

II. NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

TOMÁS FONT I LLOVET
ALFREDO GALÁN GALÁN
ORIOI MIR PUIGPELAT
ALEXANDRE PEÑALVER I CABRÉ
JOAQUÍN TORNOS MAS

Universidad de Barcelona

I. DEBER DE MOTIVACIÓN E IMPUGNABILIDAD DE LA RESPUESTA DE LA ADMINISTRACIÓN A LAS CONSULTAS VOLUNTARIAS FORMULADAS POR LOS PARTICULARES. ANUNCIOS BENÉFICOS QUE NO COMPUTAN A LOS EFECTOS DEL TIEMPO MÁXIMO DE EMISIÓN DE PUBLICIDAD TELEVISIVA

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2009 (Sección 3.ª, recurso núm. 593/2007) es interesante tanto desde una perspectiva sectorial como general. Por un lado, precisa cuándo un determinado anuncio merece ser considerado *benéfico* y, por ello, no computar a los efectos del tiempo máximo de emisión de publicidad televisiva establecido por la Ley 25/1994, de 12 de julio, de transposición de la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (art. 13.4). Desde una perspectiva general, afirma sin titubeos que la Administración debe responder de forma motivada a las *consultas voluntarias* formuladas por los particulares —aun en ausencia de procedimiento administrativo específico que canalice la solicitud—, y que dicha respuesta es impugnabile en sede contencioso-administrativa. Interesante es también la sentencia desde el punto de vista de la motivación y del precedente administrativo.

Los hechos son los siguientes. La sección española de Amnistía Internacional solicitó a la Dirección General para el Desarrollo de la Sociedad de la Información del Ministerio de Ciencia y Tecnología que declarara el carácter benéfico de dos anuncios televisivos que había elaborado para su emisión en el marco de una campaña de sensibilización ante las denuncias de malos tratos policiales formuladas por los inmigrantes en nuestro país. El artículo 13.4 de la Ley 25/1994 dispone que los anuncios de servicio público o de carácter benéfico que sean difundidos gratuitamente por las cadenas no computan a los efectos del tiempo máximo de emisión de publicidad televisiva. Para acceder a emitir tales anuncios de forma gratuita, las cadenas suelen exigir que previamente se obtenga tal declaración de la Administración competente, para así evitar el riesgo de ser después sancionadas por infringir los

tiempos máximos de publicidad permitidos. Se trata, sin embargo, de un procedimiento administrativo atípico, no previsto en la referida Ley, que únicamente contempla el ejercicio de la potestad sancionadora y de inspección por parte de la Administración —la Administración General del Estado o la autonómica, en función del ámbito territorial de la cadena de televisión de que se trate— una vez emitidos los anuncios (arts. 19 y ss.).

Amnistía Internacional obtuvo dicha declaración de Administraciones autonómicas como las de Cataluña o Madrid, pero no de la referida Dirección General del Ministerio de Ciencia y Tecnología, que la denegó mediante escrito de 19 de diciembre de 2002, al considerar, lacónicamente, que «vista la documentación, este Centro directivo entiende que en ninguno de los programas se aprecia la concurrencia de la finalidad de servicio público o carácter benéfico que deben cumplir estos anuncios para su exención de cómputo». El recurso de alzada fue inadmitido por resolución del secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información de 14 de abril de 2006, para quien el escrito denegatorio del director general constituía un acto de trámite no impugnabile.

Impugnada esta última resolución en vía contencioso-administrativa, fue anulada por la sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de noviembre de 2006. La Audiencia Nacional consideró que la comunicación del director general no constituía un acto de trámite, sino una resolución perfectamente impugnabile y carente de la debida motivación. En el fallo, dicha sentencia no se pronunció sobre el fondo del asunto, sino que ordenó la retroacción de las actuaciones con el fin de que la Administración resolviera motivadamente la solicitud recibida.

