

Sección del Tribunal Constitucional**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

9197 *Pleno. Sentencia 155/2015, de 9 de julio de 2015. Recurso de inconstitucionalidad 2085-2010. Interpuesto por el Parlamento de Navarra, en relación con 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 la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. Derecho a la educación: constitucionalidad del precepto legal que regula el acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros mayores de edad (STC 236/2007). Votos particulares.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 2085-2010, promovido por el Parlamento de Navarra, representado y asistido por la Letrada doña Nekane Iriarte Amigot, respecto al 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 nueva redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, apartado 11 de su artículo único. Ha comparecido el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito de 12 de marzo de 2010, presentado ese mismo día en el Registro General de este Tribunal, la Letrada del Parlamento de Navarra, en la representación que legalmente ostenta, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el art. 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 introducida por el apartado 11 del artículo único de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre («Boletín Oficial del Estado» núm. 299, de 12 de diciembre de 2009). Se adjunta a la demanda la certificación del acuerdo del Pleno del Parlamento de Navarra, de 11 de marzo de 2010, decidiendo la interposición del recurso, así como el acuerdo de la Mesa encomendando la representación y defensa del Parlamento a su Letrada.

La demanda suplica al Tribunal que declare la inconstitucionalidad del precepto citado en cuanto exige la autorización de residencia (ser «residentes») a los extranjeros en España para poder acceder a la educación posobligatoria.

2. La demanda justifica la legitimación del Parlamento en los arts. 162.1 a) CE, 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) y 212 del Reglamento del Parlamento de Navarra, y recuerda que ha sido reconocida en la STC 236/2007, de 7 de noviembre (FJ 1). La Comunidad Foral de Navarra ostenta competencia plena sobre la educación,

según el art. 47 de la Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra (LORAFNA), por lo que el precepto impugnado afecta a su ámbito de autonomía (STC 199/1987). También afirma el cumplimiento de los restantes requisitos procesales de plazo y representación procesal.

En el plano sustantivo, la demanda sostiene la inconstitucionalidad del apartado impugnado porque solo garantiza a los extranjeros mayores de 18 años el derecho a la educación posobligatoria si tienen autorización de residencia en España, ya sea temporal o de larga duración (art. 30 bis). Lo cual, a juicio del Parlamento de Navarra, vulnera lo dispuesto en el art. 27 CE según la interpretación que de dicho precepto constitucional, en relación con el art. 13 CE, ha realizado este Tribunal en la STC 236/2007, de 7 de noviembre (en especial, fundamento jurídico 8). En tal sentido, señala que la referida Sentencia declaró inconstitucional y nulo el inciso «residentes» del precepto relativo al derecho a la educación de naturaleza no obligatoria (art. 9.3 de la Ley Orgánica 4/2000, redactado por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre) por entender que la Constitución había reconocido el derecho a la educación por igual a todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa; por lo que no sería constitucionalmente legítimo excluir de la educación no obligatoria a quienes no ostentan la condición de residentes en España.

Con arreglo a dicho criterio, la Letrada del Parlamento Foral entiende que este Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la educación del art. 27 CE [a la luz del art. 26 de la Declaración universal de derechos humanos, el Protocolo adicional al Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) y el art. 13 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales] corresponde a todos, independientemente de la condición de nacional o extranjero o de la situación legal en España y sin que puedan hacerse distinciones entre mayores o menores de edad. El disfrute del derecho debe garantizarse a toda persona dependiente de la jurisdicción de un Estado contratante (art. 1 CEDH), expresión que incluye a las personas no nacionales que se encuentran en situación irregular. El derecho comprende el acceso a los estudios, la obtención de las titulaciones correspondientes y lo relativo al acceso a las becas y ayudas públicas, que son un elemento esencial del ejercicio del derecho (SSTC 188/2001, 212/2005 y 236/2007). La vigente Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, reguladora del derecho a la educación configura las becas y ayudas al estudio como medio para garantizar la igualdad de todas las personas en el acceso a la educación, pudiendo tenerse en cuenta el rendimiento escolar en la enseñanza posobligatoria (art. 83.1).

El precepto impugnado no prohíbe expresamente ese derecho, pero tampoco lo garantiza: su tenor literal impide el ejercicio del derecho a quienes, siendo mayores de edad, se encuentren en situación administrativa irregular, lo que supone una sutil pero eficaz prohibición. De ese modo se estaría estableciendo una limitación contraria a la doctrina constitucional que ha establecido que el derecho de acceso de los extranjeros a la enseñanza no obligatoria, también cuando se trate de mayores de edad, forma parte del contenido esencial del derecho a la educación; sin que este derecho de acceso a la enseñanza posobligatoria pueda quedar circunscrito a los extranjeros menores de 18 años sino que ha de reconocerse a todos los residentes de hecho con independencia de su edad, pues se trata de un derecho vinculado con la garantía de la dignidad humana cuya prestación ha de hacerse efectiva por los poderes públicos. Los extranjeros podrán ser expulsados siguiendo los procedimientos legalmente establecidos pero, mientras se encuentren en territorio español, el legislador no puede privarles del derecho a la educación que les otorga la Constitución española y los tratados internacionales. En los tiempos que corren constituye una finalidad esencial de toda sociedad lograr que todos reciban una educación y una formación de calidad, sin que ningún país se pueda permitir desperdiciar la reserva de talento que tienen todas y cada una de las personas que viven en él, teniendo en cuenta que la educación es un proceso permanente que se desarrolla durante toda la vida. La doctrina de la STC 236/2007 llevó al Consejo de Estado, en su dictamen de 25 de junio de 2009, a sugerir la supresión de la exigencia de residencia en la redacción del anteproyecto de ley.

