

La calidad regulatoria de los marcos normativos: una aproximación crítica

The regulatory quality of legal frameworks: A critical approach

Dr. José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ. Catedrático Emérito. Universidad de Valladolid (marlomu@uva.es).

Resumen:

La normativa sobre educación adolece de la falta de calidad regulatoria de muchas leyes y reglamentos que viene denunciándose en muchos países. La preocupación por la calidad de las normas es antigua, pero se ha recrudecido ante la legislación «motorizada» y «desbocada» en que se ha traducido el ejercicio del poder normativo del Estado constitucional, social y democrático de derecho. Cabe identificar algunas causas de la degradación de la calidad normativa, aun limitadas por el papel fundamental de las constituciones y por el de los tratados internacionales. Entre los medios para remediar el problema, o al menos paliarlo o frenarlo, se cuenta en España, aun con limitada eficacia hasta ahora, con el papel del Consejo de Estado, la Comisión General de Codificación, la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa o incluso el Tribunal Constitucional. Son de notar en particular algunos defectos o aspectos mejorables en la

calidad del marco normativo formado por las principales leyes orgánicas reguladoras de la educación en España.

Todo el análisis se atiene al método jurídico, sobre la base de fundadas opiniones doctrinales, datos normativos y algunas decisiones jurisdiccionales, bajo un concepto del saber o de la ciencia jurídica que asume la integridad de su comprensión en el *Digesto* del Derecho romano justiniano como *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*, y que, por ende, toma como cimiento una antropología ontológica, e incluye una debida atención a la lógica y la lingüística. La conclusión se desprende del conjunto del trabajo: no puede dejar de perseguirse, decidida y críticamente, el objetivo de la calidad normativa que se plantea desde el comienzo como exigencia sustantiva de toda normativa jurídica, y que tanto se echa en falta.

Fecha de recepción de la versión definitiva de este artículo: 26-08-2021.

Cómo citar este artículo: Martínez López-Muñoz, J. L. (2022). La calidad regulatoria de los marcos normativos: una aproximación crítica | *The regulatory quality of legal frameworks: A critical approach*. *Revista Española de Pedagogía*, 80 (281), 69-83. <https://doi.org/10.22550/REP80-1-2022-03>
<https://revistadepedagogia.org/>

ISSN: 0034-9461 (Impreso), 2174-0909 (Online)

revista española de pedagogía
año 80, n.º 281, enero-abril 2022, 69-83



Descriptores: calidad normativa, buena regulación, seguridad jurídica, legislación educativa, constitucionalidad de las leyes.

Abstract:

The regulation on education suffers from the lack of regulatory quality of many laws and regulations that has been denounced in many countries. The concern for the quality of the norms is old, but it has intensified in the face of “motorized” and “unbridled” legislation that is being the result of the exercise of the normative power by the social and democratic constitutional State under the rule of law. Some causes of the degradation of legislative quality, still limited by the fundamental role of constitutions and international treaties, can be identified. Among the means for remedying or, at least, alleviating or curbing the problem, Spain has, although still with limited effectiveness to date, the role given to the Council of State, the General Codification Commission, the Office of Coordination and Regulatory Quality and the Constitutional

Court. Particularly noteworthy are some defects or aspects that could be improved on in terms of the quality of the legal framework formed by the main statutes (organic laws) regulating education in Spain.

The entire analysis focuses on the legal method, the basis of well-founded doctrinal opinions, legal information and some judicial decisions, under a concept of knowledge or legal science that assumes the integrity of its understanding from the Digest of Justinian Roman Law as *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*, and which, therefore, is founded on ontological anthropology and includes due attention to logic and linguistics. The conclusion arises from the study as a whole: the goal of achieving legislative quality that arises from the outset as a substantive requirement of all legislation, and which is so lacking, cannot fail to be decisively and critically pursued.

Keywords: Legislative quality, good regulations, legal certainty, educational legislation, constitutionality of laws.

1. Una preocupación antigua, re-crudecida en nuestro tiempo

1. Tratando de las leyes, Santo Tomás de Aquino recogió en el siglo XIII en la I-II de su *Summa Theologiae*, cuestión 95, artículo 3, estas célebres palabras del gran sabio español de los siglos VI y VII, San Isidoro de Sevilla, en sus *Etimologías*:

La ley ha de ser honesta, justa, posible según la naturaleza y las costumbres del

país, adecuada a los lugares y a los tiempos, necesaria, útil; debe ser también clara, para que no haya engaños ocultos en su oscuridad; ha de estar dictada no para provecho privado sino para la común utilidad de los ciudadanos¹.

