

Id Cendoj: 28079130052009100165
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 5
Nº de Recurso: 11298/2004
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: RAFAEL FERNANDEZ VALVERDE
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x DERECHO A LA EDUCACIÓN x
- x DERECHO A LA EDUCACIÓN (EXTRANJEROS) x
- x DERECHOS FUNDAMENTALES x
- x RECURSO DE CASACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO x

Resumen:

Decreto autonómico sobre derecho de los extranjeros a la educación.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de marzo de dos mil nueve

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo el Recurso de Casación **11298/2004** interpuesto por la **GENERALIDAD DE CATALUÑA** representada por la Letrada de sus servicios jurídicos, siendo parte recurrida la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO**, representado por el Abogado del Estado; promovido contra la sentencia dictada el 4 de noviembre de 2004 por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en Recurso Contencioso-Administrativo nº 880/2001, sobre extranjería.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Ante la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, se ha seguido el recurso número 880/2001, promovido por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO y en el que ha sido parte demandada la GENERALIDAD DE CATALUÑA, sobre extranjería.

SEGUNDO .- Dicho Tribunal dictó sentencia con fecha 4 de noviembre de 2004 del tenor literal siguiente: "FALLO: En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección Quinta, ha decidido:

1º.- Estimar el presente recurso contencioso-administrativo, anulando, por no ser conforme a Derecho, el *artículo 4.6 del Decreto 188/2001, de 26 de junio*, de los extranjeros y su integración social en Cataluña.

2º.- No efectuar pronunciamiento impositivo de las costas procesales devengadas en la substanciación del presente recurso".

TERCERO .- Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación de la GENERALIDAD DE CATALUÑA, se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 29 de noviembre de 2004, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

CUARTO .- Emplazadas las partes, la GENERALIDAD DE CATALUÑA compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, al tiempo que en fecha 24 de febrero de 2005 formuló el escrito de

interposición del recurso de casación, exponiendo un único motivo de impugnación que consideró oportuno y solicitando a la Sala se dicte Sentencia por la que "con estimación de este recurso, se case la sentencia recurrida de la Sección 5ª del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 4 de noviembre de 2004 , y se resuelva en los términos que esta parte tiene interesados, declarando ajustada a derecho la disposición general impugnada de contrario, todo ello con imposición de costas a la parte recurrida en el presente recurso de casación".

QUINTO .- El recurso de casación fue admitido por providencia de fecha 9 de enero de 2006, ordenándose también, por providencia de 28 de febrero de 2006, entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida a fin de que en el plazo de treinta días pudiera oponerse al recurso, lo que hizo el ABOGADO DEL ESTADO en escrito presentado en fecha 7 de junio de 2006, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y solicitó a la Sala se dicte resolución "desestimándolo, por ser conforme a Derecho la resolución judicial impugnada".

SEXTO .- Por providencia de fecha 12 de enero de 2009 se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día 24 de febrero de 2009, en que tuvo lugar.

SÉPTIMO .- En la sustanciación del juicio no se han infringido las formalidades legales esenciales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **RAFAEL FERNÁNDEZ VALVERDE** , Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se impugna en el presente recurso de casación la sentencia que la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó en fecha de 4 de noviembre de 2004, en su recurso contencioso administrativo número 880/2001, por medio de la cual se estimó el formulado por la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO** contra el *artículo 4.6 del Decreto 188/2001, de 26 de junio* , de los extranjeros y su integración social en Cataluña, de la Presidencia de la Generalidad de Cataluña.