El precepto objetado resulta ser, salvo en el aspecto referido al derecho a la educación posobligatoria de los extranjeros menores de edad, sustancialmente igual al declarado inconstitucional en la STC 236/2007, pues impide el acceso a este nivel educativo a los extranjeros mayores de 18 años que no tengan autorización de residencia. Limitación que no queda salvada por la remisión que contiene a la legislación educativa, dado que dicha legislación se remite, a su vez, a las disposiciones en materia de extranjería (disposición adicional decimonovena de la Ley Orgánica 2/2006). Tampoco encuentra la Letrada del Parlamento de Navarra razón alguna con fundamento constitucional que permitiera al legislador llevar a cabo la exclusión denunciada cuando se trata de un derecho que ha sido considerado imprescindible para la dignidad humana (arts. 10.1 y 13 CE) y no existen otros bienes o intereses constitucionalmente protegibles que justifiquen la existencia de dicha limitación. Los problemas de gestión de las becas y ayudas (reguladas por el Real Decreto 1721/2007, de 21 de diciembre), si se extendieran a quienes carecen de residencia regular, a los que aludía el dictamen del Consejo de Estado mencionado antes, no son convincentes: así lo muestra la experiencia de los periodos en que las becas y ayudas al estudio han sido reconocidas con la mayor generosidad (años 2000-2001 y 2007-2009), y la misma existencia de prestaciones para extranjeros menores de 18 años.

3. El Pleno del Tribunal, por providencia de 14 de abril de 2010, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad; y dar traslado de la demanda al Congreso de los Diputados, al Senado y al Gobierno, conforme establece el art. 34 LOTC. El correspondiente edicto fue publicado en el «BOE» núm. 103, de 29 de abril de 2010.

4. Por escrito registrado el 28 de septiembre de 2010, el Presidente del Senado comunicó el acuerdo adoptado por la Mesa en el sentido de que se tuviera a dicha Cámara por personada en el procedimiento, y por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC. Por escrito enviado por correo el mismo día, y registrado el 29 de septiembre, el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó que dicha Cámara no se personaría en el procedimiento ni formularía alegaciones, poniendo a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar, con remisión a la Dirección de estudios, análisis y publicaciones y a la asesoría jurídica de la Secretaría General.

5. El Abogado del Estado formuló sus alegaciones mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 11 de mayo de 2010, solicitando la desestimación del recurso de inconstitucionalidad:

No puede compartir las objeciones formuladas por el recurso al precepto impugnado, cuya fundamentación se reduce prácticamente a la cita de la STC 236/2007: la nueva regulación de la ley de extranjería de 2009 se ha dictado, precisamente, para acomodar la redacción de diversos preceptos, en parte anulados, a la jurisprudencia de este Tribunal. Al mismo tiempo, la reforma de 2009 ha procurado adaptar diversas directivas comunitarias de especial proyección al derecho a la educación de los ciudadanos extracomunitarios en el espacio europeo.

El preámbulo de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, expresa que incorpora a la Ley de extranjería varias Directivas comunitarias, entre ellas la 2004/114/CE, de 13 de diciembre, entre cuyos objetivos se incluye promover la acción de la Comunidad Europea en su conjunto como centro mundial de excelencia de la enseñanza y la formación profesional, favoreciendo la movilidad de los nacionales de terceros países hacia Europa para seguir estudios; estrategia de la que forma parte la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en cuanto a condiciones de entrada y residencia (considerandos 6 y 8). Las condiciones de admisión de los estudiantes extranjeros vienen reguladas en los arts. 5 y ss. de la Directiva, que han sido incorporados en lo esencial por el art. 33 de la Ley española de extranjería. En estos preceptos se exige una autorización de estancia, no con una finalidad de control de los flujos inmigratorios, sino respondiendo a exigencias coherentes con la actividad prestacional educativa. No basta con ser extranjero sin más para acceder a determinadas enseñanzas, como tampoco lo es poseer la nacionalidad española: quien se proponga realizar estudios en España que no sean obligatorios debe

justificar una serie de requisitos adecuados a la finalidad discente perseguida, como sus estudios previos, y también las condiciones que aseguren su subsistencia como es el documento de viaje, un seguro de enfermedad, conocimiento de la lengua y otros requisitos enumerados por el art. 5 y ss. de la Directiva.

La finalidad de la Directiva no es poner obstáculos a la incorporación de estudiantes extranjeros, sino comprobar la aptitud de los aspirantes a recibir enseñanzas adecuadas a su situación y asegurar la igualdad con los nacionales del propio Estado receptor. Tampoco se pueden minusvalorar los aspectos relacionados con los medios materiales y económicos de que disponen, que deben ser ponderados por las Administraciones y las demás instituciones del sistema educativo para atender a una demanda adicional a la estimada en principio para sus nacionales. El sistema educativo no puede ser diseñado en función de posibilidades ilimitadas: los Estados no tienen obligación de crear un sistema de enseñanza, sino solo garantizar a las personas bajo su jurisdicción «el derecho a utilizar, en principio, los medios de instrucción que existan en un momento determinado» (STEDH de 23 de julio de 1968). Se persigue también conseguir un mínimo de orden en este campo, articulando unos «instrumentos de planificación y programación» (STC 236/2007, FJ 8). La Directiva 2004/114 solo deja fuera de su regulación a los nacionales de terceros países que residan en un Estado miembro como solicitantes de asilo o bajo regímenes de protección temporal o con residencia de larga duración (art. 3.2). Ambas excepciones son coherentes con la exigencia general de que el aspirante se sujete a un trámite de admisión que verifique sus aptitudes escolares para acceder a la enseñanza pretendida.