Hay en estas exigencias isidorianas algunas verdaderamente sustanciales, en cuanto que la ley debe ser «honestata, justa», y «no para provecho privado sino para la común utilidad de los ciudadanos», entendiendo, sin duda, por tal

provecho privado el contrario a la común utilidad, algo que hoy diríamos no quede amparado por los derechos fundamentales de la persona o en realidad lo contradiga, sin que ello implique, sin embargo, como es lógico, el menor desconocimiento de la centralidad, para toda ley, de la persona humana, de su dignidad y de sus legítimos derechos y libertades individuales, cuya justa conjunción social con cuanto corresponde a todas las personas constituye precisamente la «común utilidad de los ciudadanos».

Pero las demás exigencias miran al modo en que su objeto sustancial debe ser alcanzado y de lo que derivará, en definitiva, su calidad en el cumplimiento de su razón de ser. Todo un programa, en efecto, de una calidad regulatoria que tantas veces puede echarse efectivamente de menos a pesar de la antigüedad y autoridad de su formulación².

2. La especial importancia otorgada a la ley y a su vinculación a la voluntad popular en el nuevo Estado constitucional de Derecho, con el que emerge y se configura en buena medida la llamada edad contemporánea a partir de la revolución y la independencia de los Estados Unidos de América en las últimas décadas del siglo XVIII, y luego, ya en Europa, desde la Revolución francesa de 1789, ha venido a poner a prueba con agudeza creciente en nuestra época los estándares de calidad requeridos a las buenas leyes.

La existencia de unos Poderes legislativos permanentes, que se renuevan periódicamente cada pocos años en su representa-

tividad popular, ha ido generando una fiebre legislativa progresiva que enmaraña más y más los ordenamientos jurídicos y los cambia o altera constantemente, en apariencia o en realidad. Carl Schmitt ya habló en la primera mitad del pasado siglo del problema de una «legislación motorizada». El profesor García de Enterría, en el cenit de su autoridad, al recibir en 1999 el doctorado «honoris causa» de la Universidad de Málaga, hablaría de «un mundo de leyes desbocadas» (2006). El profesor Aurelio Menéndez dirigió, con Antonio Pau, un seminario en el «Colegio Libre de Eméritos», que dio lugar a una obra colectiva publicada en 2004 bajo el título de *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*. Pendás (2018, p. 216) ha hablado de «hipertrofia legislativa» y de «inflación» normativa, con un efecto de desvalorización de la norma análogo al que sobre el valor de la moneda produce su inflación. Hay un desasosiego y una inquietud crecientes por el alarmante descenso de la calidad de leyes y reglamentos, con sus inevitables secuelas: la inseguridad, la inestabilidad, la conflictividad. Y ello, mientras se enfatiza desde medios doctrinales³ y oficiales, incluso en algunos textos normativos⁴, la relevancia de una —expresión que algunos emplean como el nuevo Mediterráneo— *better regulation*, aunque pueda ocurrir que las mismas normas que apelan a ella contradigan a la vez palmariamente lo más elemental de cuanto tal noción pueda implicar.

2. Causas

1. Ninguno de los programas políticos que compiten por obtener el apoyo popular deja de propiciar una ristra mayor o menor de nuevas leyes y de los consiguientes cam-

bios legislativos «imprescindibles». Y está extendida la idea de que un Parlamento o Asamblea Legislativa que no aprueba un buen número de leyes no cumple su cometido y evidencia el fracaso del Gobierno correspondiente. Y, naturalmente, los cambios de mayorías tienen que expresarse en nuevos paquetes legislativos, como si las leyes fueran puro bálsamo de Fierabrás para cualquiera de los problemas económicos, educativos, sanitarios, sociales en suma, de cada momento. Como si la realidad no evidenciase que, tantas veces, el problema no está en las leyes sino en su modo de cumplirse o no cumplirse, en las actuaciones administrativas, financieras y gestoras, cuando no en otros diversos factores éticos, culturales y sociales, para cuya mejora poco pueden aportar las leyes y menos si no están bien hechas.