SEGUNDO .- Como decimos, la Sala de instancia estimó el recurso contencioso administrativo, formulado en los términos expresados, anulando el precepto de referencia y se basó para ello, en síntesis, y por lo que aquí interesa, en la siguiente argumentación, que, en síntesis, se contiene en los Fundamentos Jurídicos Cuarto a Séptimo de la sentencia de instancia:

"CUARTO.- Para la adecuada resolución de las cuestiones suscitadas debe partirse de que el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre , mantiene con carácter esencial el reconocimiento del derecho a la educación de todos los extranjeros menores de 18 años en las mismas condiciones que los españoles, pero condicionada, en lo que se refiere a la educación de naturaleza no obligatoria, a la residencia legal en el territorio español. El contenido del derecho queda definido con carácter general por un doble criterio, por la edad del sujeto y el carácter obligatorio o no de las enseñanzas en particular. La Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre , reconoce el derecho a todo extranjero menor de 18 años al acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, pero sólo al residente legal a la educación no obligatoria, entre la que hay que incluir, evidentemente, el bachillerato. Es errónea la tesis de la defensa de la Administración de la Generalidad cuando afirma que la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre , reconoce a los extranjeros, residentes legales o no, el derecho a una enseñanza no obligatoria, como es el bachillerato, al reconocer un derecho que tiene como elemento subjetivo a todo menor de dieciocho años, siendo esa edad a la que se finalizan los estudios de bachillerato, porque la edad de dieciocho años a la que alude el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre , no cabe vincularla con la que se cursa el bachillerato, sino con el límite de permanencia de los alumnos en los centros ordinarios cursando la enseñanza básica (artículo 6.2 Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo). En el mismo sentido se pronuncia el artículo 21 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación , al decir que la etapa de Educación Secundaria Obligatoria comprende cuatro años académicos, que se cursarán ordinariamente entre los doce y los dieciséis años, pero que, no obstante, los alumnos tendrán derecho a permanecer escolarizados en régimen ordinario hasta el curso académico completo en que cumplan los dieciocho años de edad, siempre que el equipo de evaluación considere que, de acuerdo con sus actitudes e intereses, puedan obtener el título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria, lo que no es sino un desarrollo del principio general, contenido en el artículo 9 de la citada Ley Orgánica , de que la enseñanza básica, obligatoria y gratuita, comprende la Educación Primaria y la Educación Secundaria Obligatoria, incluye diez años de escolaridad y se inicia a los seis años y se extiende hasta los dieciséis, no obstante lo cual, los alumnos tienen derecho a permanecer en régimen ordinaria cursando la enseñanza básica hasta los dieciocho años, en las condiciones establecidas en la referida Ley.

QUINTO.- La Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, ha modificado el artículo 9 de la Ley Orgánica 4/2000, de 22 de enero, incluyendo, en lo que aquí interesa, en el apartado 1 una referencia a la educación de los extranjeros menores de 18 años - enseñanza básica gratuita y obligatoria- no sólo como derecho sino también como deber, un apartado 2 específicamente dedicado a la educación infantil, reiterando su carácter voluntario y la obligación de los poderes públicos de garantizar la existencia de un número de plazas suficientes, y el apartado 3 dedicado a la enseñanza de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles que queda restringida a los extranjeros residentes.

SEXTO.- La Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, exige la residencia en relación con el derecho a acceder a las enseñanzas no obligatorias distintas de la educación infantil, con el derecho de acceder al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación, y con el de crear y dirigir centros educativos, pero no así respecto de los derechos de acceso a la educación básica gratuita y obligatoria, referido tan solo a los extranjeros menores, con independencia de su condición legal de residente. La Constitución configura un derecho fundamental a la educación básica y gratuita, exigible por nacionales y extranjeros en condiciones de igualdad. En los niveles no básicos el legislador puede establecer modulaciones en el ejercicio de este derecho entre españoles y extranjeros sin que con ello se atente al derecho fundamental a la educación.

La salvedad de la educación infantil, configurada como una enseñanza de régimen general que comprende hasta los 6 años y de carácter voluntario, tiene su razón de ser en la necesidad de salvaguardar la suficiencia de la educación preescolar, correspondiendo a la Administración garantizar la existencia de un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicite. En relación con la educación infantil debe tenerse en cuenta que el artículo 11 de la Ley Orgánica 10/2000, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, se refiere a este nivel como voluntario y gratuito, garantizando las Administraciones educativas la existencia de puestos escolares gratuitos en centros públicos y en centros privados concertados para atender la demanda de las familias.