Tanto la Abogacía del Estado como Amnistía Internacional impugnaron la sentencia, que es casada y anulada por el Tribunal Supremo. Éste acoge plenamente la argumentación de la Audiencia Nacional en lo tocante al deber de motivación y a la impugnabilidad de la respuesta dada por la Administración. Pero, a diferencia de aquélla, considera que la resolución administrativa sí estuvo motivada, lo que permite al Tribunal adentrarse en el fondo del asunto y, tras divergir de las razones aducidas por la Administración, otorgar a los anuncios de Amnistía Internacional la calificación de benéficos a los efectos del artículo 13.4 de la Ley 25/1994. Ambos aspectos merecen ser examinados por separado con un mayor detenimiento.

El Tribunal Supremo niega con rotundidad que la falta de previsión expresa de un procedimiento administrativo específico de calificación de los anuncios previo a su emisión exonere del deber de resolución, de resolución motivada, y que la eventual respuesta de la Administración constituya un acto de trámite inimpugnabile: «*la ausencia de procedimiento específico no impide que un administrado formule una solicitud a la Administración competente en cuanto a un beneficio contemplado en la legislación y que la Administración esté obligada a responder motivadamente, como efectivamente hizo*» (FJ 2.º). Aunque la afirmación se formule con carácter general, rebasando el concreto ámbito de la publicidad televisiva, parece influir de forma significativa en la Audiencia Nacional, primero, y en el Tribunal Supremo, des-

pués, el hecho de que la calificación previa a la emisión de los anuncios, pese a no estar contemplada normativamente, sea una *praxis administrativa habitual*. Una *praxis* que viene confirmada por el tenor literal del escrito del director general, que no niega su competencia para pronunciarse sobre la solicitud y entra a valorarla, denegando la calificación por motivos de fondo. Dicha *praxis* es avalada por ambos Tribunales, en la medida en que permite a las entidades interesadas asegurar la emisión gratuita de sus anuncios en unas cadenas que les exigen garantías; y evidencia una vez más la función de generación de certidumbre, de *seguridad jurídica*, que corresponde al acto administrativo: en ámbitos en los que no se exige autorización administrativa ni otros tipos de intervención administrativa previa, los operadores a menudo instan la emanación de actos administrativos que confieran la debida certidumbre a su actuación.

Lo que se acaba de comentar es especialmente significativo cuando se trata de obtener informaciones que permiten al ciudadano determinar su conducta frente al eventual ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración. Cuando el Tribunal nos dice que la Administración debe responder motivadamente a este tipo de consultas, aun sin que exista una expresa previsión normativa —a diferencia de otros sectores, como el tributario o el urbanístico—, se nos está ofreciendo una visión global de las potestades administrativas, debidamente encuadradas en su contexto. Parece como si se entendiera que la atribución de una potestad de intervención tan incisiva como la sancionadora llevase consigo, como potestad implícita —potestad-función o deber—, la de haber de informar anticipadamente acerca de los criterios de interpretación y aplicación que luego se tomarán en cuenta en caso de tener que sancionar. A efectos prácticos, aunque no se exija autorización administrativa previa o calificación administrativa que acredite el carácter benéfico del anuncio, lo cierto es que la dinámica económica requiere y demanda este pronunciamiento administrativo previo. Una observación de este tipo puede ser pertinente a la hora de ponderar los beneficios reales de determinados procesos de desregulación, en lo que a supresión de autorizaciones se refiere.

Por otra parte, el Tribunal Supremo, como se ha dicho, discrepa de la Audiencia Nacional cuando sostiene que la respuesta de la Administración a la petición de Amnistía Internacional *sí estuvo motivada*. La motivación no la encuentra ni en el tenor literal del escrito inicial del director general —cuyos escuetos términos ya han sido transcritos—, ni en el de la resolución de inadmisión del recurso de alzada posterior, sino en un informe elaborado por dicho director general durante la tramitación de este último. En este informe se mantenía la tesis de que el escrito del director general no constituía propiamente una resolución administrativa recurrible —tesis rechazada por ambas Salas, como se ha visto— y se exponían con detenimiento las razones sustantivas por las que no procedía calificar al anuncio como benéfico. El informe era posterior al escrito denegatorio del director general y no fue incorporado a la resolución del recurso de alzada; pese a ello, el Tribunal Supremo considera que sirve para motivar debidamente

la decisión administrativa. Según el Tribunal, el artículo 89.5 de la Ley 30/1992 (en cuya virtud «[l]a aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma») «ha sido interpretado por la jurisprudencia en un sentido flexible, de tal forma que no es preciso que exista una incorporación expresa y textual de un informe a una resolución para que dicho informe pueda considerarse parte de la motivación de la misma. Y, sobre todo, el texto de una resolución administrativa ha de ser entendido e interpretado a la luz de la documentación obrante en el expediente» (FJ 7.º).

