

**Expediente:** 18/2010

**Objeto:** Recurso de inconstitucionalidad contra el apartado 11 del artículo único de la Ley Orgánica 2/2009 de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

**Dictamen:** 10/2010, de 15 de marzo

## **DICTAMEN**

En Pamplona, a 15 de marzo de 2010,

el Consejo de Navarra, compuesto por don Enrique Rubio Torrano, Presidente; don José Antonio Razquin Lizarraga, Consejero-Secretario; y los Consejeros don Alfredo Irujo Andueza, don José Iruretagoyena Aldaz, don Julio Muerza Esparza, don Eugenio Simón Acosta y don Alfonso Zuazu Moneo,

siendo ponente don José Antonio Razquin Lizarraga,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

### **I. ANTECEDENTES**

#### **I.1ª. Formulación de la consulta**

El día 3 de marzo de 2010 tuvo entrada en el Consejo de Navarra un escrito de la Presidenta del Parlamento de Navarra en el que, de conformidad con el artículo 19.1 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra, modificada por la Ley Foral 25/2001, de 10 de diciembre (desde ahora LFCN), se recaba dictamen preceptivo, a tenor de lo dispuesto por el artículo 16.1.d) de la LFCN, sobre el recurso de inconstitucionalidad a interponer por el Parlamento de Navarra contra el apartado 11 del artículo único de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en lo referido a la nueva redacción del apartado 2 del artículo 9 de ésta, según propuesta elevada por la Junta de Portavoces al Pleno de la Cámara, mediante acuerdo de 1 de marzo de 2010.

## **I.2ª. Expediente remitido**

A efectos de la presente consulta el Parlamento de Navarra ha remitido la documentación siguiente:

1. Informe de los servicios jurídicos del Parlamento de Navarra de 19 de febrero de 2010, en el que, tras analizar los preceptos constitucionales y los tratados y acuerdos internacionales relativos al derecho a la educación y, en particular, la STC 236/2007, de 7 de noviembre, se concluye que el apartado 2 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 del artículo único de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, al limitar el derecho al acceso a las enseñanzas postobligatorias de los extranjeros mayores de dieciocho años a los extranjeros residentes, vulnera lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución Española (desde ahora, CE) de acuerdo con la jurisprudencia constitucional contenida en la STC 236/2007.

2. Escrito presentado por el Grupo Parlamentario Nafarroa-Bai y las Agrupaciones de Parlamentarios Forales de Convergencia de Demócratas de Navarra y de Izquierda Unida de Navarra-Nafarroako Ezker Batua, ingresado en el Registro General del Parlamento de Navarra el día 25 de febrero de 2010, proponiendo la interposición por la Cámara de recurso de inconstitucionalidad contra el 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 la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. Dicho escrito, teniendo en cuenta la STC 236/2007 y el informe de los servicios jurídicos de la Cámara, entiende que el citado artículo 9, en su primer apartado, es acorde con dicha sentencia, pero no en su apartado 2 en el que se reconoce el derecho de acceso a las etapas postobligatorias solo para mayores de 18 años residentes, ya que el Tribunal Constitucional en la referida sentencia reconoce el derecho a la educación garantizado en el artículo 27 de la Constitución a todas las personas, independientemente de su condición de nacional o extranjera e incluso de su situación legal sin hacer ninguna distinción por motivo de edad.

3. Acuerdo de la Junta de Portavoces del Parlamento de Navarra, adoptado en sesión celebrada el día 1 de marzo de 2010, en el que, considerando fundada la propuesta anterior y que la nueva redacción del apartado 2 del artículo 9 de la Ley Orgánica 4/2000 en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009 vulnera el artículo 27 de la Constitución y menoscaba la competencia que sobre educación ostenta la Comunidad Foral de Navarra en virtud de lo previsto en el artículo 47 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (desde ahora, LORAFNA), acuerda proponer al Pleno la interposición ante el Tribunal Constitucional de recurso de inconstitucionalidad contra el apartado 11 del artículo único de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en lo referido a la nueva redacción del apartado 2 del artículo 9 de la Ley Orgánica 4/2000; así como encomendar a los Servicios Jurídicos de la Cámara la formalización del correspondiente recurso de inconstitucionalidad.