SÉPTIMO.- En cuanto que la Administración de la Generalidad engloba conjuntamente la enseñanza básica obligatoria, la educación infantil y el bachillerato dentro de los derechos que tienen los extranjeros, residente o no, hasta los 18 años, idea que, como queda dicho, no se ajusta a la legalidad, la previsión contenida en el artículo 4.6 del Decreto impugnado de que el Departamento de enseñanza y el Departamento de Bienestar Social adoptarán las medidas necesarias para facilitar el acceso de los extranjeros inscritos en el padrón de cualquiera de los municipios de Cataluña a la enseñanza de naturaleza no obligatoria y a los centros de formación de adultos, respectivamente, excede del marco legal, al no exigir la residencia en los términos que lo hace el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, bastando simplemente el empadronamiento para que la Administración de la Generalidad facilite al extranjero el acceso a la enseñanza de naturaleza no obligatoria, utilizando fondos públicos en una actividad no querida por el legislador estatal que tiene competencia exclusiva en materia de extranjería, debiendo la Administración de la Generalidad respetar el estatuto jurídico diseñado por la normativa estatal, más aún cuando resulta difícil encontrar supuestos en los que un extranjero, simplemente empadronado y sin permiso de residencia, se encuentre legalmente en territorio español. Que no se está en presencia de un mero deseo de facilitar al extranjero empadronado el acceso a las enseñanzas no obligatorias lo demuestra la afirmación, contenida en el escrito de contestación a la demanda, que si la Generalidad, siempre que sus disposiciones presupuestarias lo autoricen, puede hacer frente a los gastos que comporta la enseñanza de los extranjeros sin residencia legal, nada se lo impide, de la que cabe extraer la idea de que la Administración de la Generalidad está dispuesta a facilitar gratuitamente a los extranjeros empadronados, sin residencia legal, una enseñanza que ni es gratuita ni obligatoria para los españoles".

TERCERO .- Contra esta sentencia ha interpuesto la recurrente **GENERALIDAD DE CATALUÑA** recurso de casación en el que esgrime un único motivo de impugnación, articulado al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativo (LRJCA), alegando infracción 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 redacción dada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, dado que la sentencia anuló el artículo 4.6 del Decreto 188/2001 de la Generalidad de Cataluña, por considerar que infringía dicho precepto.

En desarrollo del motivo se recuerda por la recurrente, en primer lugar, el ámbito competencial en materia de extranjería, y, aunque reconoce la competencia exclusiva del Estado en esta materia ---ex artículo 149.1.2 de la Constitución Española--- se afirma que ello no impide que otras administraciones desarrollen acciones asistenciales que tengan por beneficiarios a extranjeros, remitiéndose al dictamen emitido por el Consejo de Estado con ocasión del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica mencionada, terminando por afirmar la competencia exclusiva de la Generalidad de Cataluña en materia de asistencia

social y de enseñanza.

Por otra parte, y en segundo lugar, analizando la Ley Orgánica 4/2000, la recurrente rechaza que ---tal y como afirma la sentencia recurrida--- el artículo 4.6 del Decreto 188/2001 exceda del marco legal establecido en la citada Ley Orgánica. Considera, en síntesis, que esta Ley reconoce el derecho de los extranjeros a acceder a la *enseñanza obligatoria* en iguales términos que los españoles; aunque sí exige para que puedan acceder al resto de enseñanzas, el residir legalmente en España, sin que con el precepto se infrinja la normativa estatal.

Por otra parte, el artículo 4.6 del Decreto 188/2001 de la Generalidad de Cataluña no altera el régimen de derechos establecido en la Ley Orgánica 4/00, afirmando que, aunque el artículo 9.3 de la citada Ley Orgánica establece el derecho a la enseñanza no obligatoria de los extranjeros residentes en España, en ningún caso la prohíbe para los que no tengan condición de residentes, y el artículo 4.6 lo que hace es facilitarla a los extranjeros simplemente empadronados en Cataluña sin que ello contravenga la normativa estatal; más aún cuando el Reglamento de Extranjería en su D. A. 14ª (que se refiere expresamente a menores de edad) reconoce la posibilidad de que otras administraciones puedan ofrecer prestaciones a los extranjeros, al margen de los derechos reconocidos en la Ley Orgánica.