Pero la motivación contenida en el referido informe no convence al Tribunal. Según la Administración, los anuncios de carácter benéfico no deben presentar un planteamiento social o políticamente litigioso, ni tratar de defender a determinados colectivos en situación de debilidad afectando al decoro o a la reputación de otros colectivos sociales o profesionales, como en el presente caso sucedería supuestamente con el colectivo de los cuerpos y fuerzas de seguridad. El Tribunal disiente de esta interpretación del artículo 13.4 de la Ley 25/1994. Para el Tribunal Supremo, «[u]na campaña semejante, tendente a propiciar el respeto a la dignidad humana en relación con un colectivo desfavorecido, coincidente por tanto con los valores constitucionales, ha de calificarse como de carácter benéfico no obstante el hecho de que algunos individuos de determinados colectivos profesionales —en este caso, los de la seguridad pública— pudieran darse por aludidos. En definitiva, no se aprecia que la mención de un hecho (la existencia de denuncias por malos tratos policiales) implique una intención de desprestigio generalizado o difuso de los profesionales de la seguridad pública, ni tampoco puede considerarse que dicha mención sea objetivamente ofensiva para dichos colectivos profesionales sino, en todo caso, para alguno de sus miembros» (FJ 8.º). Por otro lado, los anuncios presentados por Amnistía Internacional carecen de la finalidad comercial inherente a la noción de publicidad televisiva manejada por la Directiva que la Ley española transpone. Ambos anuncios reciben por ello del Tribunal la calificación de benéficos a los efectos del referido artículo 13.4 de la Ley 25/1994.

La anulación se produce así por motivos de mera legalidad. En este sentido, el Tribunal niega que, con su decisión, la Administración haya incurrido en censura previa y que haya vulnerado los derechos fundamentales invocados por Amnistía Internacional [derecho a la libre actividad informativa, derecho de asociación y principio de igualdad —arts. 20.1.d), 22 y 14 de la Constitución—] (OM y TF).

II. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN POR DAÑOS SUFRIDOS POR LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

La breve sentencia de 10 de marzo de 2009 (Sección 6.ª, recurso núm. 10393/2004) se ocupa de la cuestión de si los daños sufridos por los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones merecen ser resarcidos con arre-

glo a las reglas generales de la responsabilidad patrimonial o a través de las normas específicas que regulan su relación de servicio con la Administración.

El Tribunal, reiterando lo ya señalado en sentencias precedentes (como la sentencia de 23 de abril de 2008 —Sección 6.ª, recurso núm. 8282/2003—), afirma que cuando «la reclamación aparece dirigida a la Administración y planteada por personal dependiente de la misma en razón de daños sufridos con ocasión de la prestación del servicio, la cuestión a resolver ha de partir de la normalidad o deficiencia en la prestación del servicio». Sólo cuando exista anormalidad podrá el empleado público obtener resarcimiento en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración. En cambio, «en el supuesto de funcionamiento normal el servidor público asume voluntariamente un riesgo que, de acuerdo con la Ley, tiene el deber jurídico de soportar, por lo que el daño no sería antijurídico y la Administración no vendría obligada a indemnizarle por el concepto de responsabilidad patrimonial, sino con las prestaciones previstas expresamente en el ordenamiento jurídico aplicable a su relación estatutaria» (FJ 2.º).

Tanto el Consejo de Estado como los órganos consultivos autonómicos han ido interpretando que la mención legal de que son los *particulares* quienes tienen el derecho a ser indemnizados no excluye ni a los funcionarios ni a otras Administraciones públicas. Pero, en segundo lugar, la tónica general es la de acotar el alcance de tal derecho.