Y, claro, está el tema de pasar a la historia estampando la firma bajo la nueva ley, que tampoco deja de seguir siendo una de las «poderosas» razones de más de alguna. Aunque ya se sepa que en cuanto a la permanencia de unas u otras leyes todo es incertidumbre. Y no digamos en cuanto a los reglamentos. Pero, precisamente, una de las causas no menores del embrollo de no pocas leyes y de sus excesivos cambios es el afán gubernativo de «blindar» con la fuerza de ley muchas normas que no deberían sino adoptar la forma reglamentaria (Astarloa, 2021, p. 76). Hay un exceso de reglamentismo en muchas leyes, que tiende a desvirtuar lo que debería ser propia de estas, como normas más abstractas, básicas y estables.

Se ha hablado en la doctrina administrativista de las «ocurrencias» de funcionarios y políticos en el ejercicio de su po-

testad reglamentaria, pero no menudean menos, a pesar de sus mayores filtros, en las leyes, que a veces «encapsulan» las de algunos, de modo que los entendidos pueden ponerles nombre y apellidos.

El procedimiento actual de elaboración de leyes y reglamentos, a todos los niveles, abre no pocas puertas a la acción atenta y tesonera de los más diversos grupos de presión o de influencia que se organizan para ello cumplidamente y que, no infrecuentemente, logran sus objetivos, para bien o para mal, dependiendo naturalmente de lo que, en cada caso, pretendan. Pocos conocerán en realidad tales entresijos. La transparencia no siempre luce y, luego, todo es tan acelerado, heterogéneo, múltiple, que no es fácil retener tantos hechos. Pronto se superponen unos a los otros y se desdibujan en el recuerdo, si es que queda testimonio. Se ha observado, con razón, que «uno de los problemas de la baja calidad del lenguaje normativo es la dificultad para encontrar al responsable de los textos», pues «hay cientos de redactores e intermediarios, y la participación ciudadana incrementa la confusión», lo que «podría explicar que la forma lingüística de la norma, que debía ser sencilla y coherente [...], sea rebuscada, ambigua y nebulosa»⁵.

2. Hay otros factores culturales generalizados hoy que están contribuyendo al enmañamiento del ordenamiento jurídico. Uno muy importante es el preocupante descuido del dominio de la lengua⁶. Otro, la creciente disminución del pensamiento racional, acorde con una lógica coherente de conceptos. Es una consecuencia del exceso de empirismo y pragmatismo dominantes. Precisa-

mente en el ámbito de lo jurídico, se ha ido debilitando un pensamiento propiamente científico, que aspire a conceptos etiológica y críticamente bien fundados, debidamente coordinados en un sistema coherente que pueda dar cumplida cuenta de las exigencias interpersonales coercibles que fundamentan el justo orden social. Ello se traduce en la propensión normativa a multiplicar en toda su complejidad los supuestos concretos y las reglas particularizadas: no se es capaz del conveniente ejercicio de abstracción conceptual que reduciría tal complejidad a lo que, por ser común a esa diversidad, podría formularse de manera mucho más simple, sencilla, certera, suficiente y eficaz.

A ello se añaden las fuertes confrontaciones ideológicas que no cesan de aparecer y de mantenerse en nuestro tiempo. Son muchos los países —es prácticamente lo común en los pueblos más desarrollados— en los que se producen hondas escisiones sociales en la comprensión de aspectos antropológicos y sociales centrales. Ello se traduce, sin duda, en propósitos de ordenación social hondamente divergentes, que encuentran con frecuencia gran dificultad para buscar y encontrar el modo de aproximarse y atemperarse con alguna estabilidad⁷.

En esta perspectiva y contexto, lograr el poder legislativo en cada confrontación electoral llega a considerarse algo determinante, con objeto de poder tratar de desplegar el propio programa, aunque no sea sino el de una exigua mayoría obtenida en las urnas, que ni siquiera garantiza tantas veces una mínima mayoría social efectiva. Así, frecuentes cambios de fortuna de unas u otras mayorías, van tratando de tejer y

destejer, con unos u otros alcances, la tela de Penélope en que convierten tantos sectores de la legislación.