La Ley Orgánica 2/2009 regula la autorización de extranjeros para fines escolares en España en términos que transponen la Directiva europea (art. 33 de la Ley). La autorización permite estar en España a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado, durante el tiempo que dure el curso o las prácticas correspondientes. Asimismo, permite el ejercicio de actividades retribuidas secundarias o en familia, para compensar gastos de manutención o aprendizaje. Este artículo 33 no ha sido impugnado, a pesar de que es el precepto rector de la materia controvertida. El reproche de que la regulación legal no garantiza el derecho de acceso a la enseñanza de quienes no han sido autorizados a residir decae desde el momento en que el derecho se reconoce con la misma universalidad que puede exigirse a una norma que se limita a transponer una Directiva comunitaria europea, igualando a los ciudadanos de dentro y fuera de la Comunidad. La mera presencia física en territorio español no confiere un derecho absoluto e incondicionado a cursar cualquier tipo de enseñanza en España o en cualquier otro país europeo. Tampoco tiene ese derecho quien resida en España legalmente o incluso tenga la nacionalidad de otro país de la Unión Europea.

Lo mismo puede decirse de otros capítulos del contenido del derecho reconocido en el precepto cuestionado como es el acceso a las becas. Difícilmente podrían valorarse las condiciones de atribución de ese derecho a quienes no son residentes, si atendemos a la minuciosa regulación en la materia (Reales Decretos 1721/2007 y 922/2009), donde juega un papel determinante los umbrales de renta y patrimonio familiar en tributos personales que, como regla, solo pesan sobre los residentes. La ley ha buscado que los extranjeros que se propongan acceder a estudios no obligatorios ni básicos se ajusten a las mismas condiciones que rigen para los españoles, sin obviar los límites impuestos.

El derecho está sujeto, por todo ello, a una autorización previa cuya disciplina se ordena, precisa y únicamente, al objetivo de ajustarse a las circunstancias y finalidades manifestadas por el solicitante. Esta residencia en España no se exige previamente a la solicitud, sino que es su consecuencia: se pide para estudiar en España y se concede para ese fin. No hay nada en ello que contravenga la dignidad humana ni que pueda estimarse irrazonable o desmesurado.

El art. 9.2 de la Ley de extranjería es realmente una síntesis anunciadora del contenido que con mayor desarrollo se establece en el art. 33. Los extranjeros menores de edad están sujetos a la enseñanza básica obligatoria que discurre hasta los 16 años con prórroga hasta los 18 (art. 4 de la Ley Orgánica 2/2006). A ellos se refería la STC 236/2007 (FJ 8). Distinto es el caso de los mayores de edad que realicen estudios voluntariamente.

El precepto cuestionado se refiere a las etapas posobligatorias (es decir, a cursos lectivos en régimen de matrícula), a las titulaciones y a las becas, porque el resto de las actividades educativas a que pueden acogerse los españoles se reconocen también a los extranjeros, con independencia de la legalidad de su situación en España. Para matricularse en un curso lectivo, obtener títulos académicos o ser perceptores de ayudas económicas hace falta que los estudiantes extranjeros soliciten una autorización que verifique las condiciones de aptitud y capacidad del solicitante. A esa aptitud se refería la STC 236/2007 cuando aludía a «los méritos respectivos» (art. 26 de la Declaración universal de los derechos humanos) o «la capacidad de cada uno» (Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales). La autorización prevista en el art. 9.2 lleva consigo el reconocimiento de la condición de «residente», que debe entenderse en conexión con el art. 33 de la Ley, es decir como «admitido» a recibir enseñanza en las etapas posobligatorias, a optar por las titulaciones y beneficiarse de las becas que procedan. La ley unifica en un solo acto la autorización de la residencia en España y la admisión a los estudios, previa comprobación de que el solicitante reúne los requisitos docentes exigidos. La admisión para realizar estudios permite obtener la autorización para residir en España.

6. Por providencia de 7 de julio de 2015 se señaló, para deliberación y votación de la presente Sentencia, el día 9 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto del presente recurso es analizar la constitucionalidad del artículo 9, apartado 2, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx), en la redacción dada por el apartado 11 del artículo único de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. El precepto del que forma parte la disposición impugnada por el Parlamento de Navarra ofrece el siguiente tenor:

«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.»

El Parlamento de Navarra sostiene que este precepto, al limitar la igualdad de trato con los españoles a los extranjeros «residentes», referido al acceso a las etapas educativas

posobligatorias, a la obtención de las titulaciones correspondientes y al sistema público de becas como al sistema público, es inconstitucional por vulnerar el derecho a la educación (art. 27 CE), en los términos en que ha sido interpretado por la STC 236/2007, de 7 de noviembre. Por el contrario, el Abogado del Estado afirma que este precepto fue aprobado, precisamente, para cumplir con ese pronunciamiento constitucional y es plenamente respetuoso con el derecho a la educación.

2. Con carácter previo, es preciso deslindar el ámbito de dos derechos fundamentales que en algún momento se han entremezclado en el debate procesal. El único derecho determinante en la resolución del presente recurso es el derecho fundamental a la educación, reconocido por el art. 27 CE. No son relevantes, por el contrario, los distintos derechos que contiene la libertad de circulación (art. 19 CE), tales como los relativos a entrar o salir del territorio nacional y a circular o residir dentro de él. La jurisprudencia constitucional ha establecido que solo los españoles tienen derecho a entrar en España (SSTC 72/2005, de 4 de abril, FFJJ 5 a 8, y 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 12), sin perjuicio de que los extranjeros que, por disposición de una ley o de un tratado, o por autorización concedida por una autoridad competente, tienen derecho a residir en España, gocen de la protección que brinda el art. 19 CE, «aun cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles, sino en los que determinen las leyes y tratados a los que se remite el art. 13.1 CE» (SSTC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3, y 24/2000, de 31 de enero, FJ 4).

