|  |
| --- |
| **Comentario al artículo 9 (Derecho a la educación)**  **de la Ley de Extranjería**  Fernando ESTEBAN DE LA ROSA\*  Publicado en:  Comentario a la Ley de Extranjería y su Reglamento  (director Faustino Cavas Martínez),  Pamplona, Thomson Reuters-Civitas, pp. 184-199  ISBN 978-84-470-3821-3 |

**\***Profesor Titular de Derecho internacional privado.

Facultad de Derecho.

Universidad de Granada.

Email: [festeban@ugr.es](mailto:festeban@ugr.es)

**Comentario al artículo 9 (Derecho a la educación) de la Ley de Extranjería**

Por Fernando Esteban de la Rosa,

Profesor Titular de Derecho Internacional privado de la Universidad de Granada

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.**

1. **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.**
2. **Los poderes públicos promoverán que los extranjeros puedan recibir enseñanzas para su mejor integración social.**
3. **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.**

1. El reconocimiento a los extranjeros del derecho a la educación queda preconfigurado, en cierta forma, por el sentido y papel que asume este derecho-libertad-deber en el modelo constitucional de las modernas democracias liberales. La educación queda estrechamente vinculada con la idea de la realización personal, con el respeto y garantía de la dignidad de la persona y con el libre desarrollo de la personalidad, que constituyen, en nuestro sistema jurídico, fundamentos del orden político (art. 10.1 CE). Además, la formación incorpora un importante componente socializador, favorece la reproducción y el mantenimiento de esquemas sociales, y promueve comportamientos y actitudes positivas y de respeto hacia la sociedad. En la práctica, la educación es un mecanismo clave para fomentar la integración social del extranjero.

Estas consideraciones condicionan la definición del disfrute, por extranjeros, del derecho a la educación: por una parte, la estrecha relación entre el disfrute del derecho a la educación y el respeto de la dignidad humana ha de generar una definición de los beneficiarios del derecho tendencialmente inclinada hacia la inclusión de toda persona, sin distinción de origen o nacionalidad; por otra, en el ámbito de las políticas de extranjería, el derecho a la educación juega un importante papel como elemento socializador, a fin de procurar la integración efectiva de los extranjeros en el país[[1]](#footnote-1). Por otra parte, el respeto de la identidad cultural aparece como factor que puede producir modulaciones sobre el ejercicio del derecho a la educación por extranjeros, sobre todo en las modernas democracias caracterizadas por la idea de respeto y pluralismo cultural. La educación de los extranjeros debe responder de forma armónica, sin embargo, a una doble necesidad, la del respeto a la identidad cultural del extranjero, por un lado, y al logro de su adecuada integración social, por otro. Estas dos líneas orientadoras del derecho a la educación, que están presentes en el art. 29.1 c) de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, fueron incorporadas por el legislador español a la versión ahora derogada del artículo 9.4 LOEx, al establecer que “*los poderes públicos promoverán que los extranjeros residentes que lo necesiten puedan recibir una enseñanza para su mejor integración social, con reconocimiento y respeto a su identidad cultural*”.

Ese factor de reconocimiento y respeto a la identidad cultural, no obstante, ha dejado de estar presente, al menos de forma explícita, en la LOEx tras su reforma llevada a cabo por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, pues en el texto actual se habla exclusivamente de la promoción de la integración social de los extranjeros. En defecto de otras explicaciones sobre el cambio legislativo, cabe conjeturar que la desaparición de esa mención tenga que ver con el hecho de que en la época de la crisis económica, en la que el Neomodernismo postula hacia la relevancia exclusiva de las razones y el lenguaje económicos, los factores culturales pueden haber pasado a un segundo plano. No obstante, la exclusión de este objetivo del marco de la LOEx hace planear la duda en torno a la compatibilidad de la nueva redacción con los fines educativos a que hace alusión el artículo 27 CE (“*la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales*”), y con el modo en que dichos contenidos han de ser interpretados a la luz del art. 26 DUDH (“*la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a la libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz*”), y el sentido en que se pronuncia el art.13.1 PIDESC hecho en Nueva York de 19 de diciembre de 1966 , el art. 5.1 a) de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza y el art. 29 de la convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989.