En el caso concreto, el Tribunal deniega la responsabilidad patrimonial de la Administración por la lesión y el contagio de hepatitis C sufridos por un agente de policía al ser mordido por el sujeto a quien procedía a detener. Para el Tribunal, no cabe apreciar la existencia de funcionamiento anormal de la Administración, de la que no cabe esperar que inmunice a sus agentes contra toda posible enfermedad.

En la anterior sentencia de 23 de abril de 2008, el Tribunal sí apreció la existencia de anormalidad y declaró la responsabilidad de la Administración por el accidente sufrido por un bombero al volcar el camión que conducía como consecuencia de la defectuosa colocación de un neumático inapropiado. En cambio, por regla general, no son indemnizables por esta vía los daños consecuencia de accidentes durante la prestación del servicio en los que no aparezca una específica vinculación entre la causa del accidente y la actuación administrativa (OM y TF).

III. RELACIONES ESTADO-COMUNIDADES AUTÓNOMAS. EL TRIBUNAL SUPREMO DEFINE EL ALCANCE DE LA IMPOSICIÓN LEGAL DE PROCESOS DE NEGOCIACIÓN BILATERAL ENTRE AMBAS PARTES

El alcance jurídico de las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas es un tema complejo, especialmente cuando debe llevarse a cabo de forma efectiva. En términos generales y abstractos se diferencian las relaciones multilaterales de las bilaterales, y se hace referencia a la necesidad de respetar

el ejercicio de las respectivas competencias de acuerdo con los principios de colaboración, cooperación, coordinación y lealtad constitucional.

En el supuesto de las relaciones bilaterales se pueden establecer órganos mixtos en el seno de los cuales se adopten acuerdos, o bien se pueden diseñar procedimientos de negociación bilateral. En este último caso se plantea el problema de determinar qué fuerza normativa tiene la imposición de un proceso de negociación y qué ocurre si finalmente no se llega a un acuerdo.

La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2009, Rec. 577/2007, se enfrenta a la cuestión que acabamos de plantear con ocasión de la necesaria aplicación de la Ley de estabilidad presupuestaria, Ley orgánica 5/2001, modificada por la Ley 3/2006, de 26 de mayo. Su doctrina, como expondremos más adelante, no nos parece convincente en la medida en que diluye de forma excesiva la exigencia de un proceso de negociación bilateral.

El artículo 5 de la Ley orgánica 3/2006 diseña un procedimiento articulado en tres fases. En primer lugar, el Gobierno fija un objetivo de estabilidad presupuestaria para el conjunto de las Comunidades Autónomas (apartado 2) que ha de ser aprobado por ambas Cámaras de las Cortes Generales; *en segundo lugar, el Ministerio de Economía y Hacienda y cada Comunidad Autónoma convienen o, en caso de desacuerdo, el Ministerio determina un objetivo individualizado para cada una de las Comunidades Autónomas (apartado 3);* finalmente, el Gobierno establece definitivamente dicho objetivo para cada una de las Comunidades Autónomas (apartado 4).

El objeto del recurso que resuelve la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo es la decisión del Gobierno que pone fin al proceso —acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2007—. En dicho acuerdo se establecen los objetivos de estabilidad presupuestaria para cada Comunidad Autónoma en los ejercicios de 2008, 2009 y 2010. La cuestión debatida es si se dio o no cumplimiento a la exigencia de la segunda fase del procedimiento, esto es, si existió una negociación bilateral para tratar de fijar el objetivo individualizado para la Comunidad Autónoma recurrente.

La entidad recurrente, la Junta de Castilla y León, basa su recurso en la pretendida vulneración del procedimiento legalmente establecido al no haberse llevado a cabo, a su juicio, la negociación bilateral exigida para alcanzar el acuerdo sobre el objetivo de estabilidad presupuestaria de Castilla y León.

El pleito queda de esta forma delimitado a la resolución de una cuestión sin duda importante: ¿qué debe entenderse por negociación bilateral?; ¿cuándo se puede entender cumplida esta exigencia procedimental?