## **II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

### **II.1ª. Objeto y carácter preceptivo del dictamen**

La Presidenta del Parlamento de Navarra, como se ha reseñado en los antecedentes, recaba dictamen sobre la interposición de recurso de inconstitucionalidad por la Cámara contra el apartado 11 del artículo único de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en lo referido a la nueva redacción del apartado 2 del artículo 9 de ésta. La Ley Orgánica 2/2009 aparece publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 299, de 12 de diciembre de 2009.

De conformidad con el artículo 16.1.d) de la LFCN, citado en la consulta, el presente dictamen ha de emitirse con carácter preceptivo por el Consejo de Navarra, por versar sobre la interposición de un recurso de inconstitucionalidad. Por su parte, de acuerdo con lo previsto en el artículo

27.4 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo de Navarra, aprobado por Decreto Foral 90/2000, de 28 de febrero, en este caso se ha solicitado el dictamen simultáneamente a la adopción de la propuesta de acuerdo de interposición del recurso de inconstitucionalidad.

El presente dictamen, a tenor del artículo 1.2 de la LFCN, versará sobre la adecuación jurídico-constitucional del apartado 11 del artículo único de la Ley Orgánica 2/2009 en cuanto da nueva redacción al artículo 9.2 de la Ley Orgánica 4/2000, sin entrar ni contener valoraciones de oportunidad o de conveniencia.

El alcance de nuestro examen ha de ceñirse al concreto ámbito de la consulta formulada. Así pues, el presente dictamen examinará solamente el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009, y especialmente, según resulta de la documentación remitida, la expresión “residentes” del segundo inciso de dicho precepto, ya que en él se concita la tacha de inconstitucionalidad planteada. A tal fin, nos limitaremos a considerar de forma directa la cuestión planteada, pues no es necesario reproducir las consideraciones generales ya realizadas en nuestro dictamen 26/2001, de 29 de mayo, emitido con ocasión de la impugnación constitucional de la reforma de la misma Ley Orgánica 4/2000 llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2000, que culminó con la STC 236/2007.

## **II.2ª. La Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre: nueva redacción del artículo 9 de la Ley Orgánica 4/2000**

La Ley Orgánica 2/2009 ha modificado la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. A decir de su exposición de motivos, la modificación se justifica, entre otras causas, en la necesidad de incorporar a dicha Ley Orgánica la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, dando para ello una nueva redacción acorde con la Constitución, a los artículos de la misma que se han declarado inconstitucionales; y pretende, entre otros objetivos, establecer un marco de derechos y libertades de los extranjeros que garantice a todos el ejercicio pleno de los derechos fundamentales.

En particular, la exposición de motivos explicita tanto el significado de la inclusión u omisión del término residente como la concreta reforma del aspecto aquí controvertido. En el primer aspecto dice así:

“Resulta conveniente hacer una precisión de carácter general que afecta a distintos artículos sobre los términos de residencia o residente, que en todo caso deben entenderse referidos a una situación de estancia o residencia legal, esto es, conforme a los requisitos que se establecen y que, por tanto, habilitan a la permanencia del extranjero en nuestro país en cualquiera de las situaciones reguladas. Cuando se omite la alusión a la situación de estancia o residencia, como sucede para el ejercicio de los derechos fundamentales, es precisamente porque dicha situación no debe exigirse.”

Y respecto del derecho a la educación manifiesta que:

“Destaca en este Título la nueva regulación de los derechos de reunión y manifestación, asociación, sindicación y huelga que podrán ejercerse de acuerdo con la Constitución Española, en los términos señalados por el Tribunal Constitucional, así como la nueva regulación que se hace de los derechos de educación, que se reconoce plenamente hasta los dieciocho años, así como el de asistencia jurídica gratuita, en cuya regulación se ha tenido en cuenta, además de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las recomendaciones del Defensor del Pueblo. No obstante, debe señalarse igualmente que, según la propia interpretación del Tribunal Constitucional, ningún derecho es absoluto, lo que significa que el Estado mantiene toda la capacidad para imponer límites a la permanencia de los extranjeros cuando ésta no se sustenta en una residencia legal.”

El apartado 11 del artículo único de la Ley Orgánica 2/2009 modifica el artículo 9 de la Ley Orgánica 4/2000 que queda redactado de la siguiente manera:

“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.”