2. La primera regulación española del derecho a la educación de los extranjeros quedaba bastante lejos de esa doble finalidad, al erigir al principio de reciprocidad en la piedra angular de la extensión a extranjeros de ese derecho[[2]](#footnote-2). No es necesario insistir en que la utilización del principio de reciprocidad en el Derecho de extranjería resulta del todo disfuncional e ineficaz, y no se compadece con el objetivo instrumental de integración social de los extranjeros que preside la política de inmigración. Por esta razón dicha regulación mereció una crítica muy severa[[3]](#footnote-3). De la regulación anterior del derecho a la educación lo único que ha conservado la LO 4/2000, de 11 de enero, es el número del precepto, quedando en el olvido de forma definitiva cualquier clase de alusión al principio de reciprocidad. Sin embargo, es preciso indicar que el precepto que comentamos ha tenido dos versiones distintas antes de llegar a la actualmente en vigor, establecida tras la modificación de la LOEx llevada a cabo por la LO 2/2009, de 11 de diciembre. Como indica la Exposición de Motivos de la LO 2/2009, destaca “*la nueva regulación que se hace de los derechos de educación, que se reconoce plenamente hasta los dieciocho años*”, con lo cual se adecúa la legislación española al criterio establecido por el Tribunal Constitucional en su sentencia 236/2007, 7 noviembre 2007, que ha declarado la inconstitucionalidad del apartado tercero del artículo 9 en su versión dada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre. Por otra parte, la regulación anteriormente en vigor presentaba ciertas deficiencias técnicas que tuvimos la oportunidad de denunciar en otro lugar[[4]](#footnote-4) y que, como veremos, han sido resueltas con la redacción en vigor.

La estructura del precepto actual resulta más simple en comparación con la versión dada por la LO 8/2000, de 11 de enero. Los dos primeros apartados se ocupan, respectivamente, del régimen del derecho a la educación de los extranjeros menores de dieciocho años, por un lado, y del derecho a la educación de los extranjeros mayores de esa edad, por otro, distinguiendo en este caso entre extranjeros residentes y no residentes. El tercer apartado, al que nos hemos referido poco más arriba, se refiere al deber de la administración de promover que los extranjeros reciban enseñanzas para su mejor integración, y el último, el más innovador, aparece con el propósito de fomentar la escolarización de los hijos de extranjeros en España mediante el establecimiento de alicientes/sanciones para la obtención de las autorizaciones de extranjería que tienen su reflejo en la LOEx y en el RLOEx. De la versión actual ha desaparecido el apartado relativo a la enseñanza infantil no obligatoria, donde se establecía que las Administraciones públicas debían garantizar la existencia de un número de plazas suficiente para asegurar la escolarización de la población que lo solicite, aspecto al que nos referiremos más abajo. También ha desaparecido el apartado quinto, según el cual los extranjeros residentes podrán acceder al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes. Asimismo podrán crear y dirigir centros de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes. El legislador parece haber considerado que carece de sentido tener en la LOEx una norma que se limita a establecer una remisión a la legislación ordinaria sobre la materia. Pero cabe dudar si de este modo no se está llevando la regulación a un ámbito legislativo que puede ser considerado, como poco, menos apropiado.

3. La regulación del derecho a la educación de los extranjeros en los niveles más básicos aparece condicionada por la proximidad de este derecho con aquellos que, por estar relacionados con la garantía de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, son inherentes a la persona. En este caso la equiparación entre españoles y extranjeros es una exigencia constitucional, derivada de los principios de libertad y de igualdad[[5]](#footnote-5). La atribución a todos los extranjeros del derecho a la educación también resulta de los compromisos internacionales asumidos por España[[6]](#footnote-6). Como vimos dicha igualdad de trato no aparecía proclamada de una manera explícita en la redacción del art. 9 LO 7/1985, ni tampoco quedaba dibujada, con exclusión de toda clase de ambigüedad, en la LO 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación (LODE). Ni siquiera la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil[[7]](#footnote-7), llegó a hacer una proclamación expresa del principio de igualdad de trato entre los menores españoles y extranjeros en el ámbito del derecho a la educación, limitándose a señalar, únicamente, que “*los menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación”* (art. 10.3)*.* Y ello a pesar de que en dicha LO cabía identificar elementos más que suficientes como para extraer dicho principio de equiparación respecto del disfrute del derecho que ahora analizamos[[8]](#footnote-8).

El régimen de equiparación hoy ha quedado fuera de duda, y así queda proclamado por el apartado primero del artículo 9 LOEx cuando indica que “*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*”, en el mismo modo que se establece para “*todas las personas”* en el artículo 4.1 de la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación[[9]](#footnote-9). La nueva redacción del apartado primero del artículo 9 también resuelve una leve deficiencia técnica en que incurría la versión anterior, donde el derecho y *deber* a la educación era atribuido a todos los extranjeros menores de dieciocho años, sin atender por tanto al hecho de que la educación obligatoria finaliza a los dieciséis años[[10]](#footnote-10).