CUARTO .- El recurso ha de ser estimado de conformidad con la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, y otras concordantes a las que luego haremos referencia; mas, para la adecuada comprensión de la decisión jurisdiccional de referencia, que obviamente excede de los términos en los que el presente litigio se plantea, se requiere que recurramos a la historia normativa de la cuestión, y que necesariamente conecta con la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2000 en la anterior Ley Orgánica 4/2000. Ello nos facilitará la dimensión de la resolución dictada.

En el Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial en relación con el Anteproyecto de la posterior Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, y que fuera aprobado en fecha de 26 de julio de 2000, se señalaba que *"Para comprender con más detalle el alcance de la reforma del artículo 3 de la Ley es conveniente poner en relación tres textos normativos: el de la Ley Orgánica 7/1985 (que era el artículo 4), el de la Ley Orgánica 4/2000 (que es el artículo 3) y el del Anteproyecto ... La correlación de estos textos arroja alguna luz sobre la reforma: se modifica el rótulo del artículo, desapareciendo expresamente la mención de "igualdad con los españoles", que también desaparece del texto del artículo y recuperando una regulación que se aproxima notablemente a la del año 1985. Se conserva el párrafo segundo de la ley que se reforma y se introduce un nuevo párrafo relativo a la interpretación de las normas.*

Parece evidente que la Ley Orgánica 4/2000 tendía a la equiparación de derechos de los extranjeros con los españoles, con una declaración normativa que comprendía en ella no sólo los que se conocen como derechos fundamentales, sino también los derechos socioeconómicos. Antes se destacó que esta Ley no contiene una distinción nítida y suficiente entre los extranjeros en situación regular y los que se encuentran en situación irregular, de manera que con esta declaración tan abierta se ampliaban notablemente los derechos de los extranjeros que no se encontraban en situación ajustada a la legalidad. Ahora se establece que el goce por los extranjeros de los derechos y libertades que se les reconoce lo es en los términos establecidos en los Tratados Internacionales, en la propia Ley Orgánica y en las leyes que regulen su ejercicio; la norma que se reforma equiparaba el goce del ejercicio de los derechos de los extranjeros a los españoles, optando por el nivel máximo de igualdad. Este nivel de goce parece reducirse y ahora la ley se remite a los términos establecidos en los Tratados Internacionales y en la Ley.

Desde la perspectiva del ajuste a los términos literales del artículo 13 de la Constitución de esta nueva regulación ha de tenerse en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución, conforme establece el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y cuya interpretación debe ser seguida por todos los Jueces y Tribunales, ya que éstos, conforme dispone el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

De todo ello se deduce que la fórmula elegida por el Anteproyecto que se informa para el artículo 3 de la Ley Orgánica 4/2000 es respetuosa con la doctrina del Tribunal Constitucional, y deberá ser, al analizar los distintos preceptos de la Ley cuando se puedan matizar el respeto y adecuación a los principios que se han enunciado. El texto nuevo de este artículo y su encabezamiento, sí ponen de manifiesto que se opta de nuevo por una fórmula similar a la de la Ley Orgánica 7/1985, pasando del máximo nivel de equiparación de derechos y libertades entre los españoles y los extranjeros a que sean los Tratados Internacionales, la propia Ley Orgánica y las que regulen el ejercicio de los derechos, los que modulen su goce y ejercicio por parte de los extranjeros.