Finalmente, la Ley Orgánica 2/2009 atribuye carácter orgánico a los apartados de su artículo único que modifican preceptos que tengan tal naturaleza con arreglo a la disposición final cuarta de la Ley Orgánica 4/2000 (disposición final primera) y determina que los restantes, carentes de carácter orgánico, se entienden dictados al amparo del artículo 149.1.1ª y 2ª de la Constitución (disposición final segunda).

### **II.3ª. El marco constitucional: la STC 236/2007**

Como señalamos en nuestro dictamen 26/2001, para fijar el marco constitucional sobre las libertades y derechos de los extranjeros en España ha de partirse de la cláusula general sobre los derechos de los extranjeros contenida en el artículo 13 de la CE, de la dignidad de la persona proclamada en el artículo 10 de la CE y del concreto derecho considerado, en el presente caso el derecho a la educación del artículo 27 de la CE.

El artículo 13 de la Constitución dice así:

“1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.

2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo.

4. La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”.

El transcrito precepto constitucional ha de interpretarse dentro del marco global de la propia Constitución. Su inclusión dentro del título I, sobre los derechos y deberes fundamentales, lo conecta con el artículo 10 de la Carta Magna, que reza así:

“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 derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

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”.

Y, en cuanto al concreto derecho aquí considerado, el artículo 27 de la CE dice así:

“1. Todos tienen el 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 propias 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.”

Por otra parte, el artículo 13.1 de la CE remite los derechos de los extranjeros, entre otros, a los términos que establezcan los tratados internacionales. A su vez, el artículo 10.2 llama para la interpretación de los derechos y libertades fundamentales a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Y el artículo 96 de la Constitución establece la vinculación de los tratados internacionales, válidamente celebrados una vez publicados oficialmente en España, como parte integrante del ordenamiento jurídico, añadiendo que sólo cabe su derogación, modificación o suspensión en la forma prevista en los mismos o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

En tal sentido, han de tenerse en cuenta la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada y proclamada por Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948 (en lo sucesivo, DUDH); el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH), adoptado en Roma el 4 de diciembre de 1950 (Instrumento de Ratificación de 26 de noviembre de 1979), con posteriores modificaciones y Protocolos anexos, en particular el Protocolo adicional (ratificado por España por Instrumento de 27 de noviembre de 1990); y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC), hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (Instrumento de Ratificación de 13 de abril de 1977).

El artículo 26 de la DUDH dispone lo siguiente:

“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 actividades 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.”

El PIDESC determina en su artículo 13 que:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen 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. Convienen, 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 entre 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 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 la implantación progresiva 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, 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 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 materiales del Cuerpo docente.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza a condición de que se respeten los

principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.”

Y el artículo 2 del Protocolo adicional al CEDH dice así:

“Artículo 2. Derecho a la instrucción.

A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. 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.”

No es, empero, necesaria una consideración general de tales preceptos, ya que, amén de lo señalado en nuestro dictamen 26/2001, existe una sentencia constitucional posterior que los ha analizado. En efecto, frente a la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 por la Ley Orgánica 8/2000 se interpusieron diversos recursos de inconstitucionalidad que fueron resueltos por las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, 259/2007, de 19 de diciembre y 260 a 265/2007, de 20 de diciembre. De ellas merece especial atención la STC 236/2007 que resolvió el recurso interpuesto por el Parlamento de Navarra y se pronunció sobre la constitucionalidad de la versión precedente del mismo precepto ahora cuestionado; doctrina a la que se remitió en este extremo la STC 262/2007.

La STC 236/2007 comienza fijando unos criterios generales que luego sirven de base para el posterior examen de cada uno de los preceptos cuestionados. Puede resumirse, en lo que ahora interesa, en los términos siguientes:

a) Para determinar los derechos de los extranjeros en España, es precisa una interpretación sistemática de los preceptos que integran el título I de la Constitución, debiendo acudir en primer lugar a cada uno de los preceptos reconocedores de derechos que se incluyen en dicho título, dado que el problema de su titularidad y ejercicio depende del derecho afectado; y, en segundo lugar, al artículo 13 de la CE. El legislador al que remite el artículo 13.1 CE no goza de igual libertad para regular la titularidad y el ejercicio de los distintos derechos del título I, pues aquélla depende del concreto derecho afectado, pues existen derechos del título I que

corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles (FJ 3).