Muchas leyes se plantean además como *medidas* al objeto de unas u otras políticas —*Massnahmegesetze*, diría Carl Schmitt (García de Enterría, 2006, p. 49-51)— y no para establecer marcos regulatorios estables y permanentes de las libertades o de la obligada satisfacción de unos u otros derechos fundamentales.

En fin, las sucesivas modificaciones de unas mismas leyes no se formalizan con la deseable claridad y simplicidad, se abusa de los auténticos «paquetes» legislativos que modifican a la vez leyes de materias heterogéneas, y, por añadidura, se ha desnaturalizado al decreto-ley con efectos muy perturbadores.

3. Una Constitución sólidamente establecida, y garantizada por un Tribunal Supremo o Constitucional consistentes, limita, no obstante, de manera muy importante los vaivenes y obliga a contar con mayorías cualificadas o consensos políticos amplios para cambiar los criterios jurídicos más fundamentales, al menos en no pocos aspectos. Aunque teorías sobre la interpretación evolutiva de la Constitución puedan reducir la importancia efectiva del marco constitucional, y posibilitar que prosperen planteamientos que para muchos le desbordan, agriando en la misma medida la vida política y dificultando el buen orden jurídico.

4. Otro factor que está limitando —positivamente las más de las veces— la confrontación sobre aspectos más o menos

básicos del orden social, es la vinculación del Estado por medio de tratados internacionales o supranacionales que contienen y garantizan determinadas opciones, comúnmente compartidas en el orden internacional o en el ámbito de organizaciones supranacionales como la Unión Europea. Los tratados prevalecen sobre las leyes y no es fácil modificarlos.

3. Remedios... o frenos

1. Aun con las limitaciones que hemos apuntado, el problema de la mala calidad de las normas sigue siendo una realidad demasiado frecuente y tiene difícil solución. Los remedios más relevantes no podrán estar sino en tratar de sanar los defectos culturales, educativos, científicos, políticos y prudenciales que hemos apuntado, pero esa es tarea enorme y a largo plazo. Entretanto, los Estados mejor organizados, a medida que han ido cobrando conciencia de las negativas implicaciones de cuanto se ha sucintamente expuesto, han ido generando normas y dispositivos orgánicos y procedimentales para tratar de reducir el proceso de degradación normativa y de garantizar en lo posible una mayor reflexión, justificación, moderación, mejor redacción y buena coordinación en el ejercicio de las potestades normativas, particularmente de la legislativa.

2. Se viene discutiendo si, además, obviamente, del ajuste al orden constitucional de su contenido sustantivo o de sus requisitos competenciales y procedimentales, pueden ser objeto de control de constitucionalidad otros aspectos de la calidad de la ley, al menos en alguno de sus componentes⁸, y, claro está, muy principalmente en cuanto pueda afectar

a la *seguridad jurídica* que nuestra Constitución proclama en su art. 9.3 como uno de sus principios⁹. No cabe desconocer que, en efecto, «legislar clara y eficazmente», emplear una correcta «técnica normativa», no es cuestión solamente de «buenas prácticas» sino que puede tener importante relevancia para la efectividad de esa exigencia constitucional de la seguridad jurídica¹⁰. Y el Tribunal Constitucional así lo ha entendido algunas veces, aunque pueda comprenderse que mantenga habitualmente una actitud de máxima consideración hacia los distintos modos de conformar la legislación que pueden resultar del pluralismo inherente a nuestra democracia de libertades, amén de que no le corresponda velar por la perfección técnica normativa en sí misma, es decir en tanto no desconozca o lesione exigencias constitucionales. Pero es cierto que «una legislación confusa, oscura e incompleta, dificulta su aplicación y, además de socavar la certeza del Derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar por empañar el valor de la justicia», como el mismo Tribunal dijera en su sentencia 150/1990, Fundamento jurídico 8¹¹. Criterios análogos podrían desprenderse también, por ejemplo, del principio de interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 de la Constitución (Fernández, 2008; Astarloa, 2021, p. 77).

Pero, en la medida en que este control sea posible, no dejará en todo caso, sin embargo, de ser un control *ex post* y ocasional, por más que, ciertamente, lo que pueda ir diciendo el Tribunal Constitucional al respecto no dejará de influir de algún modo en la conformación de las leyes futuras. Una restauración —en España— del suprimido recurso previo de inconstitucionalidad

no alteraría ese carácter posterior a la ley del control por el Tribunal Constitucional, pero, al producirse antes de la publicación y entrada en vigor de la ley, elevaría, sin duda, su efectividad¹².