Se trata, por tanto, de una opción que es acorde con lo establecido en el artículo 13 de la Constitución. De todos modos debe tenerse en cuenta que el Anteproyecto mantiene la vigencia del número 2 del artículo 3 de la Ley Orgánica que se pretende reformar, lo que tiene una importancia considerable a juicio de este Consejo General del Poder Judicial. En efecto, con ello la fuerza jurídica del número 1 de este artículo se ve reforzada por esa suerte de "criterio de interpretación", obligando al intérprete de la Constitución, de la propia Ley Orgánica y del resto de leyes reguladoras de los derechos fundamentales a incorporar las declaraciones internacionales de derechos".

El cambio efectuado por la Ley Orgánica 8/2000 en el artículo 3º.1 de la 4/2000 que modificaba, consistió, en síntesis, en la supresión de la proclamación del citado principio de igualdad, lo cual se detecta tanto en el epígrafe del precepto como en el contenido del apartado 1 del citado artículo: Mientras antes el epígrafe era el de *"Igualdad con los españoles e interpretación de las normas"*, ahora, tras la reforma, ha pasado a ser el de *"Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas"*. Por otra parte, mientras en el precepto de la Ley Orgánica 4/2000 se decía que *"los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades ..."*, en la Ley Orgánica 8/2000 la anterior frase subrayada desaparece, añadiéndose, no obstante, el siguiente inciso final: *"Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles"*.

El texto definitivo, con la alteración sistemática que se dirá, es el mismo que se contenía en el Anteproyecto de la reforma que fue informado tanto por el Consejo General del Poder Judicial como por el Consejo de Estado.

Ya nos hemos referido a los términos en los que se expresó el Informe del Consejo General, que proponía también que podía mejorarse el entonces tercer número del Anteproyecto (hoy, inciso 2º del nº 1). *"Parece que con él se pretende atenuar el efecto de la desaparición del número 1 del artículo de la mención específica a la igualdad plena de los extranjeros con los españoles en el goce de los derechos y libertades, y que se trata de un precepto dirigido a los que han de aplicar la norma imponiendo un criterio o pauta de comportamiento que tienda a equiparar a los extranjeros con los españoles en el ejercicio de sus derechos. Sobre esta finalidad el Consejo General del Poder Judicial debe emitir un parecer favorable, pero considera que sería más correcto incluir el contenido de este número en el primero del mismo artículo con el fin dotar a todo el precepto de una mayor coherencia interna, facultando de esta manera la tarea del intérprete y el correcto entendimiento de toda la norma"*. Sugerencia, como puede comprobarse, fue aceptada por el legislador.

Por su parte el Consejo de Estado fue mucho más explícito al señalar en su informe que *"se estima correcta la fórmula el artículo 3,1 que, como antes se dijo, responde literal y fielmente a la previsión del artículo 13,1 CE, estableciéndose separadamente y como criterio interpretativo general, (susceptible, claro está, en consecuencia de excepciones) el principio de igualdad con los españoles (art. 3,3) recientemente reafirmado por el Tribunal Constitucional (Sentencia 1º-4-2000)"*.

QUINTO.- Obviamente la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2000 también incidió sobre el artículo 9 de la Ley Orgánica 4/2000, dedicado al derecho a la educación que cuenta ahora con cinco apartados, y en los que se distingue, de conformidad con lo informado por el Consejo de Estado con base en el contenido del artículo 27 CE, entre:

a) *"La enseñanza básica, gratuita y obligatoria"*, de la que se dice que *"todos los extranjeros menores de dieciocho años tienen (el) derecho y (el) deber"*, cualquiera que sea su situación, lo cual, para el Consejo de Estado *"parece una buena técnica de integración social siempre que, además de derecho se trate de un deber como ocurre con los españoles según el art. 27.4 y legislación complementaria"*. El Informe del Consejo General del Poder Judicial señaló, en cuanto a la educación para los menores de 18 años, *"que se mantiene el texto anterior, lo que también ha de merecer un parecer positivo, ya que también se trata de un derecho que afecta de manera directa e inmediata a la dignidad de la persona, máxime si se tiene en cuenta la previsión de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea de la O.N.U. el 20 de noviembre de 1989 ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, cuyo artículo 2 contempla los derechos del niño independientemente del status regular o no de sus padres. En el artículo 28 se reconoce el derecho del niño a la educación debiendo implantar los Estados la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos. También es relevante el contenido del art. 20 al reconocer al niño, temporal o permanentemente privado de su medio familiar, el derecho a la protección y asistencia especial del Estado. Todo ello es hoy en día exigencia de nuestra propia Ley de Protección del Menor"*.