Estos derechos son los que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, o dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana. La dignidad de la persona, que encabeza el título I de la Constitución y como fundamento del orden político y la paz social (artículo 10.1 CE), constituye un primer límite a la libertad del legislador a la hora de regular ex artículo 13 de la CE los derechos y libertades de los extranjeros en España, pues obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido el legislador (FJ 3).

En cuanto a la concreción de estos derechos, el grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad debe determinarse a partir de su contenido y naturaleza, los cuales permiten a su vez precisar en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona concebida como un sujeto de derecho, siguiendo para ello la DUDH y los tratados y acuerdos internacionales a los que remite el artículo 10.2 de la CE (FJ 3).

b) Asimismo, el legislador contemplado en el artículo 13 de la CE se encuentra limitado al regular aquellos derechos que la Constitución reconoce directamente a los extranjeros, lo que implica, de entrada, que el legislador no puede negar tales derechos a los extranjeros, aunque sí puede establecer condicionamientos adicionales respecto a su ejercicio por parte de aquéllos. Para la identificación de estos derechos reconocidos *ex constitutione* a los extranjeros debe tenerse especialmente en cuenta, entre otros criterios, la dicción de los preceptos del título I reconocedores de derechos, a los que remite el artículo 13.1 de la CE, pues en ellos se hace normalmente referencia a sus titulares utilizando distintas expresiones ("todos", "todas las personas", "los españoles", "nadie", "los ciudadanos") o también fórmulas impersonales ("se reconoce", "se garantiza").

c) En cambio, el legislador goza de mayor libertad al regular los derechos de los que serán titulares los extranjeros en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y las Leyes, esto es, de aquellos derechos que no son atribuidos directamente por la Constitución a los extranjeros pero que el legislador puede extender a los no nacionales aunque no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles. Al regular tales derechos la libertad del legislador es más amplia ya que puede modular las condiciones de ejercicio en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros, si bien aquella libertad no es en modo alguno absoluta (FJ 4).

d) En suma, 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. Sin embargo, una regulación de este tenor deberá tener en cuenta, en primer lugar, el grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad 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 para el derecho por la Constitución y los tratados internacionales. Por último, las condiciones de ejercicio establecidas por la Ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida (FJ 4).

e) Finalmente, se reitera la utilidad de los textos internacionales ratificados por España para configurar el sentido y alcance de los derechos fundamentales, de conformidad con lo establecido en el artículo 10.2 de la CE, sin que ello convierta a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Las normas legales impugnadas deben ser contrastadas con los correspondientes preceptos constitucionales que proclaman los derechos y libertades de los extranjeros en España, interpretados de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios. En consecuencia, sólo podrá declararse su inconstitucionalidad si

aquellas normas con rango de ley vulneran el contenido constitucionalmente declarado de tales derechos y libertades (FJ 5).

Tras estas consideraciones generales, la STC 236/2007 pasa a enjuiciar cada uno de los preceptos impugnados. En lo que se refiere al derecho a la educación, la consideración de la referida doctrina constitucional exige partir del contenido del precepto impugnado y de la posición planteada por el Parlamento de Navarra en su recurso de inconstitucionalidad.

El artículo 9.3 de la Ley Orgánica 4/2000 en la redacción dada por el apartado 7 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000 decía así:

"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".

La impugnación por el Parlamento de Navarra de dicho precepto se fundaba en las razones siguientes (punto 1 de los antecedentes):

"c) El punto 7 del artículo primero da nueva redacción al apartado 3 del art. 9 de la Ley Orgánica 4/2000, estableciendo el derecho a la educación de naturaleza no obligatoria sólo para los extranjeros residentes. El precepto vulneraría el art. 27.1 CE en relación con el art. 39.4 CE, el art. 28 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, y el art. 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos al impedir «de facto» el acceso a la enseñanza no básica a los extranjeros menores de 18 años que no tengan residencia legal en España. El art. 27.1 CE consagra el derecho del niño a ser escolarizado, lo que comprende tanto la enseñanza básica como la no básica (art. 1 Ley Orgánica del Derecho a la Educación), que forma parte del contenido esencial de este derecho."

