instrumentos de planificación y promoción mencionados en el núm. 5 del mismo precepto, así como el mandato, en su apartado 9.º de las correspondientes ayudas públicas a los Centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca» (F. 3).

Nuestra jurisprudencia, no limita, por tanto, la dimensión prestacional del derecho consagrado en el art. 27.1 CE a la educación básica, que debe ser obligatoria y gratuita (art. 27.4 CE), sino que esa dimensión prestacional deberán hacerla efectiva los poderes públicos, garantizando «el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza» (art. 27.5 CE).

Por su parte, al interpretar el art. 2 del Protocolo Adicional al Convenio empleo de derechos humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha puesto de manifiesto que los trabajos preparatorios del Convenio confirman que las Partes Contratantes «no reconocen un derecho a la instrucción que les obligaría a organizar a su cargo, o a subvencionar, una enseñanza de una forma o a un nivel determinados». Pero el Tribunal aclara que de ello no se deduce que en ese artículo no se consagre un «derecho», y que el Estado no tenga una obligación positiva de

asegurar, en virtud del art. 1 CEDH, el respeto de tal derecho «a toda persona dependiente de la jurisdicción de un Estado contratante» (Caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica, 23 de julio de 1968, § 3). En esa misma resolución, el Tribunal precisa, sin embargo, que el Protocolo no obliga a los Estados a crear un sistema de enseñanza, sino únicamente a «garantizar a las personas bajo la jurisdicción de las Partes Contratantes el derecho a utilizar, en principio, los medios de instrucción que existan en un momento determinado».

Según ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el art. 2 del Protocolo forma un todo ya que el primer párrafo reconoce un «derecho fundamental» de todos a la educación, sobre el cual se asienta el derecho de los padres al respeto de sus convicciones religiosas y filosóficas, consagrado en el segundo párrafo. A pesar de afirmar su carácter negativo, el Tribunal reconoce que **el derecho a la educación tiene dos manifestaciones prestacionales, puesto que al prohibir [el Protocolo Adicional] «negar el derecho a la instrucción», los Estados contratantes garantizan a cualquiera que dependa de su jurisdicción «un derecho de acceso a los establecimientos escolares que existan en un momento dado» y «la posibilidad de obtener el reconocimiento oficial de los estudios realizados» (Caso Kjeldsen, de 7 de abril de 1976, § 52).**

De las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la educación, interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales referidos, se deduce que **el contenido constitucionalmente garantizado de ese derecho, en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad.**

Por otra parte, también de las disposiciones examinadas y de su recta interpretación se obtiene que **el derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE corresponde a «todos», independientemente de su condición de nacional o extranjero, e incluso de su situación legal en España. Esta conclusión se alcanza interpretando la expresión del art. 27.1 CE de acuerdo con los textos internacionales citados, donde se utilizan las expresiones «toda persona tiene...», o «a nadie se le puede negar...» el derecho a la educación. Según se ha visto, el acceso a los establecimientos escolares y el derecho a utilizar, en principio, los medios de instrucción que existan en un momento determinado, debe garantizarse, de acuerdo con el art. 1 CEHD, «a toda persona dependiente de la jurisdicción de un Estado contratante». Esta expresión contenida en el art. 1 CEDH, interpretada conjuntamente con el art. 14 CEDH (Caso Irlanda contra Reino Unido, de 18 de enero de 1978, § 238; Caso Príncipe Hans-Adams II de Lichtenstein, de 12 de julio de 2001, § 46), debe entenderse que incluye también a aquellas personas no nacionales que se encuentren en una situación irregular o ilegal.**

La supresión de la residencia para el derecho a la educación no obligatoria no entrañaría, como alega el Abogado del Estado, una discriminación en perjuicio de los extranjeros regulares, puesto que aquellos que carezcan de autorización para residir pueden ser expulsados siguiendo los procedimientos legalmente establecidos, pero mientras se encuentren

en territorio español no pueden ser privados de este derecho por el legislador.