El régimen de equiparación entre españoles y extranjeros se extiende sobre muy diversos aspectos. El más básico es el derecho de poder cursar las enseñanzas que en cada momento el legislador establezca como básicas, en un centro escolar de la red educativa, ya sea público o privado concertado. Pero la igualdad también se extiende sobre el derecho de acceso al sistema público de becas y ayudas[[11]](#footnote-11). Existe también equiparación en lo que se refiere a la obtención de las titulaciones correspondientes.

4. El legislador español ha pretendido responder a las necesidades educativas especiales de los niños extranjeros a través de dos modos distintos. La LO de Calidad en la Educación, en la actualidad derogada, contenía un título octavo denominado “*De la atención a los alumnos con necesidades educativas específicas*”, dentro del cual la sección segunda se ocupaba “*De los alumnos extranjeros*”, en un artículo 42 que contenía normas especiales para la escolarización de los alumnos extranjeros. La particularización de las necesidades especiales de los niños extranjeros, por el hecho de serlo, sin embargo no resulta del todo conveniente, pues puede generar problemas de discriminación y de segregación. Por ello resulta más aceptable el régimen que ha establecido sobre esta cuestión la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, donde se habla, simplemente, de “Alumnado con necesidad específica de apoyo educativo”, indicándose en el apartado segundo del artículo 71 que “*corresponde a las Administraciones educativas asegurar los recursos necesarios para que los alumnos y alumnas que requieran una atención educativa diferente a la ordinaria, por presentar necesidades educativas especiales, por dificultades específicas de aprendizaje, por sus altas capacidades intelectuales, por haberse incorporado tarde al sistema educativo, o por condiciones personales o de historia escolar, puedan alcanzar el máximo desarrollo posible de sus capacidades personales y, en todo caso, los objetivos establecidos con carácter general para todo el alumnado”*. Nos congratulamos de que haya dejado de existir una norma especial para los alumnos extranjeros, por el mero hecho de serlo. Si en los menores extranjeros cabe identificar necesidades educativas especiales, las mismas deberán ser tenidas en cuenta, pero no por esta condición. Este planteamiento de partida, que seguro es compatible con la adopción de medidas especiales para aquellos que las necesiten, creemos que promueve mejor la integración y produce una mejor percepción de la idea de equiparación entre españoles y extranjeros en el disfrute del derecho a la educación.

El régimen de equiparación se extiende también a la cuestión relativa a la elección del centro escolar y a los requisitos necesarios, y preferencia, para optar a uno de ellos. A fin de evitar el la segregación escolar, también de los extranjeros, el artículo 84 de la LO 2/2006, de Educación, establece los criterios para la admisión en los centros públicos y privados concertados[[12]](#footnote-12). En caso de que no se proceda a la escolarización solicitada del extranjero, o la misma pretenda quedar sometida a un régimen diferente del dispuesto para los españoles, el derecho a la educación podrá ser ejercitado frente la Administración. En este segundo caso, podremos estar en presencia de un acto discriminatorio de los definidos en el art. 23 LOEx en cuanto que constituyen actos discriminatorios “*2. c) todos los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso (...) a la educación, a la formación profesional (...)*”. La tutela del derecho a la educación frente a actos discriminatorios podrá ser recabada, tal y como establece el art. 24 LOEx, por el procedimiento previsto en el art. 53.2 de la CE. En este caso, habrá que acudir a la vía habilitada por los artículos 114 a 122 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, donde se contienen las normas del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona. En su caso, se abre también la vía del recurso de amparo ante el TC.