Frente a ello la posición de la representación del Estado se resume del modo siguiente (FJ 8):

"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 dieciocho 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.”

Expuestos los términos de la controversia y aclarados diversos extremos, la STC 236/2007 estimó el recurso interpuesto respecto del citado artículo 9.3 de acuerdo con lo expresado en su fundamento jurídico 8. La fundamentación en este punto de la sentencia puede sintetizarse del modo siguiente:

a) La estrecha conexión entre todos los preceptos o apartados integrantes del artículo 27 de la CE autoriza a hablar, 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 omnicomprendiva la que el mencionado artículo emplea como fórmula liminar. Este precepto constitucional presenta una similitud significativa con el artículo 26 de la DUDH. El derecho a la educación se recoge en el artículo 13 del PIDESC y en el artículo 2 del Protocolo adicional al CEDH. De estas disposiciones 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 la CE.

b) La jurisprudencia constitucional no limita la dimensión prestacional del derecho consagrado en el artículo 27.1 CE a la educación básica, que debe ser obligatoria y gratuita (artículo 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" (artículo 27.5 CE). Por su parte, al interpretar el artículo 2 del Protocolo adicional al CEDH, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

precisa 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" (STEDH caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica, de 23 de julio de 1968, § 3). Según ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 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" (STEDH caso Kjeldsen, de 7 de abril de 1976, § 52).

De las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la educación, interpretadas de conformidad con la DUDH 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.

c) 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 CEDH, "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 (SSTEDH 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.»

d) «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, aquéllos 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.»

En consecuencia, el punto 2º del fallo de esta STC 236/2007 declaró inconstitucional y nula la inclusión del término "residentes" en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 4/2000 en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000.

#### **II.4ª. Sobre la constitucionalidad del artículo 9.2 de la Ley Orgánica 4/2000 en la redacción dada por el apartado 11 del artículo único de la Ley Orgánica 2/2009**

La Ley Orgánica 2/2009 modifica enteramente el artículo 9 de la Ley Orgánica 4/2000, al que da nueva redacción en los términos que ya han sido transcritos, distinguiendo entre los extranjeros menores y mayores de edad. El nuevo precepto legal, siguiendo la doctrina de la referida STC 236/2007, no incluye respecto de los extranjeros menores de edad el término



“residentes” ni para la enseñanza obligatoria ni para la posobligatoria (apartado 1). En cambio, su apartado 2 determina, de un lado, el derecho de los extranjeros mayores de dieciocho años que se hallen en España a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa y, de otro, el derecho de los extranjeros residentes mayores de dieciocho años 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. Así pues, en el inciso segundo de este apartado 2 del artículo 9 se mantiene el requisito de la residencia.

El término “residentes” comporta, a decir de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/2009, la exigencia de una situación de estancia o residencia legal, esto es, conforme a los requisitos que se establecen y que, por tanto, habilitan a la permanencia del extranjero en nuestro país en cualquiera de las situaciones reguladas. Por ello, al igual que ocurrió en el recurso resuelto por la STC 236/2007 (FJ 3), se plantea así nuevamente ante el Tribunal Constitucional la posible inconstitucionalidad de una ley que niega el ejercicio de determinados derechos no a los extranjeros en general, sino a aquéllos que no dispongan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España.

La STC 236/2007 tiene especial interés para la presente controversia, ya que declaró la inconstitucionalidad de la inclusión del término “residentes” en el precedente artículo 9.3 respecto de la enseñanza postobligatoria. Esta declaración, aunque referida a los extranjeros menores de edad, a los que se aludía en el recurso en su día interpuesto por el Parlamento de Navarra, no hacía distinción por tal motivo de edad. Por ello, ha de analizarse la constitucionalidad del artículo 9.2 de la Ley Orgánica 4/2000 en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009 a la luz de la doctrina establecida en la STC 236/2007.

Para la ponderación jurídica del referido artículo 9.2, procede abordar, en primer lugar, la vertiente subjetiva relativa a la titularidad del derecho. El artículo 27 de la CE reconoce a todos el derecho a la educación, que tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y al tiempo ordena a los poderes públicos garantizar el derecho de todos a la educación

mediante la programación general de la enseñanza. Por tanto, el texto constitucional atribuye a todos sin distinción la titularidad del derecho fundamental a la educación.