En conclusión, el contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el art. 10.1 CE del derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE incluye el acceso no sólo a la enseñanza básica, sino también a la enseñanza no obligatoria, de la que no pueden ser privados los extranjeros que se encuentren en España y no sean titulares de una autorización para residir. El precepto impugnado impide a los extranjeros menores de dieciocho años sin autorización de estancia o residencia acceder a la enseñanza secundaria postobligatoria, a la que sin embargo pueden acceder, según la legislación educativa vigente, aquellos que hayan obtenido el título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria, normalmente a la edad de dieciséis años. Ese derecho de acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor. Por ello, debemos declarar la inconstitucionalidad del inciso «residentes» del art. 9.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por el art. 1, punto 7, de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre».

El Tribunal Constitucional en esta Sentencia va más allá del inicial planteamiento del Parlamento de Navarra, reconociendo que el derecho a la educación garantizado en el artículo 27 de la Constitución corresponde a todos, independientemente de su condición de nacional o extranjero e incluso de su situación legal en España y sin hacer distinción alguna entre mayores o menores de edad.

El Tribunal Constitucional llega a esta conclusión interpretando la expresión del artículo 27.1 de la Constitución "*Todos tienen el derecho a la educación*" de acuerdo con los Tratados internacionales suscritos por España, a los que se hace referencia en la Sentencia, en los que se utilizan expresiones como las siguientes: "*toda persona tiene...*" o "*a nadie se le puede negar...*" el derecho a la educación aplicando lo dispuesto en los artículos 10 y 13 de la Constitución.

Para el Tribunal Constitucional el acceso a los establecimientos escolares y el derecho a utilizar los medios de instrucción que existan en un momento determinado debe garantizarse "*a toda persona dependiente de la jurisdicción de un Estado contratante*" (artículo 1 CEDH), expresión en la que hay que entender se incluye a aquellas personas no nacionales que se encuentren en situación irregular.

La conclusión a la que llega el Tribunal Constitucional es que el contenido constitucionalmente declarado del derecho a la educación garantizado por el artículo 27.1 de la Constitución incluye el acceso no sólo a la enseñanza básica, sino también a la enseñanza no obligatoria de la que no pueden ser privados los extranjeros que se encuentren en España y no sean titulares de una autorización para residir. Así el derecho a la educación no obligatoria, está reconocido constitucionalmente por igual a todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa.

El Tribunal Constitucional, al definir el contenido del derecho al acceso a la educación post-obligatoria de los extranjeros, no lo circunscribe a los extranjeros menores de 18 años, como inicialmente se planteó en la demanda, sino que lo reconoce a todos los extranjeros, también a los residentes de hecho, mayores y menores de edad.

Este va a ser uno de los aspectos capitales de la Sentencia que van a ser tenidos en cuenta en la emisión del presente informe porque, como veremos, con la reforma operada por la Ley Orgánica 2/2009 de 11 de Diciembre, se han corregido una parte de los vicios de inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de Diciembre considerados por el Tribunal Constitucional (el derecho de los extranjeros menores de dieciocho años, sin autorización de residencia, a la educación post-obligatoria que se recoge en el apartado 1 del artículo 9 y que se mantiene hasta la finalización del curso educativo), pero el derecho de acceso a las demás etapas educativas post-obligatorias sólo se reconoce a los extranjeros residentes cuando se trate de mayores de edad (apartado 2).

Otros aspectos fundamentales a tener en cuenta, a tenor de la doctrina del Tribunal Constitucional, van a ser la vinculación directa que el derecho a la educación tiene con la garantía de la dignidad humana, la dimensión prestacional del derecho que, según el Tribunal europeo de derechos humanos, se reconoce a todos y que no se limita a la educación básica (obligatoria y gratuita) correspondiendo a los poderes públicos garantizar el acceso de todos a otros niveles educativos, lo que implica el derecho de acceso a los establecimientos escolares, a obtener el reconocimiento oficial de los estudios realizados, y el derecho al acceso a las becas y ayudas públicas al estudio que contribuyen directamente a garantizar la igualdad y la dignidad humana de las personas y el libre

desarrollo de su personalidad cuestión que está en la base del sistema español de derechos fundamentales