Estos derechos de residencia y circulación que poseen los extranjeros en virtud de la Constitución Española los protegen de las medidas que son propias de las políticas públicas de inmigración y de control y vigilancia de las fronteras, tales como el otorgamiento o la denegación de visados y de permisos de entrada o residencia, la adopción de medidas de expulsión o devolución u otras similares. Estas medidas, sin embargo, no guardan relación directa con las decisiones sobre admisión de alumnos a los centros escolares, el reconocimiento de los estudios realizados u otras medidas relativas a la educación de las personas, que son las que contempla el artículo 9 LOEx. Como ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el derecho a la educación de un extranjero es en principio independiente del derecho que pueda tener a permanecer en el territorio del país en que se encuentra (Auto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de marzo de 2004, asunto *Vikulov c. Letonia*, § 11).

Así ha sido puesto también de manifiesto por la STC 236/2007, de 7 de noviembre, en que se distinguió entre las medidas relativas a la autorización de residencia o la expulsión de extranjeros, por un lado, y las que atañen al acceso a los distintos niveles y grados de la enseñanza, afirmando que estas últimas son las únicas relevantes desde la óptica del derecho a la educación (art. 27 CE). Esta distinción llevó al Tribunal Constitucional a declarar que la extensión a los extranjeros en situación de residencia irregular del derecho a la educación no entrañaba una discriminación en perjuicio de los extranjeros con residencia regular, «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» (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 8).

Esta distinción entre el derecho a la circulación y el derecho a la educación permiten rechazar las alegaciones del Abogado del Estado apoyadas en la Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, y en el artículo 33 LOEx, cuya redacción por la Ley Orgánica 2/2009 traspuso las previsiones de esta Directiva en el Derecho español. Como se desprende del texto, de los objetivos y de la sistemática de la Directiva 2004/114/CE, esta norma se limita a regular los requisitos y los procedimientos de admisión de los nacionales de terceros países «en el territorio de los Estados miembros» (art. 1), no en sus centros de enseñanza. Congruentemente, por tanto, la normativa de la Unión Europea versa exclusivamente sobre los aspectos relacionados con la circulación de los extranjeros de terceros países que quieren venir a Europa a estudiar, como son los atinentes a sus documentos de viaje, los seguros médicos de que deben disponer, la exigencia de que no

sean considerados una amenaza para la seguridad o la salud pública, o el requisito de contar durante su estancia con recursos suficientes para cubrir sus gastos de subsistencia, estudios y regreso (arts. 6 y 7). La Directiva distingue entre el acceso al territorio, que es su objeto de regulación, y el acceso a los centros de enseñanza, ajeno a sus normas, cuando establece que la autorización de entrada puede quedar condicionada a la previa matriculación en un centro de enseñanza con objeto de cursar un programa de estudios [art. 7.1 a)]. En el momento actual de su evolución el Derecho de la Unión Europea solo regula la entrada de estudiantes en el territorio de los Estados miembros para cursar estudios en la educación superior. Los estudios de educación secundaria, por su parte, solo son regidos por la normativa europea cuando se llevan a cabo en el marco de programas de intercambio de alumnos [arts. 2, letras b) y c), 7 y 9 de la Directiva 2004/114, de 7 de noviembre], lo que resulta de todo punto irrelevante para el presente proceso.

Consecuentemente, el artículo 33 LOEx, que no es objeto directo ni indirecto del presente recurso de inconstitucionalidad, bajo la rúbrica «Régimen de admisión a efectos de estudios», no regula el acceso a los centros educativos de aquellas personas de nacionalidad extranjera que se desplazan desde un Estado tercero al territorio español, dentro de la Unión Europea, para cursar o ampliar estudios. El art. 33 LOEx regula una cuestión diferente, como es la autorización de estancia necesaria para poder entrar en territorio español, aunque sea con la finalidad de cursar estudios, entre otros supuestos. El art. 33 LOEx rige, por tanto, la admisión al territorio español de ciudadanos extranjeros, en términos independientes de la admisión en un centro o nivel de estudios. Este último es el ámbito al que se ciñe el art. 9 LOEx, que es el precepto enjuiciado en este proceso constitucional. Este precepto, consiguientemente, debe ser enjuiciado, sin referencias al art. 33 LOEx ni a la Directiva 2004/114/CE, exclusivamente a la luz del derecho fundamental a la educación (art. 27 CE), sin conexión alguna con los derechos de circulación del art. 19 CE.

3. El presente recurso de inconstitucionalidad se funda, en esencia, en la afirmación de que la redacción del art. 9.2 LOEx llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, limita a los extranjeros que sean «residentes» el derecho de acceso a la enseñanza posobligatoria, a la obtención de las titulaciones correspondientes y al sistema público de becas en las mismas condiciones que los españoles y que, en consecuencia, vulnera el art. 27 CE, conforme a la jurisprudencia establecida por la STC 236/2007, de 7 de noviembre, que declaró inconstitucional y nula la inclusión del término «residentes» en el art. 9.3 LOEx, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

Una adecuada comprensión del problema constitucional que suscita este recurso hace preciso, en primer lugar, que se tengan presentes las sucesivas redacciones del artículo impugnado. Desde su redacción inicial en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, el art. 9 LOEx ha distinguido a efectos de la regulación del derecho a la educación entre aquellos extranjeros en España que son menores y aquellos que son mayores de edad. La redacción original diferenciaba entre el acceso a la enseñanza básica –obligatoria– y la educación no obligatoria –educación infantil y enseñanzas superiores a la básica–, en el primer caso para reconocer que «todos los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho a la educación en las mismas condiciones que los españoles (...)» y en el segundo para reconocer que «los extranjeros tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles» (apartados 1 y 2 del art. 9 LOEx, versión 4/2000). La Ley Orgánica 8/2000, por su parte, disoció la educación infantil del resto de la educación no obligatoria (apartados 2 y 3 del art. 9 LOEx, versión 8/2000), añadiendo una nueva modalidad de educación, dirigida a promover la mejor integración social de aquellos extranjeros que la necesitasen (art. 9.4); y limitó a los extranjeros «residentes» el derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles (art. 9.3). La STC 236/2007 anuló la expresión «residentes» de dicho precepto por considerar que vulneraba el art. 27.1 CE.