b) *"La educación infantil"*, de la que se predica su carácter voluntario, aunque se obliga a las

Administraciones públicas a "garantizar la existencia de un número de plazas suficiente para asegurar la escolarización de la población que lo solicite";

y, c) "La enseñanza no obligatoria", al igual que el derecho a la actividad docente, investigación científica, y creación y dirección de centros, que quedan reservadas a los extranjeros residentes "en las mismas condiciones que los españoles".

Como desarrollo del artículo 27 de la Constitución Española, debe citarse, en aquel momento, la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de junio, Reguladora del Derecho a la Educación, la Ley Orgánica 1/1990, de Ordenación General del Sistema Educativo y Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, de Participación, Evaluación y Gobierno de los Centros Docentes.

SEXTO .- Con tales precedentes la genérica cuestión de la equiparación entre españoles y extranjeros ---con independencia de su carácter de residentes legales en España---, y, entre otras cuestiones, el del derecho a la educación, fue sometido al juicio de constitucionalidad al que nos hemos referido y que, obviamente, cuenta con una incidencia directa en específica impugnación formulada en el presente litigio por la Administración General del Estado.

Efectivamente, contra la citada Ley 8/2000, de 22 de diciembre, se interpusieron diversos recursos de inconstitucionalidad, debido a la transformación que esta norma operó sobre la Ley 4/2000. En concreto interpuso recurso el Grupo Parlamentario del PSOE en el Congreso, el Parlamento Vasco (1664/2001), el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía (1640/2001), el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (1669/2001), la Diputación general de Aragón (1671/2001), el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura (1677/2001), el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias (1679/2001) y el Parlamento de Navarra (1707/2001). La respuesta a estos recursos ya ha sido dada por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 261/2007, 260/2007, 262/2007, 263/2007, 264/2007, la 265/2007, todas ellas de 20 de diciembre, que resuelve el recurso interpuesto por 64 Diputados del Grupo Parlamentario del PSOE en el Congreso, el Parlamento Vasco, la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; la Comunidad Autónoma de Aragón; la Junta de Extremadura y el Principado de Asturias, respectivamente. Por lo que aquí interesa todas estas sentencias remiten a la doctrina recogida en las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre y 259/2007, de 19 de diciembre, precedentes de las anteriores y son la respuesta de este Tribunal a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Parlamento de Navarra y por la Junta de Andalucía, respectivamente, en los que se impugnan diferentes apartados del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Los preceptos sobre los que pesa la sombra de inconstitucionalidad hacen referencia a cuestiones de diversa índole, que pueden clasificarse en torno a tres grandes bloques. En primer lugar estarían los preceptos que regulan el ejercicio de ciertos derechos fundamentales, entre los que cabe mencionar algunos que poseen un contenido específicamente laboral, como es el caso del derecho de libertad sindical o del derecho de huelga; en segundo lugar, estarían los preceptos que hacen referencia a ciertas libertades de carácter instrumental, como es el caso de la reagrupación familiar o el derecho a la asistencia jurídica gratuita; y en tercer lugar, habría que mencionar los preceptos que regulan cuestiones relacionadas con la entrada y la permanencia en el país, en concreto con ciertos aspectos del visado y de la expulsión.

Obviamente, lo que aquí nos interesa son los pronunciamientos generales, y, en concreto, los relacionados con el artículo 9.3 de la LO 4/2000, redactado por la Ley impugnada, que es el precepto que sirve de fundamento a la norma reglamentaria impugnada. El mismo 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".

El Tribunal Constitucional entiende que la interpretación de este precepto impugnado ha de realizarse de forma sistemática con el artículo 1.7. de la propia Ley recurrida, el cual establece que "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".