En la Sentencia a la que reiteradamente se viene haciendo referencia, el Tribunal Constitucional desestima, en su integridad, los argumentos esgrimidos por la Abogacía del Estado en defensa de la constitucionalidad del precepto impugnado, según los cuales el derecho a la educación exigiría, a su modo de ver, un cierto grado de vinculación personal o territorial del beneficiario con España y un cierto grado de justificación presupuestaria si no se quiere convertir el derecho a la educación en una fuente universal e ilimitada frente a todos los seres humanos, porque el derecho a la educación, a diferencia de otros, permite formas de ejercicio que no exigen la presencia en España. Reconocía la abogacía del Estado, que en la demanda que lo que en realidad pretendía el Parlamento de Navarra era que se atribuyeran a los residentes de hecho en España los mismos derechos que están reconocidos a los españoles, y en contra de esta pretensión exponía que si se interpretaba la expresión "Todos" del artículo 27 de la Constitución prescindiendo de cualquier restricción subjetiva, podría comprender a los extranjeros que estuviesen de hecho en territorio español pero no se sabría cómo podría excluirse a los que sin estarlo, pudiesen y desearan ser beneficiarios del derecho, argumentando además que no sería justa, a su modo de ver, la delimitación entre unos y otros, beneficiando a unos, sólo por haber infringido las leyes españolas, y perjudicando a otros por la sola circunstancia de haberlas respetado. Para el abogado del Estado a esa situación, injusta, se llegaría si se suprimiera la expresión "residentes" (en sentido técnico) sustituyéndola por la de presentes o residentes de hecho en territorio español.

Ninguna de estas alegaciones fue acogida por el Tribunal Constitucional quien desestimó expresamente en la Sentencia que la supresión de la exigencia del permiso de residencia para ejercer el derecho a la educación no obligatoria entrañase una discriminación en perjuicio de los extranjeros regulares puesto que los que carezcan de autorización para residir pueden ser expulsados siguiendo los procedimientos legalmente establecidos y porque el derecho a la educación de todos no incluye para el Tribunal Constitucional un derecho universal sin restricción alguna sino que está referido a toda persona

dependiente de la jurisdicción de un Estado contratante, expresión en la que hay que entender incluidas a las personas no nacionales que se encuentren en una situación irregular o ilegal.

La abogacía del Estado mantuvo en su escrito de alegaciones la legitimidad de la exigencia de la autorización de residencia argumentando que solamente para evitar la explotación de los niños se establece el derecho a la enseñanza básica gratuita y obligatoria y que en ninguno de los Convenios internacionales a los que se hacía referencia en la demanda se reconoce un derecho a la prosecución de la escolarización, más allá de las enseñanzas básicas o primarias, hasta los 18 años, y que una cosa es que exista hasta la edad de 18 años un derecho -y un deber- respecto de la enseñanza básica, y otra, que haya un derecho indeterminado al estudio o a la enseñanza hasta los 18 años y que los estudios ulteriores -a la enseñanza básica- están específicamente regulados, para los extranjeros, en el artículo 33 de la Ley Orgánica.

Tampoco estas consideraciones fueron aceptadas por el Tribunal Constitucional al exponer que, de acuerdo con el artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, toda persona tiene derecho a la educación, que la educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental, que ésta será obligatoria, que la instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada, y que el acceso a los estudios será igual para todos, en función de sus méritos respectivos y que la educación tiene, entre otros, el objetivo de lograr el pleno desarrollo de la personalidad humana, y al recordar que con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales los Estados partes reconocen el derecho de toda persona a la educación, que la enseñanza secundaria, técnica y profesional debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación de la enseñanza gratuita. Finalmente hace expresa mención al Protocolo adicional para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales que en su artículo 2 establece que a nadie se le puede negar el derecho a la educación.

El Tribunal Constitucional considera que el derecho a la educación está directamente vinculado con la garantía de la dignidad humana y que la

propia Jurisprudencia Constitucional no limita la dimensión prestacional del derecho consagrado en el artículo 27.1 de la Constitución a la educación básica, que debe ser obligatoria y gratuita (artículo 27.4) sino que esa dimensión prestacional deberán hacerla efectiva todos los poderes públicos, garantizando *"el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza"* (artículo 27.5).