Los hechos fueron los siguientes: la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos abrió, mediante escrito de 6 de junio de 2007, la negociación bilateral con cada Comunidad Autónoma mediante una comunicación en la que se indicaba que «iniciado el proceso de negociación, estoy a su disposición para que, si lo estima oportuno, nos traslade sus comentarios al respecto por el medio que considere más conveniente». La consejera de Hacienda de la Junta de Castilla y León respondió mediante escrito de 20 de junio, de un folio, en el que formuló una sucinta referencia a la posible des-

aceleración de la economía en la Comunidad Autónoma, al bajo endeudamiento de la misma y a determinados factores geográficos y humanos de Castilla y León y sus consecuencias sobre el coste de la prestación de servicios. La comunicación finalizó con el siguiente párrafo: «Por todo ello, no se comparten los objetivos de superávit presupuestario para la Comunidad propuestos por el Ministerio de Economía y Hacienda, y requerimos que se asigne un objetivo de equilibrio presupuestario para cada uno de los ejercicios de referencia, por ser más ajustado y compatible con las consideraciones antes expuestas. Lo cual se comunica, dentro del mecanismo de interacción entre las distintas Administraciones establecido por la actual ley, a efectos de acordar los objetivos de estabilidad de esta Comunidad Autónoma para el trienio 2008-2010». El proceso concluyó mediante acuse de recibo de la Secretaría de Estado en los términos siguientes: «Se ha recibido escrito de esa Comunidad Autónoma en el que se realizan consideraciones respecto del remitido por esta Secretaría de Estado el pasado 6 de junio en relación con el objetivo de estabilidad presupuestaria de la Comunidad para el periodo 2008-2010. Quiero trasladarle mi agradecimiento por la participación de su Comunidad en el proceso de negociación del mencionado objetivo, así como las aportaciones realizadas al mismo y el compromiso de la Comunidad con la estabilidad presupuestaria, compromiso que es compartido desde la Administración General del Estado. Concluido el plazo contemplado en el artículo 5.3 de la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria a la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, la fijación del objetivo de estabilidad se realizará de conformidad con lo establecido en los artículos 5.3 y 5.4 de la Ley Orgánica 5/2001».

¿Debe entenderse que a la vista de los hechos referenciados se dio cumplimiento a la exigencia legal de un procedimiento de negociación bilateral para definir el nivel de endeudamiento de la Junta de Castilla y León?

El Tribunal Supremo concluye que sí se dio cumplimiento a lo exigido por la Ley orgánica en base a los siguientes argumentos:

a) No existe una noción constitucional de negociación bilateral que se imponga necesariamente y en todo caso al legislador o que opere directamente en defecto de intervención de éste.

b) El concepto de negociación bilateral, en defecto de definición legal, no puede ir más allá del intercambio y conocimiento recíproco de las posturas de las partes afectadas, con indiferencia de que se llegue o no a una posición común.

c) La negociación bilateral en materia de fijación de los objetivos de estabilidad presupuestaria no debe finalizar necesariamente con un acuerdo por ser una materia de competencia estatal (art. 149.1.13 CE).

d) En el caso enjuiciado la exigencia de negociación bilateral se cumplió al constar la comunicación y conocimiento recíproco de las posiciones respectivas, de forma que cada parte conoció las posturas y exigencias de la otra, lo que abrió la posibilidad de reiterar los contactos y llegar a algún punto común de encuentro.

e) Además, en ningún momento la Comunidad Autónoma reclamó o propuso ningún otro trámite negociador al que el Ministerio de Economía y Hacienda se hubiese negado de manera irrazonable.

La sentencia cuenta con un voto particular del Magistrado Excmo. Sr. Óscar González González, al que se adhiere el Magistrado Excmo. Sr. Manuel Campos Sánchez-Bordona, cuyos razonamientos discrepantes nos parecen más convincentes que los de la mayoría.

Se afirma en el voto particular que «por muchos esfuerzos que se realicen es imposible considerar cumplido el proceso de negociación con estas tres comunicaciones tan escuetas, que a lo sumo podrían constituir los elementos previos que pudieran servir de base para la ulterior negociación».

Y es que, como dice el citado voto particular, cuando la norma legal se refiere a un «proceso de negociación», quiere exigir algo más que un procedimiento participado. Un proceso de negociación supone algo más «que meros trámites de procedimiento para convertirse en un campo regido por las conversaciones mutuas dirigidas al logro de un acuerdo que se considera relevante para ambos interesados, y en las que normalmente unos y otros ceden parte de sus iniciales posiciones a cambio de la renuncia que a parte de las suyas efectúa la otra».