Este criterio universal de los sujetos titulares del derecho a la educación se deriva de los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España a los que llama el artículo 10 de la CE para interpretar el derecho fundamental a la educación reconocido en el referido artículo 27. En efecto, el derecho de toda persona a la educación se reconoce en los artículos 26.1 de la DUDH y 13.1 del PIDESC. Asimismo, el artículo 2 del Protocolo adicional del CEDH señala que a nadie se le puede negar el derecho a la instrucción.

Así pues, el derecho a la educación se configura como un derecho fundamental universal de todas las personas, independientemente de su condición de nacional o extranjero, e incluso de su situación legal en España. Como señala la STC 236/2007, “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” (FJ 8); lo que conduce a la inconstitucionalidad del precepto de la Ley Orgánica 8/2000 relativo al derecho a la educación de naturaleza no obligatoria y a la nulidad del inciso “residentes” del artículo 9.3, “pues como se ha expuesto en los correspondientes fundamentos jurídicos tales derechos se reconocen constitucionalmente por igual a todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa” (FJ 17).

En segundo lugar, en cuanto al contenido de este derecho fundamental, ha de tenerse en cuenta que el artículo 27.5 de la CE ordena a los poderes públicos garantizar el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza. Según el artículo 13.2 del PIDESC, 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, por la implantación progresiva de la enseñanza

gratuita [letra c]) y 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 instrucción primaria [letra d]).

Por su parte, la STC 236/2007 entendió, a la vista de las referidas disposiciones, la inequívoca vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana, cuyo contenido constitucionalmente garantizado, en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad (FJ 8).

En último término, el Pleno del Consejo de Estado en su dictamen de 25 de junio de 2009 (exp. 786/2009) sobre el anteproyecto que luego culminó en la Ley Orgánica 2/2009, señaló, a partir de la doctrina fijada en la STC 236/2007, lo siguiente:

“En definitiva, los razonamientos del Tribunal Constitucional no se ciñen a los extranjeros menores de 18 años, sino que se extienden a todos los extranjeros, mayores y menores de edad. Por ello, entiende el Consejo de Estado que debe suprimirse la exigencia de residencia (esto es, el término "residentes") de la redacción proyectada para el artículo 9.2 de la LOE. Dicho apartado limita a los extranjeros residentes (en el caso de los mayores de 18 años) el derecho a acceder a las demás etapas educativas postobligatorias.”

De todo ello se concluye que el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 4/2000 en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009 ha de considerarse inconstitucional y nulo por contradecir los artículos 13.1 y 27 de la CE.

#### **II.5ª. Legitimación del Parlamento de Navarra para interponer recurso de inconstitucionalidad contra el apartado 11 del artículo único de la Ley Orgánica 2/2009**

De lo razonado en nuestro dictamen 26/2001 y de la doctrina sentada en la STC 236/2007, se infiere la inequívoca legitimación del Parlamento de Navarra para interponer recurso de inconstitucionalidad frente al apartado 11 del artículo único de la Ley Orgánica 2/2009, dado que el ejercicio de las funciones que corresponden a la Comunidad Foral puede verse “afectado”

por la norma estatal recurrida, al existir una estrecha conexión entre aquel precepto y la materia de educación comprendida en el campo de actuación autonómica de la Comunidad Foral de Navarra (artículo 47 LORAFNA), lo que permite deducir un interés específico del Parlamento de Navarra para recurrir dicha Ley.

Por tanto, el Parlamento de Navarra está legitimado para interponer recurso de inconstitucionalidad contra el apartado 11 del artículo único de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, en lo que se refiere a la nueva redacción del apartado 9.2 de la Ley Orgánica 4/2000.

### **III. CONCLUSIÓN**

El Consejo de Navarra, en relación con el recurso de inconstitucionalidad a interponer por el Parlamento de Navarra, considera que el artículo 9.2 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 del artículo único de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, es inconstitucional y nulo por contrariar los artículos 13.1 y 27 de la Constitución. El Parlamento de Navarra está legitimado para interponer recurso de inconstitucionalidad contra dicho precepto.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.