Para el Tribunal Constitucional de *"...las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la educación interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de derechos humanos y los Tratados y acuerdos internacionales referidos (Sentencia 236/2007), se deduce que el contenido constitucionalmente garantizado de ese derecho, en su dimensión prestacional, no se limita a la educación básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad"*.

El Tribunal Constitucional recuerda que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que el derecho a la educación tiene dos manifestaciones prestacionales: **el derecho de acceso a los establecimientos escolares que existan en momento dado y el de obtener el reconocimiento oficial de los estudios realizados.**

También recuerda inmediatamente después que el derecho a la educación está directamente vinculado con la garantía de la dignidad de la persona y que **el sistema sobre becas y ayudas al estudio contribuye directamente a garantizar la igualdad y la dignidad humana de las personas y el libre desarrollo de su personalidad que suponen la base del sistema español de derechos fundamentales (STC 212/2005 de 21 de Julio).**

La Sentencia citada al analizar el contenido del derecho a la educación reconocido en el artículo 27 de la Constitución respecto a los extranjeros en España, declaró la inconstitucionalidad del inciso *"residentes"* del apartado impugnado por el Parlamento de Navarra, lo que supuso el reconocimiento del derecho a la educación no obligatoria a todos los extranjeros, con autorización de residencia o no, en España en las mismas condiciones que los españoles, lo que se concretaba en tres aspectos: el derecho a acceder a los niveles de educación y enseñanza no

obligatorios, el derecho a la obtención de las titulaciones correspondientes y el derecho al acceso al sistema público de becas y ayudas públicas para dichas enseñanzas. Unos derechos que como hemos visto ya habían tenido reconocido anteriormente por la Ley Orgánica.

3. Artículo 9 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España en la redacción dada por el apartado 11 de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de Diciembre.

Una vez expuesta la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la educación de los extranjeros en España, procede entrar a analizar si el precepto sobre cuya constitucionalidad se ha solicitado la emisión del presente informe respeta o no el derecho reconocido en el artículo 27 de la Constitución teniendo en cuenta las consideraciones emitidas por el Tribunal Constitucional en la Sentencia a la que reiteradamente se viene haciendo referencia.

El artículo sobre el que se ha solicitado la emisión del presente informe tiene cuatro apartados.

Las posibles objeciones sobre su constitucionalidad se plantean respecto al segundo de ellos porque en el primero ya se incluye el derecho de los extranjeros menores de dieciocho años a la educación post-obligatoria y en el tercero y cuarto simplemente se establece la obligación de los poderes públicos de establecer medidas de fomento de la enseñanza para mejorar la integración social de los extranjeros y la obligación de los extranjeros residentes de acreditar la escolarización de los menores a su cargo en el momento de solicitar o renovar sus autorizaciones de residencia.

En el precepto en cuestión, sin embargo, no se realiza mención alguna a la educación infantil, voluntaria y previa a la enseñanza básica, que sí estaba contemplada anteriormente en la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero y que ha quedado, con la reforma operada fuera de la regulación de la ley Orgánica. Nada se regula, por tanto, del derecho a la educación infantil de los niños extranjeros en España ni tampoco de la manera en que se va a asegurar el cumplimiento de la escolarización básica (primaria y secundaria obligatoria) de los menores extranjeros sin autorización de

residencia, a pesar de que dicho nivel de educación está concebido con carácter obligatorio.

En el precepto objeto del presente informe el derecho de acceso a las etapas post-obligatorias, el de obtención de las titulaciones correspondientes y el de acceso al sistema público de becas y ayudas públicas para realizar estudios post-obligatorios, en las mismas condiciones que los españoles, se reconocen a "...los extranjeros mayores de dieciocho años.." sólo si tienen autorización de residencia.

(Son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir, pudiendo encontrarse en la situación de residencia temporal o de residencia de larga duración (artículo 30 bis de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero).

Las consideraciones formuladas por el máximo intérprete de la Constitución en la STC 236/2007 sobre este aspecto particular, fueron tenidas en cuenta por el Consejo de Estado en el informe emitido el 25 de junio de 2009 en el que propuso que se suprimiera la exigencia de la residencia (el término "*residentes*") de la redacción del artículo 9.2 del anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 sometido a informe, ya que la redacción en cuestión "*...limita a los extranjeros residentes – en el caso de los mayores de 18 años- el derecho a acceder a las demás etapas post-obligatorias*".