5. Por razones sistemáticas la versión originaria de la LOEx englobó en un apartado único el derecho de los extranjeros a todo tipo de educación no obligatoria, incluyendo en ella la infantil y la posobligatoria, estableciendo para el disfrute de este derecho el régimen de equiparación entre españoles y extranjeros, sin tener en cuenta su situación. Según el precepto, “*los extranjeros 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 infantil y superiores a la enseñanza básica y a la obtención de las titulaciones que correspondan a cada caso, y al acceso al sistema público de becas y ayudas”*. Tras la modificación llevada a cabo por la LO 8/2000, la LOEx pasó a tener una disposición que se refería de forma separada a la educación infantil indicando que “*en el caso de la educación infantil, que tiene carácter voluntario, las Administraciones públicas garantizarán la existencia de un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicite*”. La nueva norma supuso dejar atrás el régimen de equiparación, la eventual gratuidad, y el acceso a las becas en esa clase de educación. En la nueva sistemática del artículo 9 tras la modificación operada en virtud de la LO 2/2009 ha desaparecido toda referencia a la educación infantil, pues el apartado segundo se refiere exclusivamente a la educación posobligatoria de los mayores de dieciocho años. De ahí que hoy quepa plantear la duda de si, respecto de este derecho, el régimen español es el de equiparación, por analogía con la regulación del derecho a la educación básica o si, por el contrario, debe entenderse que debemos estar a lo dispuesto por la legislación ordinaria en defecto de una previsión en la LOEx. Cabe adelantar en este sentido que la Disposición Adicional Decimonovena de la LO 2/2006, de Educación, parece no querer entrometerse en estas cuestiones, y por ello hace una remisión a lo dispuesto por la LOEx.

El ámbito de la educación infantil preescolar, de carácter voluntario, a pesar de su importancia creciente, ciertamente no ha sido contemplado por los convenios internacionales sobre derechos humanos que se han ocupado de proclamar el derecho a la educación. Por otra parte, parece poco probable la posibilidad de identificar en este ámbito educativo una necesidad relacionada con el respeto a la dignidad de la persona y con el libre desarrollo de su personalidad, de ahí que sea difícil identificar, en este caso, y por lo menos en este momento histórico, una dimensión prestacional de esta faceta del derecho fundamental a la educación. Dicho ello, no se puede dejar de insistir en la importancia de la incorporación de los niños extranjeros a esta clase de educación infantil, a fin de llevar a cabo los objetivos de integración que persigue la política de inmigración. A favor de esta interpretación hay que mencionar que algunos textos de carácter internacional para la protección del menor han subrayado precisamente la necesidad de garantizar la suficiencia de esta educación preescolar. Así se ha pronunciado, por ejemplo, la Recomendación (81)3, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 23 enero 1981, relativa a la acogida y la educación del niño desde su nacimiento hasta los ocho años.

En nuestra opinión, la exclusión de los extranjeros del régimen de gratuidad, y del sistema público de ayudas y becas para esta clase de educación, no puede generar resultados satisfactorios. No es preciso insistir en la estrecha vinculación entre el derecho al trabajo, en condiciones de igualdad con los españoles, que proclama el art. 32 LOEx para los residentes de larga duración, y el derecho a acceder al derecho de gratuidad, y al sistema público de becas y ayudas para la educación infantil que pueda existir para los españoles. Por ello convendría corregir este resultado de forma interpretativa, entendiendo que la LOEx, al dejar de referirse a la educación infantil, no ha tenido el propósito de excluir de la ayuda pública a la educación infantil voluntaria de los extranjeros[[13]](#footnote-13).

6. Las dudas en torno a si el régimen de equiparación con los españoles resulta constitucionalmente exigible respecto de la educación no obligatoria para los menores de dieciocho años han sido resueltas por la STC 236/2007, de 7 de noviembre, que al conocer del recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento de Navarra respecto del art. 9.3 de la LOEx, en su versión dada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, ha declarado que no resulta compatible con la Constitución exigir a los menores de dieciocho años una autorización de estancia o residencia para acceder a la enseñanza secundaria postobligatoria, por lo que dicho apartado fue declarado inconstitucional. Y este pronunciamiento no ha tardado en ser aplicado por una interesante reciente decisión. En efecto, en la STS de 10 marzo 2009[[14]](#footnote-14) dicho Tribunal tuvo que conocer del recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Cataluña de 4 de noviembre de 2004, que anuló el art. 4.6 del Decreto 188/2001, de 26 de junio, en cuanto entendió improcedente la no exigencia de la condición de residentes legales en los inmigrantes, para acceder a la educación no obligatoria y a los centros de formación de adultos, por estar en contradicción con el art. 9.3 de la LOEx, no siendo suficiente el mero empadronamiento en un municipio catalán. Adelantándose al cambio legislativo, pero teniendo ya en cuenta la STC 236/2007, el TS concluye que al igual que el derecho a recibir enseñanza básica u obligatoria no puede condicionarse a la acreditación de la condición de residente por el interesado, no cabe tampoco condicionar el derecho a recibir la enseñanza no obligatoria o secundaria a la acreditación de dicha condición. El TS concluyó que, mientras se encuentren en territorio español, los extranjeros no pueden ser privados del derecho a recibir enseñanza no obligatoria o secundaria, independientemente de que al carecer de autorización para residir pueden ser expulsados a través de los procedimientos legalmente establecidos.