Finalmente, la redacción vigente, introducida por la Ley Orgánica 2/2009, objeto de este proceso, eliminó la referencia a la educación infantil, que quedó subsumida en la regla general sobre el derecho a la educación de los menores de 16 años de edad y dispuso que el derecho a la educación se extendía a todos los extranjeros menores de 18 años (art. 9.1

LOEx 2009, no impugnado en este recurso). Respecto a los extranjeros en España mayores de edad, se remitió a lo establecido en la legislación educativa, con carácter general, estableciendo una regla mínima («en todo caso»), conforme a la cual, los extranjeros en España mayores de 18 años tienen derecho a acceder en la mismas condiciones que los españoles a las demás etapas educativas posobligatorias, la obtención de sus titulaciones y el sistema público de ayudas siempre que tengan la condición de «residentes» (art. 9.3 LOEx 2009). Por último, la Ley 2/2009 amplió a todos los extranjeros en España, residentes o no, la posibilidad de recibir «enseñanzas para su mejor integración social» (art. 9.3, que no ha sido impugnado).

Por tanto, como se aprecia al comparar las redacciones del art. 9 en las Leyes Orgánicas 8/2000 y 2/2009, esta última amplía el derecho a la educación de todos los extranjeros en España, se encuentren o no en situación de residencia autorizada. La Ley Orgánica 8/2000 circunscribía la equiparación de ese derecho entre españoles y extranjeros a la enseñanza básica, que normalmente termina a los 16 años de edad (a tenor de la legislación educativa vigente) pero que podía prolongarse hasta los 18 años, en caso de repetición de curso (art. 4 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo). La Ley Orgánica 2/2009, por el contrario, permite a todos los extranjeros, con independencia de su situación de regularidad migratoria, que accedan a la enseñanza básica, como antes; y añade la posibilidad de que accedan luego a la enseñanza posobligatoria. Los estudios de un nivel superior a la enseñanza básica deben ser culminados en un plazo máximo de dos años, antes de alcanzar la mayoría de edad. A partir de ese momento, el art. 9.2, primer inciso, LOEx, hace una remisión general a las leyes que regulan la educación para concretar los derechos de los extranjeros mayores de dieciocho años sin hacer ninguna distinción respecto de la situación de regularidad migratoria. Y en el segundo inciso del art. 9.2 LOEx se establece el mandato de que esa regulación debe respetar la igualdad de trato entre los extranjeros residentes mayores de dieciocho años y los españoles a los efectos del derecho a acceder a las etapas educativas posobligatorias, a la obtención de las titulaciones correspondientes, y al sistema público de becas.

Por su parte, y aunque no sea objeto de impugnación este recurso, la vigente Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación, dispone que lo «establecido en esta Ley en relación con la escolarización, obtención de títulos y acceso al sistema general de becas y ayudas al estudio será aplicable al alumnado extranjero en los términos establecidos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, y en la normativa que las desarrolla» (disposición adicional decimonovena).

4. La reiterada referencia que han hecho las partes a la jurisprudencia establecida por la STC 236/2007, de 7 de noviembre, impone que, para determinar su real alcance y aplicabilidad al actual recurso, se haga una referencia al contexto en que fue pronunciada y a su contenido.

La STC 236/2007, como ya ha sido expuesto, tuvo por objeto la resolución del recurso de inconstitucionalidad núm. 707-2001, interpuesto por el Parlamento de Navarra, contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 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, entre ellos el referido al derecho a la educación de los extranjeros. Más en concreto, como se expone en el antecedente primero, letra c), de la citada STC 236/2007, la cuestión suscitada era si la redacción entonces dada al art. 9.3 LOEx 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 dieciocho años que no tengan residencia legal en España».

La STC 236/2007 concluye que «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» (FJ 8).

Por tanto, se pone de manifiesto que, al ser la cuestión suscitada en el recurso que fue objeto de resolución en la citada STC 236/2007 el derecho a la educación de los extranjeros menores de dieciocho años no residentes, la jurisprudencia establecida en aquella resolución no puede ser de aplicación directa en este caso, en que el objeto de impugnación es el derecho a la educación de los extranjeros mayores de dieciocho años no residentes.

5. Este Tribunal ha desarrollado en las SSTC 86/1985, de 10 de julio; 212/2005, de 21 de julio, y la ya citada STC 236/2007, de 7 de noviembre, una jurisprudencia sobre el art. 27 CE, que se concreta en que no cabe limitar la dimensión prestacional del derecho consagrado en el art. 27.1 CE a la educación básica, sino que los poderes públicos deberán hacerla efectiva, garantizando «el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza» (art. 27.5 CE), de modo tal 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.