Y cabe añadir que también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha considerado competente para enjuiciar en ciertos casos —particularmente en cuanto a las condiciones de la potestad sancionadora— la calidad de la ley, como algo vinculado a su previsibilidad y accesibilidad¹³.

3. En España ha jugado cierto papel relevante el Consejo de Estado, en cuanto supremo órgano consultivo del Gobierno, para muchos de los reglamentos adoptados por este, pero también, comúnmente, para los Proyectos de Ley que él envía a las Cortes Generales.

Con todo, el Consejo de Estado —y, en su caso, los órganos consultivos correspondientes en las Comunidades Autónomas— solo intervienen cuando el texto del anteproyecto está ya conformado, en una fase, por tanto, muy avanzada de la elaboración de la norma, antes de su definitiva aprobación o de su envío al Poder Legislativo. Sus posibilidades de incidencia son considerables, pero reducidas: la estructura de la norma, su orientación general, su formulación, le llegan a consulta ya prácticamente cerrados, aunque es cierto que, a veces, el Consejo consigue persuadir al Ejecutivo para cambios relevantes. Pero nunca está en la génesis de un proyecto ni en sus primeros pasos.

4. En la Administración General del Estado existen, además, destacadamente

dos organismos encargados de velar, en diversa medida, por la calidad de las leyes y aún de los reglamentos.

El más antiguo, desde 1843, en el Ministerio de Justicia, es la Comisión General de Codificación, a la «que corresponde, en el ámbito de las competencias propias del departamento ministerial al que está adscrito —y en el de las de los demás a su solicitud—, la preparación de los textos pre-legislativos y de carácter reglamentario y cuantas otras tareas se le encomienden para la mejor orientación, preservación y tutela del ordenamiento jurídico»¹⁴.

Tradicionalmente se ha centrado en el Derecho privado, civil y mercantil, en el penal y en el procesal o judicial, pero desde 1938 se le asignó también el Derecho público, que es ahora el objeto de una de sus secciones y cubre el Derecho constitucional, el administrativo y el financiero y tributario.

La relevancia de esta Comisión a los deseables efectos de mejorar la calidad técnica es potencialmente considerable, pero, de hecho, viene siendo reducida o simplemente inexistente en todo cuanto constituye competencia de iniciativa o de formulación normativa de Ministerios distintos del de Justicia, como acontece en casi todo lo jurídico-administrativo y, por lo mismo, en lo educativo.

Ha habido intentos de ampliar su acción, con cambio incluso de su denominación —cambio nominal que ya se hizo en la II República—, para convertirla en el gran instrumento permanente del Gobier-

no que vele por la mayor calidad posible de la normativa desde su mismo origen y primeras formulaciones, al modo de lo que existe, de distintas formas, en otros países. Pero, hasta ahora, no se ha avanzado en este importante objetivo.

En cambio, se ha tratado de promover, por otro lado, ese objetivo a través del Ministerio de la Presidencia (en las diversas denominaciones que va recibiendo), en conexión con su tradicional importante papel como sede de la secretaría del Gobierno, a la que corresponde preparar los consejos de ministros. Por R.D. 1081/2017, de 29 de diciembre, para mejor cumplimiento de lo dispuesto al efecto, con carácter básico, en la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común y, para el Estado, en la 50/1997 del Gobierno (modificada por la 40/2015), se ha establecido en la Subsecretaría de ese Ministerio, con el modesto rango de subdirección general, la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa (OCCN), regulándose su funcionamiento. Se encarga específicamente de evacuar el informe sobre los aspectos previstos en el artículo 26.9 de la Ley del Gobierno 50/1997¹⁵ en relación con los anteproyectos de ley, orgánica u ordinaria, los proyectos de real decreto-ley, los proyectos de real decreto legislativo y los proyectos de real decreto de carácter reglamentario¹⁶. Entre las materias de los proyectos de normativa general que ha de informar figura expresamente la de *educación*.