La nueva regulación del derecho a la educación de los extranjeros, que ha sido dada a través de la LO 2/2009, ha tenido en cuenta el fallo del TC y, en este sentido, el nuevo apartado primero del artículo 9 dispone que los extranjeros menores de dieciocho años, cualquiera que sea su situación administrativa, también tienen derecho a la enseñanza posobligatoria, conservando dicho derecho en caso de alcanzar la edad de dieciocho años en el transcurso del curso escolar. Dicha solución tiene en cuenta la argumentación del TC, el cual expuso que “*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)”*. “*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 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 artículo 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 CV 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 artículo 1 CEDH, interpretada conjuntamente con el artículo 14 CEDH (…), 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 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 artículo 1, punto 7 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre”.*

7. El apartado segundo del artículo 9 LOEx se refiere a la educación posobligatoria. La misma incluye la enseñanza superior de carácter universitario y la formación profesional. Pero también hay que incluir cualquier otra clase de enseñanza no obligatoria, como el bachillerato posterior a la educación secundaria obligatoria o las de idiomas, música, artísticas y deportivas. En esta clase de enseñanza nos situamos en el ámbito de la mejora de la formación, por lo que parece razonable entender que, por lo menos en este momento histórico, el derecho a esta clase de educación desborde el ámbito de lo necesario para satisfacer las exigencias de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. Esta circunstancia hace desaparecer la *necesidad* de proporcionar un régimen de equiparación, entre españoles y extranjeros, en lo que se refiere a la dimensión prestacional del derecho a la educación. Por ello, en principio, y al margen de los convenios en vigor para España, sería perfectamente legítimo, desde la perspectiva constitucional española, establecer la gratuidad para esta clase de enseñanza únicamente para los españoles. Según el artículo 9.2 LOEx, “*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 en las mismas condiciones que los españoles*”. La LOEx distingue por tanto entre residentes y no residentes. Los primeros quedan sometidos a lo dispuesto por la legislación educativa. Los segundos quedan sometidos al régimen de equiparación. La solución que se ofrece no sólo supone una transacción o medio camino entre la versión originaria de la LOEx, que establecía el régimen de equiparación con los españoles para todos los extranjeros, sean o no residentes, y la versión resultado de la reforma operada por la LO 8/2000, que establecía el régimen de equiparación exclusivamente para los residentes, sino que de esta manera quedan resueltas ciertas disfunciones técnicas que ocurrían bajo el régimen anteriormente en vigor, cuando a esta clase de educación sólo tenían acceso los extranjeros residentes. En efecto, el concepto de extranjero residente incluía a los extranjeros que hubieran obtenido una situación de residencia permanente (art. 32 LOEx) o de residencia temporal (art. 31 LOEx), y a aquéllos cuya residencia en España hubiera sido autorizada (refugiados, apátridas, menores que hubieran finalizado su enseñanza básica sometidos a la tutela de alguna administración española (art. 35 LOEx). La norma anterior no tomaba en cuenta precisamente la situación de los extranjeros cuya venida a España tiene como fin único o principal el cursar o ampliar estudios o realizar trabajos de investigación o formación; y sin embargo, el derecho a la educación en los niveles no obligatorios quedaba reservado, en virtud del art. 9 LOEx, al extranjero residente. Tampoco contemplaba la norma anterior la posibilidad de que tuvieran lugar estudios a distancia, o semipresenciales, y de extranjeros que pudieran cursar estudios encontrándose en situación de estancia. En supuestos de este tipo, o en otros análogos, se justificaría el derecho de acceso a la educación de los extranjeros, máxime teniendo en cuenta que los convenios internacionales vigentes para España proclaman ese derecho. Y en cuanto a los extranjeros que no poseen una situación regularizada, e incluso al margen del alcance que para esta clase de supuestos puedan tener los convenios internacionales sobre derechos humanos (art. 13 PIDSC y art. 26 DUDH), tampoco llegamos a identificar una razón válida de política de extranjería que haya de conducir a privarles del acceso a la educación, por lo que no concebimos otra que no sea la intención de sancionar al extranjero irregular. Bien es cierto que, por la situación precaria de estos extranjeros, parece poco probable que vayan a matricularse en algún centro público o privado. Pero habría que deslindar ambos temas, a saber, el derecho a la educación y el derecho de permanencia en España. Y esto es lo que parece que, de hecho, y en la práctica, se está haciendo por algunos ayuntamientos[[15]](#footnote-15). Debemos congratularnos de que este defecto técnico que pusimos de relieve en su momento ha sido corregido en la nueva redacción del artículo 9.2 LOEx, donde precisamente, tal y como proponíamos, se establece el régimen de equiparación con los españoles a los extranjeros residentes en lo que concierne al acceso al sistema público de becas[[16]](#footnote-16).