Esta jurisprudencia debe complementarse con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la educación (art. 2 del Protocolo adicional al CEDH), en la que se reconoce (i) que la educación es una actividad prestacional cuya organización es compleja y conlleva cuantiosos gastos, mientras que los recursos de que disponen los poderes públicos son finitos, por lo que los Estados disponen de un amplio margen de apreciación al organizarla y regularla; y (ii) que el derecho a la educación, al abarcar distintos grados y etapas de la enseñanza, ofrece una protección particularmente intensa en todo lo que concierne a la educación básica, pero su intensidad va disminuyendo gradualmente según va aumentando el nivel educativo, hasta alcanzar los estudios universitarios, en cuyo ámbito los poderes públicos disponen del mayor margen de actuación (STEDH de 21 de junio de 2011, asunto *Ponomaryovi c. Bulgaria*, §§ 55 y 56). De ese modo se ha establecido que si bien las garantías del derecho a la educación son de aplicación a las instituciones de educación superior, en esta etapa educativa este derecho no resulta absoluto y puede estar sujeto a limitaciones, siempre que sean legítimas por no privar de su propia esencia o efectividad al derecho a la educación; que sean previsibles para los afectados; que persigan un objetivo legítimo; y que exista una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido (STEDH de 2 de abril de 2013, asunto *Tarantino y otros c. Italia*, §§ 44 y 45) y que estas limitaciones en principio pueden estar fundadas en la situación irregular de los emigrantes, siempre que se tenga en cuenta la especial protección del derecho a la educación, su papel esencial en una sociedad democrática, y su carácter instrumental para la protección de los derechos humanos y para la integración de las minorías, cosa que obliga a ponderar cuidadosamente, entre otras, las circunstancias a que puede obedecer la falta de permiso de residencia (STEDH *Ponomaryovi c. Bulgaria*, § 60).

6. En el presente caso no es necesario aplicar el canon de enjuiciamiento que acabamos de recordar por la siguiente razón. El recurso de inconstitucionalidad parte de la premisa de que la redacción del art. 9.2 LOEx introducida por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, limita a los extranjeros que sean «residentes» el derecho de acceso a la enseñanza posobligatoria, a la obtención de las titulaciones correspondientes y al sistema público de becas en las mismas condiciones que los españoles y que, por esa razón, vulnera el art. 27 CE. Sin embargo, esa no es la más adecuada intelección del precepto legal impugnado. En efecto, del tenor literal no se desprende una exclusión directa del derecho de acceso a la educación posobligatoria de los extranjeros mayores de

edad «no residentes». De hecho, los propios recurrentes afirman, tal y como se refleja en los antecedentes, que «el precepto impugnado no prohíbe expresamente ese derecho, pero tampoco lo garantiza». Así pues, el objeto de enjuiciamiento no es una norma legal que prohíbe, sino una norma legal que, a juicio de la entidad recurrente, no garantizaría suficientemente el ejercicio del derecho a la educación por una parte de los extranjeros mayores de edad.

En realidad, el primer inciso del art. 9.2 contiene, por un lado, un reconocimiento general de la titularidad del derecho a la educación de todos los extranjeros mayores de dieciocho años, sin referirse a la situación administrativa de los inmigrantes, y, por otro, una mera remisión a la legislación educativa. Recordemos que el precepto dice estrictamente lo siguiente: «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». Y en el segundo inciso se añade que «en todo caso» (esto es, con independencia de lo regulado en las leyes educativas), «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». El legislador orgánico consagra de forma nítida una equiparación plena entre españoles y extranjeros «residentes» en punto al derecho a la educación, pero no la excluye en forma alguna con respecto al resto de extranjeros. No hay propiamente una exclusión del derecho de acceso a la educación postobligatoria de los extranjeros «no residentes», pues ello vaciaría de contenido la remisión al legislador que se lleva a cabo en el primer inciso. El precepto se limita a prever que las leyes educativas podrían establecer condiciones diferentes entre los extranjeros «no residentes» mayores de edad y los españoles y los extranjeros residentes en el acceso a la educación posobligatoria.

La expresión «en todo caso» que se utiliza en la disposición impugnada resulta muy significativa, pues si el legislador buscara conscientemente la exclusión o la negación del derecho a la educación de los «no residentes» habría tenido que utilizar otras expresiones («solo», «únicamente», etc.).

Esta interpretación es coherente con la dicción de otros apartados del mismo precepto. El entendimiento de que se excluye de tal derecho a quienes «no sean residentes» no solo sería contraria al art. 27 CE por negar de manera incondicionada el ejercicio de un derecho fundamental, sino que, además, se contradiría con otros preceptos de la misma Ley Orgánica pues, como es sabido, los extranjeros pueden estar legalmente en España en situación de «residencia» o en situación de «estancia» (art. 29 LOEx), y los extranjeros que están en España por razón de estudios habitualmente lo que tienen es un permiso de «estancia» (art. 33 LOEx), y no son «residentes» en el sentido que indica el artículo impugnado, que se está refiriendo a la figura de la residencia del art. 30 *bis* LOEx.

Por tanto, si se toma en consideración que el único contenido normativo posible del precepto impugnado es el señalado, no puede concluirse, como se alega en el recurso, que no quede suficientemente garantizado el derecho a la educación de los extranjeros mayores de edad no residentes en la enseñanza posobligatoria. Para cualquier extranjero mayor de edad «no residente», la titularidad de ese derecho queda garantizada, con carácter general, en el primer inciso del art. 9.2 LOEx, pues corresponde a la legislación educativa en su conjunto establecer la normativa específica que regule el ejercicio del derecho a la educación posobligatoria de los extranjeros mayores de edad que no ostenten la condición de «residentes», sin que por esta razón deba este Tribunal emitir ahora pronunciamiento alguno sobre este particular, en la medida en que dicha problemática constitucional no ha sido cuestionada en el presente recurso. El inciso segundo, por su parte, se limita a no excluir la posibilidad de que se pudieran establecer en la legislación educativa condiciones diferenciadas para los extranjeros mayores de edad no residentes respecto del ejercicio de este derecho en las enseñanzas posobligatorias. Este último inciso del apartado segundo se limita a reiterar determinados aspectos relevantes del ejercicio del indicado derecho a la educación, que se reconoce por el legislador de extranjería en régimen de equiparación entre españoles y extranjeros mayores de edad