A juicio de la que suscribe, la nueva regulación del derecho a la educación post-obligatoria en lo que se refiere a los extranjeros mayores de edad (artículo 9 apartado 2), introducida por la Ley Orgánica 2/2009 de 11 de Diciembre, es sustancialmente igual, a pesar de sus aparentes diferencias de redacción, a la aprobada por la Ley Orgánica 8/2000, que fue declarada inconstitucional por Sentencia 236/2007, salvo en el aspecto referido al derecho a la educación post-obligatoria de los extranjeros menores de edad que, como se ha expuesto sí se reconoce expresamente en el apartado primero del artículo.

La regulación del apartado 2 del precepto limita el derecho de acceso a la educación post-obligatoria de los extranjeros mayores de dieciocho años, reconociéndola expresamente a los que tengan residencia legal en España a quienes se reconoce en todo caso, y no reconociéndola a los

residentes de hecho o sin autorización de residencia, a quienes, interpretando el precepto "*sensu contrario*" hay que entender excluidos de dicho derecho.

Y esto es así a pesar de la dicción introductoria de este apartado 2 en el que se reconoce a los extranjeros mayores de dieciocho años "...*que se hallen en España...*", sin distinción entre residentes con permiso legal o sin él, el derecho a la educación "...*de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa*" porque la legislación educativa, recogida en lo fundamental en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, reguladora del derecho a la educación, establece que se aplicará a los extranjeros en España, en lo que se refiere a la escolarización, obtención de títulos y acceso al sistema general de becas y ayudas al estudio en los términos establecidos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (disposición adicional décimo novena) y porque, como hemos visto en el mismo apartado y a renglón seguido se limita el derecho en el acceso a la educación post-obligatoria a los extranjeros mayores de edad con autorización de residencia.

Por tanto a juicio de la que suscribe, la redacción de este apartado segundo, que es sustancialmente igual a la declarada inconstitucional en el año 2007 salvo en los que a los menores de edad se refiere, incurre en el mismo vicio de inconstitucionalidad que aquélla al infringir el derecho a la educación en los términos reconocidos por el artículo 27 de la Carta Magna cuestión que a mi juicio está meridianamente clara dada la interpretación que de dicho precepto ha realizado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 236/2007.

Para su máximo intérprete, el artículo 27 de la Constitución, en el que se reconoce el derecho a la educación de "*Todos*", no permite que se restrinja su ejercicio cuando se trate de extranjeros mayores de edad a los que tengan autorización de residencia, ni en lo que se refiere al acceso a la educación post-obligatoria, ni al derecho a obtener las titulaciones correspondientes ya que ambos derechos están expresamente reconocidos para todos los extranjeros que se hallen en España en virtud de los Tratados internacionales, ni tampoco la posibilidad de acceso a las becas y ayudas públicas, que se configuran como un elemento sustancial de su ejercicio.

Sobre este último aspecto hay que recordar que el Tribunal Constitucional vincula directamente el derecho de acceso a las becas y ayudas públicas a la educación, con el derecho a la dignidad humana y las considera fundamentales para garantizar el acceso a la educación, ya que *"...se configuran ...como un elemento nuclear del sistema educativo dirigido a hacer efectivo el derecho a la educación, permitiendo el acceso de todos los ciudadanos a la enseñanza en condiciones de igualdad a través de la compensación de las condiciones económicas desfavorables que pudieran existir entre ellos, lo que determina que los poderes públicos están obligados a garantizar su existencia y real aplicación. (SSTC 188/2001, 212/205 y 236/2007).*

Para el Tribunal Constitucional el sistema de becas constituye un elemento esencial para hacer realidad el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho que reconoce la Constitución (artículo 1.1) determinando en consecuencia que los poderes públicos aseguren que la igualdad de los individuos sea real y efectiva (artículo 9.2 CE). De este modo se garantiza también la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1) que suponen la base de nuestro sistema de derechos fundamentales (STC 212/2005),

La vigente Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, reguladora del derecho a la educación configura las becas y ayudas al estudio como un medio para garantizar la igualdad de todas las personas a la educación, de forma que los estudiantes con condiciones económicas desfavorables tendrán derecho a obtenerlas, pudiendo tenerse en cuenta para su concesión en la enseñanza post-obligatoria el rendimiento escolar de los alumnos (artículo 83.1). Su aplicación al alumnado extranjero se realizará en los términos establecidos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (disposición adicional décimo novena).