El artículo 42 de la LO 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades[[17]](#footnote-17), dispone que ”*el estudio en la Universidad es un derecho de todos los españoles en los términos establecidos en el ordenamiento jurídico*”. Este precepto, sin embargo, por estar en contradicción con el art.27 CE, así como con los textos internacionales de derechos humanos, ha de ser interpretado en el sentido de que no limita la posibilidad de que los extranjeros accedan a los estudios universitarios. El problema que se puede presentar es el relativo a la posibilidad de establecer un cupo de plazas para el acceso de extranjeros a la universidad, ya sea para el acceso o para ingresar a través de una convalidación parcial de los estudios comenzados en el país de origen. Es importante hacer una precisión. Si el extranjero que solicita realizar estudios tiene en España la condición de residente, a nuestro modo de ver no debería quedar sometido a un régimen de cupo, pues debe tener iguales derechos que los españoles. Así se desprende del art. 9.2 LOEx cuando establece el criterio de la equiparación entre españoles y extranjeros. En cambio, si se trata de un extranjero no residente, cuya venida a España tiene como fin único o principal el cursar o ampliar estudios o realizar trabajos de investigación o formación, en el sentido del art. 33 LOEx, para tal caso no habrá de existir inconveniente, desde el punto de vista legal, para que cada universidad establezca el cupo de estudiantes que pueden proceder de determinados países extranjeros, lo cual podrá estar sometido a un régimen convencional. Esta posibilidad ha quedado clarificada por la remisión a lo establecido por la legislación educativa a que se refiere el artículo 9.2 LOEx

8. El último apartado del artículo 9 dispone que “*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 objetivo que persigue el legislador español con la introducción de esta norma es propiciar la inserción escolar de los menores extranjeros, estableciendo alicientes/sanciones en materia de extranjería para los padres que han escolarizado a sus niños. Tenemos aquí una innovación de la LO 2/2009, de 11 de diciembre, que en su artículo 2 ter, apartado 2, “integración de los inmigrantes” dispone que “*las Administraciones Públicas incorporarán el objetivo de la integración entre inmigrantes y sociedad receptora, con carácter transversal a todas las políticas y servicios públicos, promoviendo la participación económica, social, cultural y política de las personas inmigrantes, en los términos previstos en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía y en las demás leyes, en condiciones de igualdad de trato. Especialmente, procurarán, mediante acciones formativas, el conocimiento y respeto de los valores constitucionales y estatutarios de España, de los valores de la Unión Europea, así como de los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, y desarrollarán medidas específicas para favorecer la incorporación al sistema educativo, garantizando en todo caso la escolarización en la edad obligatoria, el aprendizaje del conjunto de lenguas oficiales, y el acceso al empleo como factores esenciales de integración”*.

El derecho-deber a la educación supone la existencia de una obligación para los padres de escolarizar a los hijos en edad escolar. En caso de incumplimiento de este deber por parte de los padres, estaremos en presencia de una infracción, que incluso podría llegar a constituir delito de abandono de familia, tipificado por el art. 226 del Código Penal[[18]](#footnote-18), puesto que dejan de prestarse los cuidados de educación inherentes al contenido de la patria potestad. Sin embargo, la novedad de la LO 2/2009 radica en que, en caso de que no se obtenga el certificado de escolarización, los extranjeros dejarán de cumplir alguno de los requisitos ahora exigidos para la renovación de la autorización de residencia temporal no lucrativa (véase el art. 51.2 d) RLOEx), para la renovación de la autorización de residencia por reagrupación familiar (art. 61.3 ROLEx), para la renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena (art. 71 RLOEx), para la renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia (art. 109 RLOEx), o para la obtención de residencia del hijo no nacido en España de extranjero residente (art. 186 RLOEx). La certificación de escolarización en cuestión parece bienintencionada, y si es bien aplicada podrá propiciar que se soslayen algunos obstáculos al efectivo ejercicio del derecho a la educación de los menores extranjeros. Queda por ver si estas buenas intenciones llegan a tener también buenos resultados.