«residentes», pero sin que, como se ha anticipado, deje de garantizarse por ello el derecho a la educación de los extranjeros mayores de edad no residentes, eso sí, en la forma y con las condiciones que pueda establecer la legislación educativa en su conjunto, lo que no es objeto de nuestro enjuiciamiento en este momento. En ese sentido, tomando en cuenta (i) que es a través de un desarrollo normativo expreso como pueden establecerse limitaciones en el derecho a la educación de los extranjeros mayores de edad «no residentes» y (ii) que es en la legislación educativa en la que, en su caso, se deben establecer esas condiciones diferenciadas, este Tribunal no puede hacer ahora un análisis preventivo ni en abstracto sobre esa eventual regulación. De ese modo, en el caso en que se desarrollen normativamente esas condiciones diferenciadas de trato, es cuando podrán ser traídas al conocimiento de este Tribunal para determinar si son conformes o no con el orden constitucional.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar el recurso de inconstitucionalidad núm. 2085-2010, interpuesto por el Parlamento de Navarra contra 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.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a nueve de julio de dos mil quince.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Adela Asua Batarrita.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Antonio Narváez Rodríguez.—Firmado y rubricado.

Voto particular concurrente que formula el Magistrado don Andrés Ollero Tassara en relación con la Sentencia del Pleno de 9 de julio de 2015 dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2085-2010

Con el máximo respeto a la posición de los restantes Magistrados, y en ejercicio de la facultad conferida por el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, formulo Voto concurrente respecto de la Sentencia citada en el encabezamiento.

1. A lo largo de una laboriosa deliberación como la que esta Sentencia ha merecido pueden surgir discrepancias respecto al fallo, otras relativas a sus fundamentos jurídicos o, incluso, unas terceras sobre la apoyatura doctrinal que a estos sirven de base. Cuando la procedencia de algunos Magistrados —como es mi caso— sea el mundo académico, es lógica toda precaución para evitar convertir en un simposio lo que ha de reflejar en realidad un debate jurisdiccional.

2. Consciente de ello, me parece sin embargo obligado hacer constar discrepancias del tercer tipo de las enunciadas, convencido de que —dada su notable relevancia sobre la fundamentación del fallo— podría prestarse a interpretaciones de la Sentencia que en ningún momento he compartido.

A mi modo de ver, una de las argumentaciones en juego adolecía de una notable sobrecarga normativista, muy en línea con lo que ha sido caracterizado por la doctrina como aplicación *o todo o nada*; esto lleva a entender como defecto de desarrollo normativo lo que no es sino legítimo posicionamiento del legislador en el margen de apreciación propio de sus competencias.

Ese mismo enfoque tiende fácilmente a ignorar el papel de los principios en la interpretación constitucional, particularmente notable cuando el fallo es consecuencia de la obligada ponderación entre los que han entrado en juego; lo que desde la perspectiva normativista daría lugar a una antinomia bloqueadora, se convierte en realidad en un obligado ajustamiento vinculado al caso. No en vano la doctrina ha resaltado la dimensión *optimizadora* de los principios, característica de la dinámica prestacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Desde una óptica normativista, esto llevaría a malentender como *límites* restrictivos de un derecho, cercenador de parte de su contenido, lo que no es sino *delimitación* de sus perfiles dentro de la línea optimizadora de la que el legislador es responsable.

3. Todo esto podría valorarse como un excursus académico, que no encontraría en un Voto su adecuado escenario; deja, a mi parecer, de serlo cuando la propia deliberación ha puesto de relieve que en ciertas argumentaciones parecía partirse de un derecho identificado con una norma cuyo contenido le reconocía una plena titularidad universal, en vez de entender su dimensión prestacional como fruto del consiguiente esfuerzo optimizador. Desde esa perspectiva, el alcance no universal de cualquier actitud del legislador pasaría a considerarse (quien calla otorga...) como el reconocimiento tácito de dicha universalidad, ajena –siquiera coyunturalmente– a su voluntad.

La *legislación negativa*, característica del control concentrado de constitucionalidad, se convertiría así aportación tácita del contenido *positivo* de un derecho, cuando el legislador no haya expresado lo contrario; con la muy probable consecuencia, en caso contrario, de un drástico dictamen de inconstitucionalidad más allá de todo consenso.

Mi despego ante esa posible interpretación, me lleva a firmar este Voto particular concurrente

Madrid, a nueve de julio de dos mil quince.–Andrés Ollero Tassara.–Firmado y rubricado.

Voto particular concurrente que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2085-2010, al que se adhiere la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré

1. El consenso es un acuerdo de voluntades sobre un mínimo esencial en que las partes en debate sacrifican aspectos menos relevantes de sus posiciones de partida en aras de un progreso común. Es un instrumento adecuado en una democracia deliberativa para propiciar el encuentro sobre elementos fundadores de la convivencia y su presencia en las deliberaciones de un tribunal colegiado se corresponde con el designio constitucional de que sus decisiones se ajusten a derecho por procedimientos de formación de mayorías respetuosos con el principio democrático. Aun siendo muy laborioso en ocasiones, como lo ha sido en esta, el consenso lleva consigo el beneficio de una mayor legitimación y *auctoritas* de la decisión, nacida de la voluntad de equilibrio que la propia idea de consenso entre una mayoría y una minoría lleva consigo. Pero esto no obsta a que, en una perspectiva subjetiva, una de las partes pueda sentirse inclinada a aceptar una posición de consenso porque se le representa como un mal menor frente a la alternativa del no-consenso. Esta última es la razón que me ha llevado a votar favorablemente una ponencia en que se refleja una opinión basada en unos principios que, en buena parte, no son los que sustentó y los que he defendido en la deliberación.