Los extranjeros con residencia legal en España o sin ella, mayores y menores de edad, han tenido reconocido en España el derecho al acceso al sistema público de becas y ayudas para todos los niveles educativos, en los periodos comprendidos entre el 1 de enero de 2000 y el 22 de enero de 2001 (LO 4/2000) y entre el 7 de Noviembre de 2007 y el 12 de Diciembre de 2009 (STC 236/2007). Entre el 23 de enero de 2001 y el 6 de Noviembre de 2007, durante la vigencia de la Ley Orgánica 8/2000,

Desde la entrada en vigor del precepto sobre el que se emite el presente informe, el 13 de diciembre de 2009, tienen reconocido este derecho los extranjeros menores de 18 años en lo que se refiere a la enseñanza básica y post-obligatoria, además de los mayores de edad con residencia legal para el resto de etapas post-obligatorias..

La que suscribe no conoce las razones por las que se excluye a los residentes extranjeros mayores de edad sin autorización de residencia en España de la posibilidad de acceder a las becas y ayudas públicas en lo que se refiere a la enseñanza post-obligatoria.

Quizás se puede argumentar, como se expone en el informe emitido por el Consejo de Estado al que se ha hecho referencia con anterioridad, que, en lo que se refiere a las becas y ayudas públicas, su correcta gestión sólo es posible si el extranjero es residente, ya que solamente en ese caso se garantiza que puedan acceder a los fondos públicos, en las mismas condiciones que los españoles, porque puede resultar necesario acreditar diferentes extremos que en los supuestos de carecer de residencia legal o por motivo de la residencia fuera de España pueden eximir a los interesados de acreditar con igual o análogo grado de certeza el cumplimiento de los requisitos necesarios para acceder a las becas o ayudas de que se trate.

Sin embargo, la existencia de periodos en los que ha estado reconocido a los extranjeros en España el derecho al acceso a las becas y ayudas en la enseñanza no obligatoria en términos mucho más amplios que los ahora contemplados, también para los que no tienen autorización de residencia, y la misma existencia de becas y ayudas a las que tienen acceso todos los extranjeros menores de dieciocho años (enseñanza básica y post-obligatoria), cuya gestión no tiene porqué ser diferente de la que haya que realizar si los beneficiarios son mayores de esa edad, invalidan, a falta de una explicación convincente, ese tipo de argumentaciones. Los problemas de gestión que, en su caso, pudieran tener lugar sobre las becas en las etapas post-obligatorias para los extranjeros mayores de edad sin residencia legal en España no tienen porqué ser diferentes de los que se pudieran suscitar en relación con su gestión en otros niveles educativos, o para la enseñanza post-obligatoria en el caso de menores extranjeros. A estos, sin embargo, se les reconoce,

sin problema alguno, el derecho de acceso a las becas y ayudas públicas (artículo 9 apartado 1).

Las becas y ayudas públicas al estudio están reguladas por el Real Decreto 1721/2007 de 21 de Diciembre, y se contemplan para todos los niveles educativos: post-obligatorios (artículo 3.1), enseñanza básica y obligatoria (artículo 3.2) e incluso para la educación infantil no obligatoria (artículo 3.2) y de ellas pueden ser beneficiarios los españoles, y los nacionales de los Estados miembros de la Unión europea cuando el estudiante o sus sustentadores se encuentren trabajando en España, aplicándose a los estudiantes no comunitarios lo dispuesto en la legislación sobre extranjería (artículo 4. 1d)) en los términos que veníamos analizando.