**BIBLIOGRAFÍA**

ÁLVAREZ CASTILLO, J.L. y BATANAZ PALOMARES (eds.), *Educación intercultural e inmigración, de la teoría a la práctica,* Madrid, Biblioteca Nueva, 2007

CEINOS SUAREZ, A., “Los derechos y libertades de los trabajadores extranjeros en la Ley Orgánica 8/2000: comentario a las sentencias TC 236/2007, de 7 de noviembre y 259/2007, de 19 de diciembre”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 20, 2008, pp. 13-29.

CABRERA LÓPEZ, A.: “Las aulas temporales de adaptación lingüística en el marco de la educación intercultural”, II Jornadas del Consejo Escolar de Andalucía, Granada, junio de 2000.

CÁMARA VILLAR, G.: “El Derecho a la educación de los extranjeros en España (art. 9)”, en *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería,* AA.VV, MOYA ESCUDERO, M., (coord.), Granada, Comares, 2001, pp. 605-637.

CHUECA SANCHO, A.G.: “Ley de Extranjería y tratados internacionales: una violación permanente e internacionalmente comprobada”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería,* 7, noviembre 2004, pp. 123-138.

ESTEBAN DE LA ROSA, F., “Comentario al art. 9”, en *Comentarios a la Ley de Extranjería,* ESPLUGUES MOTA, C., (coord..), Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 209-238.

HERNÁNDEZ Y DOBÓN, F.J.: “La “extranjerización” del alumnado de familia inmigrante en el sistema educativo, según la Ley de Calidad”, *Migraciones,* Madrid, 2004 junio, pp. 261-279.

IÑIGUEZ HERNÁNDEZ, D.: “Artículo 9. Derecho a la educación”, en Santolaya Machetti, P. (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería,* Valladolid, Lex Nova, 2000, pp. 75-81.

MOLINA NAVARRETE, C.: “Art. 9”, en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social,* AA.VV, MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., (dir.), Granada, Comares, 2001, pp. 184-195.

REDONDO, A.M., *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria, (integración educativa intercultural y homeschooling),* Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La nueva legislación de extranjería e inmigración”, *Diario La Ley,* nº 7423, sección doctrina, 14 junio 2010.

1. Sobre este prisma constitucional relacionado con el derecho a la educación resulta ineludible la consulta del trabajo CÁMARA VILLAR, G., “El Derecho a la educación de los extranjeros en España (art.9)”, en MOYA ESCUDERO, M. (coord.), *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería,* Granada, Comares, 2001, pp. 605-607. [↑](#footnote-ref-1)
2. Véase el art. 9 LO 7/1985, de 1 de julio, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. Esta anómala regulación pareció encontrar punto final con el Reglamento de la Ley de Extranjería aprobado por el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, que proclamó en su art. 2.2 el régimen de equiparación entre españoles y extranjeros respecto del derecho a la educación*.* Sin embargo, la disposición no supuso más que un mero espejismo, y no sólo por su carácter meramente reglamentario, sino porque el propio Reglamento, en su art. 7 clarificaba que “*los extranjeros tendrán derecho a la educación y libertad de enseñanza (...) teniendo en cuenta las previsiones contenidas en los Tratados internacionales suscritos por España y, en su defecto, atendiendo al principio de reciprocidad”.* [↑](#footnote-ref-2)
3. Declarando la falta de adecuación a la CE, véase CÁMARA VILLAR, G., “El Derecho a la educación de los extranjeros en España (art.9)”, *cit.,* p. 619. Según el autor, “ni de la proclamación constitucional de este derecho y de su plasmación en los textos de los Tratados y convenios internacionales suscritos por España resulta la posibilidad de su limitación mediante el sometimiento a este principio, lo cual verdaderamente supondría no una limitación, sino, para los extranjeros afectados, una pura y simple supresión del derecho mismo y, en consecuencia, una discriminación y una transgresión del respeto a su contenido esencial constitucionalmente garantizado”. [↑](#footnote-ref-3)
4. Véase nuestro trabajo “Comentario al art. 9 LOEx” en *Comentarios a la Ley de Extranjería,* AA.VV., ESPLUGUES MOTA, C., (coord..), Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 231-232 [↑](#footnote-ref-4)
5. CÁMARA VILLAR, G., “El Derecho a la educación de los extranjeros en España (art.9)”, *cit.,* p. 610. [↑](#footnote-ref-5)
6. Así se desprende del art. 3 e) de la Convención relativa a la lucha de las discriminaciones en la esfera de la enseñanza según el cual los Estados Partes se comprometen a *“[c]onceder, a los súbditos extranjeros residentes en su territorio, el acceso a la enseñanza en las mismas condiciones que a sus propios nacionales*”. Igualmente, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, indica que “*Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales*” (art. 2). [↑](#footnote-ref-6)
7. BOE núm. 15 de 17 de enero de 1996. [↑](#footnote-ref-7)
8. La igualdad de trato entre españoles y extranjeros podía ser inferida a través de la extrapolación, al ámbito del derecho analizado, del criterio general de igualdad establecido en el art. 3, según el cual “*los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social”.* Además, el apartado segundo de dicho precepto dispone que “l*a presente Ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de Noviembre de 1989”.* [↑](#footnote-ref-8)
9. BOE núm. 106, 4 mayo 2006. [↑](#footnote-ref-9)
10. Véase nuestra propuesta de interpretación para resolver este defecto en “Comentario al artículo 9”, *Comentarios a la Ley de Extranjería, op. cit.,* pp. 220-221. [↑](#footnote-ref-10)
11. Según el Fundamento Jurídico octavo de la sentencia TC 236/2007, “el sistema de becas constituye un instrumento esencial para hacer realidad el modelo de Estado social y democrático de derecho que nuestra constitución impone, 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. Véase también la STC 212/2005, de 21 de julio, Fundamento Jurídico 4. [↑](#footnote-ref-11)
12. Según se dispone el apartado primero “*las Administraciones educativas regularán la admisión de alumnos en centros públicos y privados concertados de tal forma que garantice el derecho a la educación, el acceso en condiciones de igualdad y la libertad de elección de centro por padres o tutores. En todo caso, se atenderá a una adecuada y equilibrada distribución entre los centros escolares de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo.* Y el apartado segundo indica que “*cuando no existan plazas suficientes, el proceso de admisión se regirá por los criterios prioritarios de existencia de hermanos matriculados en el centro o padres o tutores legales que trabajen en el mismo, proximidad del domicilio o del lugar de trabajo de alguno de sus padres o tutores legales, rentas anuales de la unidad familiar, atendiendo a las especificidades que para su cálculo se aplican a las familias numerosas, y concurrencia de discapacidad en el alumno o en alguno de sus padres o hermanos, sin que ninguno de ellos tenga carácter excluyente y sin perjuicio de lo establecido en el apartado 7 de este artículo”.*