Logrado el consenso, no tendría sentido explicar cuáles son los principios, los fundamentos y la conclusión que entiendo más correctos para resolver la cuestión del derecho de acceso de los extranjeros mayores de dieciocho años no residentes a la educación posobligatoria desde una perspectiva conjunta de los artículos 27 y 14 CE, leídos a la luz del derecho regional e internacional de los derechos humanos, como impone el art. 10.2 CE. Pero sí creo necesario exponer las razones pragmáticas por las que finalmente he decidido votar favorablemente una sentencia que, aun teniendo un fallo

formalmente desestimatorio, considero que salvaguarda en sus aspectos esenciales el derecho a la educación posobligatoria de los extranjeros mayores de edad no residentes.

2. La opinión en que se fundamenta la sentencia parte de una doble premisa. (i) El art. 9.2, inciso segundo, LOEx no prohíbe el acceso a la educación posobligatoria de los extranjeros mayores de edad no residentes, ya que, sin lesión constitucional alguna, se limita a no imponer que tengan un tratamiento equiparado al de los nacionales y extranjeros residentes. Por tanto, *sensu contrario*, su interpretación es que permite que se establezcan condiciones diferenciadas de acceso a la educación posobligatoria para este grupo de extranjeros. (ii) La redacción del art. 9.2, inciso primero, LOEx remite la regulación del ejercicio del derecho a la educación de cualquier extranjero mayor de edad, con independencia de su situación de regularidad migratoria, a la legislación educativa. No cabe en la Sentencia hacer ningún pronunciamiento en relación con la posible constitucionalidad o inconstitucionalidad de un eventual trato diferenciado.

3. Lo que me ha inclinado a dar mi Voto favorable a la Sentencia son las razones que expongo a continuación:

La Sentencia creo que (i) claramente rechaza la hipótesis de que la vigente legislación educativa haya desarrollado ya una regulación diferenciada respecto del derecho a la educación de los extranjeros residentes mayores de edad, fundada, bien en la reviviscencia de la legislación derogada por la LOEx, bien en una supuesta aptitud de normas o instrucciones de rango inferior a la ley para establecer tal regulación; y (ii) se reconoce implícitamente que en la actualidad no existe previsión legal alguna con rango normativo suficiente en la legislación sectorial educativa que establezca unas condiciones diferenciadas de trato para los extranjeros mayores de edad no residentes en el ejercicio del derecho a acceder a la educación posobligatoria, a la obtención de las titulaciones correspondientes y al sistema público de becas.

En efecto, la sentencia no solo no hace referencia alguna a normativa concreta, sino que su fundamentación contiene algunas afirmaciones que considero que permiten concluir que, a día de hoy, como así es, no existe en la legislación educativa ninguna regulación no derogada que establezca unas condiciones diferenciadas del ejercicio de este derecho para los no residentes. En efecto, en la última frase de la sentencia se afirma que «De ese modo, en el caso en que se desarrollen normativamente esas condiciones diferenciadas de trato, es cuando podrán ser traídas al conocimiento de este Tribunal para determinar si son conformes o no con el orden constitucional». La referencia a «en el caso en que se desarrollen» pone de manifiesto que (i) normativamente no están desarrolladas y, eso, (ii) puesto en relación con el reconocimiento de que solo la ley puede establecer limitaciones a ese derecho, permite concluir que (iii) actualmente hay un defecto de desarrollo normativo y, por tanto, que legalmente no existen esas limitaciones.

Consecuentemente, (i) si solo la normativa educativa —y de manera expresa— puede establecer condiciones diferenciadas de acceso a la educación posobligatoria para los extranjeros mayores de edad no residentes; y (ii) en ningún caso cabe la alternativa de excluirlos del ejercicio de ese derecho; la única conclusión constitucionalmente viable es (iii) entender que, por aplicación directa de los arts. 27 y 14 CE, en ausencia de una norma con rango legal suficiente, el trato que debe dispensarse a los extranjeros no residentes debe ser el mismo que a los españoles y extranjeros residentes. Por tanto, las administraciones públicas con competencia en materia educativa no pueden prohibir en ausencia de esa regulación que el acceso de los extranjeros mayores de edad «no residentes» a las enseñanzas obligatorias, sus titulaciones y becas lo sea en las mismas condiciones que los españoles y los extranjeros residentes. Tampoco a través de la exigencia de exhibición o entrega de documentos que, como la tarjeta de identidad de extranjero o las autorizaciones de residencia o estancia, son inherentes a la condición de residentes e imposibilitarían, por esa vía, el ejercicio de este derecho para los no residentes

No puede existir duda sobre esta interpretación desde el momento en que en la Sentencia se proclama de una manera explícita —clara y tajante— que es contrario al art.

27 CE el negar el acceso a la educación posobligatoria de los extranjeros mayores de edad por el hecho de que no tengan la residencia legal, como se hace en la siguiente proposición: «el entendimiento de que se excluye de tal derecho a quienes «no sean residentes» no solo sería contraria al art. 27 CE por negar de manera incondicionada el ejercicio de un derecho fundamental sino que, además, se contradiría con otros preceptos de la misma Ley Orgánica» (FJ 6, cuarto párrafo).

No hace falta decir que esta proclamación era, por mi parte, el mínimo irrenunciable para alcanzar un consenso.

Madrid, a nueve de julio de dos mil quince. –Juan Antonio Xiol Ríos.–Adela Asua Batarrita.–Fernando Valdés Dal-Ré.–Firmado y rubricado.