Sin embargo, la Constitución no autoriza al legislador a establecer restricciones o limitaciones a los derechos reconocidos directamente por aquélla a todos, como es el caso del derecho a la educación –tampoco en el aspecto concreto de acceso a las becas y ayudas públicas para determinada etapa educativa- y menos aún cuando se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 1.1 de la CE constituye el fundamento del orden político español ni adicionalmente al contenido delimitado para el derecho por la Constitución o por los Tratados internacionales suscritos por España (SSTC 242/1994 y 236/2007).

La libertad del legislador está restringida en este ámbito por cuanto las condiciones de ejercicio que establezca respecto de los derechos y libertades de los extranjeros en España sólo serán constitucionalmente válidas si respetando su contenido esencial (artículo 53 CE) se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida.

En este caso no existen otros bienes o intereses constitucionalmente protegidos que exijan limitar el acceso de los mayores de edad extranjeros sin autorización de residencia a las becas y ayudas públicas en la enseñanza post-obligatoria o por lo menos no se conocen.

El legislador sólo puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España, exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia, como presupuesto para el ejercicio de los derechos constitucionales que por su propia naturaleza hagan imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma ley establece para entrar y permanecer en territorio español. Lo que no es el caso.

En todo caso el incumplimiento de los requisitos de estancia o residencia en España por parte de los extranjeros no permite al legislador privarles de los derechos que les corresponden constitucionalmente en su condición de persona, con independencia de su situación administrativa. El incumplimiento de los requisitos legales para la estancia o residencia en España puede impedir a los extranjeros el ejercicio de determinados derechos o contenidos de los mismos que por su propia naturaleza sean incompatibles con la situación de irregularidad, pero no por ello los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España están desposeídos de cualquier derecho mientras se hallan en dicha situación en España (STC 236/2007. F.J. 4º).

El Tribunal Constitucional considera que aunque el artículo 13.1 de la CE concede al legislador una notable libertad para regular los derechos de los extranjeros en España pudiendo establecer determinadas condiciones para su ejercicio toda regulación de este tenor deberá tener en cuenta, en primer lugar, **el grado de conexión de los concretos derechos con la garantía humana** según los criterios expuestos; en segundo lugar, **el contenido preceptivo del derecho** cuando éste venga reconocido a los **extranjeros directamente por la Constitución**; en tercer lugar, y en todo caso, **el contenido delimitado por la Constitución y los Tratados internacionales**. Por último **las condiciones de ejercicio establecidas en la Ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida**.

En el supuesto que nos ocupa es evidente que el derecho a la educación y más en concreto el derecho a la educación post-obligatoria de los extranjeros mayores de edad sin autorización de residencia en España está directamente conectado con el derecho a la dignidad humana, está

reconocido expresamente a todos por el artículo 27 de la Constitución tal como ha declarado el Tribunal Constitucional, su contenido está delimitado, como se ha visto, por los Tratados y Acuerdos Internacionales suscritos por España y las restricciones a su ejercicio que se han incluido en el apartado analizado no están justificadas por ningún derecho, bien o interés que constitucionalmente haya que proteger ni guardan ninguna proporcionalidad con esos hipotéticos derechos, bienes o intereses.

5. Conclusión.

A juicio de la que suscribe, el apartado 2 del artículo 9 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades en España, en la redacción dada por el apartado 11 de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, al limitar el derecho al acceso a las enseñanzas post-obligatorias de los extranjeros mayores de dieciocho años, a los extranjeros residentes vulnera lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución de acuerdo con la Jurisprudencia Constitucional contenida en la STC 236/2007, de 7 de noviembre tal como se ha expuesto a lo largo del presente informe.

Es cuanto informa la que suscribe que somete a cualquier otro criterio mejor fundado en derecho.

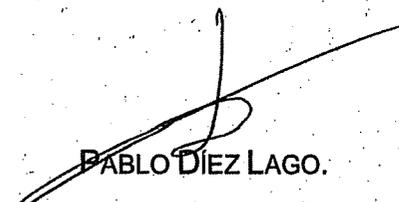
Pamplona, 19 de febrero de 2010.

LA LETRADA,



Nekane Iriarte Amigot

CONFORME:
EL LETRADO MAYOR,



PABLO DIEZ LAGO.