En síntesis, este precepto no exige la condición de residente para la enseñanza básica, pero sí lo exige el apartado impugnado para la educación no obligatoria, sin referencia alguna a la edad, que es, justamente, al tipo de enseñanza que se refiere la norma impugnada.

La Ley Orgánica 2/2006, de Educación, establece un sistema en el cual la enseñanza básica y la obligatoria son coincidentes: la enseñanza básica comprende la educación primaria y la educación

secundaria obligatoria, abarcando un abanico de edad desde los tres hasta los dieciséis años, si bien los estudiantes pueden permanecer escolarizados en esta enseñanza obligatoria hasta los dieciocho años. La enseñanza no obligatoria en el sistema educativo español, hasta los dieciocho años, contiene el bachillerato, la formación profesional de grado medio, las enseñanzas profesionales de artes plásticas y diseño de grado medio y las enseñanzas deportivas de grado medio, bajo la denominación común de "educación secundaria postobligatoria".

El Tribunal Constitucional entiende que la expresión "extranjeros residentes" equivale a la obtención de la autorización de estancia o residencia en España, diferenciando el contenido del derecho a la educación constitucionalmente garantizado de la dimensión prestacional de este derecho, esto es, distinguiendo entre el contenido del derecho en sí, por un lado, y el alcance de las obligaciones de los poderes públicos en relación al mismo, por otro. Así procede a la cita del artículo 27 de la Constitución, del artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para concluir *"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 cuanto a la dimensión prestacional el Tribunal en STC 86/1985 reconoció la obligatoriedad de procurar la efectividad del derecho a la educación, en condiciones de obligatoriedad y gratuidad para la enseñanza básica y mediante una programación general de la enseñanza para otros niveles, afirmándose que *"de las disposiciones examinadas y de su recta interpretación se obtiene que el derecho a la educación garantizado en el artículo 27.1 de la Constitución corresponde a "todos", independientemente de su condición de nacional o extranjero, e incluso de su situación legal en España". "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 todo ello declara la inconstitucionalidad del inciso "residentes" del artículo 9.3 de la LO 4/2000.

En concreto, en el Fundamento Jurídico 8, la STC 236/2007, señala:

"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 art. 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 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 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 art. 27.1 CE comprendería tanto la enseñanza básica como la no básica (art. 1 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 art. 9 de la Ley Orgánica 4/2000, objeto también de una nueva redacción por el art. 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 art. 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 (Ley Orgánica 2/2006 , de mayo, 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 (art. 3.1), «es obligatoria y gratuita para todas las personas» (art. 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 postobligatoria» (art. 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 (art. 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 postobligatoria (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 omnicomprendiva la que el mencionado artículo emplea como fórmula liminar» (STC 86/1985, de 10 de julio, F. 3).

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 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 (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 motivo, pues, ha de ser acogido y el recurso contencioso-administrativo desestimado por los mismos fundamentos que acabamos de exponer y resultar inconstitucional la exigencia de residencia a la que nos hemos referido.

SEPTIMO .- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LRJCA , no procede hacer una especial imposición de las costas causadas, ni en la instancia, ni en este recurso de casación.

Por todo ello, en nombre de S. M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

FALLAMOS

Que declaramos haber lugar al recurso de casación número 11298/04 interpuesto por la **GENERALIDAD DE CATALUÑA** , contra la sentencia dictada en fecha de 4 de noviembre de 2004 , y en su recurso contencioso-administrativo 880/2001, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal superior de Justicia de Cataluña, y, en consecuencia:

1º.- Revocamos y casamos dicha sentencia.

2º.- Desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la **DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN CATALUÑA** contra el *artículo 4.6 del Decreto 188/2001, de 26 de junio*, de los extranjeros y su integración social en Cataluña, de la Presidencia de la Generalidad de Cataluña; precepto que declaramos ajustado a Derecho.

3º.- No hacemos condena ni en las costas de instancia ni en las de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.