    En ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Los centros públicos adscritos a otros centros públicos, que impartan etapas diferentes, se considerarán centros únicos a efectos de aplicación de los criterios de admisión del alumnado establecidos en la presente Ley. Asimismo, en los centros públicos que ofrezcan varias etapas educativas el procedimiento inicial de admisión se realizará al comienzo de la que corresponda a la menor edad. [↑](#footnote-ref-12)
13. En opinión de G. Cámara Villar, no es posible supeditar el ejercicio de este derecho “a discriminaciones debidas a la capacidad económica, nivel social o lugar de residencia del alumno”. Para este fin, el profesor invoca el art.1.2 LODE así como el art. 6.1 g) LODE, donde se contiene el derecho a recibir las ayudas precisas para compensar las posibles carencias de tipo familiar, económico o sociocultural. Véase CÁMARA VILLAR, G., “Derecho a la educación (art.9)”, *cit.,* p. 624. [↑](#footnote-ref-13)
14. RJ 2009, 2957 [↑](#footnote-ref-14)
15. Por ejemplo, el Ayuntamiento de Granada viene convocando “Becas para Madres Jóvenes Estudiantes” con la finalidad de hacer compatible el cuidado de sus hijos/as con la continuación de sus estudios. Estas ayudas se vienen concediendo desde 2002 hasta la actualidad. Para ser beneficiario de estas becas se requiere estar empadronado en Granada capital un año antes a la convocatoria. No se exige, por el contrario, la acreditación de la situación de extranjería. Los países de origen de las mujeres beneficiarias han sido: Marruecos, Rusia, Dinamarca, Países Bajos y Guinea Ecuatorial. Los datos fueron facilitados por cortesía de la Concejalía de Igualdad de Oportunidades del Ayuntamiento de Granada. [↑](#footnote-ref-15)
16. Véase nuestra propuesta en F. ESTEBAN DE LA ROSA, “Comentario al articulo 9”, pp. 231-232. [↑](#footnote-ref-16)
17. BOE núm. 307 de 24 de diciembre de 2001. [↑](#footnote-ref-17)
18. Según el art. 226 del Código Penal aprobado por la LO 10/1995, de 23 de noviembre “1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses”. [↑](#footnote-ref-18)