Para cumplir con la exigencia de un proceso de negociación debe existir la intención de fondo de llegar a un consenso sobre la solución final (se citan a modo de ejemplo los supuestos de los convenios colectivos o la fijación de la política social comunitaria). Por tanto, se añade, «el incumplimiento del requisito de la negociación no puede ser suplido, por el hecho de que ambas partes ya conocían sus posturas y ya habían tenido en la primera fase del procedimiento, la oportunidad de pronunciarse sobre el objetivo de estabilidad, pues lo que se exige es que precisamente esas posturas encontradas, se discutan y negocien en orden a obtener un acercamiento sobre el objetivo final».

La Administración del Estado no acreditó su voluntad de negociar con su acuse de recibo a las alegaciones iniciales de la Junta de Castilla y León. Debíó convocar a la Comunidad Autónoma, formular contrapropuestas a sus peticiones y, en último término, motivar el rechazo a los argumentos de la otra parte. Bien es verdad que la Comunidad Autónoma tampoco forzó la prosecución del proceso negociador (éste hubiera podido ser en su caso el argumento de peso para rechazar su recurso). Pero la cuestionable, a nuestro juicio, doctrina de la sentencia, en que se afirma que cuando la Ley habla de proceso de negociación bilateral basta con «el intercambio y conocimiento recíproco de las posturas de las partes», debilita en exceso el mandato legal que impone un mayor esfuerzo negociador a ambas partes, y en particular a quien tiene al final la potestad de imponer su decisión (JT).

IV. DERECHO A LA EDUCACIÓN NO OBLIGATORIA DE LOS EXTRANJEROS MENORES DE EDAD

La Sección 5 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en su sentencia de 10 de marzo de 2009 (RJ 2009\2957), estima el recurso de casación interpuesto por la Generalidad de Cataluña contra la sentencia de 4 de noviembre de 2004 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia. Esta última sentencia había estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Delegación del Gobierno en Cataluña contra el artículo 4.6 del Decreto 188/2001, de 26 de junio, de los extranjeros y su integración social en Cataluña, de la Presidencia de la Generalidad de Cataluña.

Lo que se discute son las condiciones en las que se reconoce a un extranjero el acceso a la educación no obligatoria. En este sentido, la Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, mantiene con carácter esencial el reconocimiento del derecho a la educación de todos los extranjeros menores de 18 años en las mismas condiciones que los españoles, pero condicionada, en lo que se refiere a la educación de naturaleza no obligatoria, a la residencia legal en el territorio español. El precepto impugnado del Decreto catalán, en cambio, no exige el requisito de la residencia legal para el acceso a dicha educación no obligatoria. Pues bien, según la parte recurrente, la supresión de la exigencia de la residencia, al margen de contradecir la normativa estatal, implicaría un régimen de absoluta indiferenciación respecto de la legalidad de la situación y del lugar de residencia física, lo cual llevaría a una solución discriminatoria en perjuicio de los extranjeros respetuosos con la legislación vigente, que beneficiaría sólo a sus infractores.

El Tribunal Supremo entra a resolver el fondo del asunto reproduciendo con detalle la jurisprudencia constitucional aplicable al caso. Esta jurisprudencia, a su vez, examina las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la educación interpretadas a la luz de lo declarado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de conformidad con los Tratados y Acuerdos Internacionales de los que España es parte (así, Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales).

Siguiendo esta vía argumental, el Tribunal llega a la conclusión de que el derecho constitucional a la educación incorpora, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho. Pues bien, esa 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, de una correcta interpretación de los términos constitucionales se deriva que el derecho a la educación, garantizado en el artículo 27.1 del texto constitucional, corresponde a «todos», independientemente

de su condición de nacional o extranjero, e incluso de su situación legal en España.

En cualquier caso —según afirma el Tribunal—, la supresión de la exigencia de residencia legal para el derecho a la educación no obligatoria no entraña 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.

Concluye el Tribunal, finalmente, que el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la educación 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 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 lo requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor (AG).