No podemos entrar en detalles ni parece necesario a los fines de estas páginas, pero esta Oficina puede contar —dice su norma reguladora (el citado R.D. 1081/2017, en su art. 6)— *con asesoramiento cualificado, si*

así se estima necesario, y, en particular, solicitar la colaboración de la Comisión General de Codificación —con la que, por cierto, la disposición adicional segunda ordena una especial cooperación—, (...) *del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (...) y de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado*. Y es de notar (art. 7) que son los Ministerios competentes los que han de solicitar el informe de la Oficina *una vez que cuenten con un primer texto del proyecto y la correspondiente memoria del análisis de impacto normativo*, antes de otros informes por tanto, si bien no deja de precisarse que ese informe no será vinculante, aunque *deberán justificarse* las razones cuando no se siga.

Parece constituir un paso significativo, pero no nos consta que hasta la fecha haya rendido algún fruto, ni si los diversos Departamentos ministeriales —tan numerosos últimamente— y el Gobierno a la postre, cuentan de hecho con la intervención de esta nueva Oficina. La realidad es que los textos de los numerosos Reales Decretos-leyes de estos años, o de las leyes que proceden de Proyectos de ley, o, en fin, los de los abundantes Reales Decretos normativos, no parecen sino incrementar cada vez más los defectos contrarios a una buena técnica legislativa.

5. Por lo demás, órganos consultivos dispuestos, adscritos a los distintos ramos de la Administración General del Estado —y de las Administraciones autonómicas—, intervienen en los textos sectoriales correspondientes, aunque no específicamente desde la perspectiva de su calidad técnico-jurídica, sin perjuicio del papel que a estos efectos tratan de cubrir los servicios de asesoría jurídica

ca, por más que estos suelen estar requeridos por mil tareas y no suelen tener tampoco una cualificación especial para el desempeño de la función a que nos referimos, bajo un régimen mínimo de colegialidad, etc.

6. No podemos dejar de aludir finalmente a importantes propuestas que se están haciendo para lograr que las propias Cortes Generales, con sus cualificados servicios jurídicos y técnicos —que se concentrarían particularmente a este fin en una Oficina de la Calidad Legislativa—, jueguen un papel relevante en preservar y elevar la calidad de las leyes (Astarloa, 2021, pp. 82-89).

4. La cuestión en la legislación educativa española

1. La legislación básica educativa que es competencia exclusiva del Estado, por lo dispuesto en el art. 149.1.30.^a de la Constitución, y se encuentra además reservada, en buena medida —sin perjuicio de los complementos reglamentarios necesarios que están admitidos—, a ley orgánica, en razón del art. 81, se encuentra hoy plasmada en unas pocas leyes orgánicas vigentes —sin que todo su contenido tenga siempre tal rango— que conforman lo que podríamos considerar el estatuto jurídico básico —empleado ahora este adjetivo en su sentido vulgar y no en el técnico jurídico-constitucional— de la educación en España: las conocidas como LODE (Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación), LOE (Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación), LOU (Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades) y LOCFP (Ley Orgá-

nica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional).

2. Es sabido, sin embargo, que todas estas leyes y, sobre todo, las tres primeras han ido sufriendo importantes modificaciones y reformas; prácticamente con cada cambio de la mayoría parlamentaria y el signo político del Gobierno del Estado. Se han ido acumulando las capas de los cambios, especialmente en la LOE, como uno de los factores de su complejidad textual. La última reforma producida por la LOMLOE (Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre de 2020, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, promovida por la Ministra Celáa), ha incurrido incluso en un importante fallo técnico-jurídico, que no deja de causar perplejidad e inseguridad: en su afán político de explicitar el más completo rechazo a la obra legislativa educativa del Partido Popular liderado por Rajoy siete años antes, ha establecido literalmente en su disposición derogatoria única la completa derogación de la LOMCE (Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa). Pero, ateniéndonos a lo que la nueva ley orgánica modifica y mantiene en el texto de la LOE a lo largo de los ¡99! apartados —entre los que hay algunos numerados como bis o ter— de su larguísimo artículo único, resulta evidente que no se propuso alterar en concreto algunos de los preceptos que habían sido modificados por la LOMCE. ¿Habrá que entender que la derogatoria obliga, sin embargo, a regresar al texto originario de la LOE en tales preceptos?

Un ejemplo: el artículo único de la LOMLOE no modifica en nada el ap. 3 del

art. 116 de la LOE, aunque su ap. 59 sí que modifica otros apartados de este. Pero la LOMCE había añadido un breve segundo párrafo al dicho ap.3 en cuya virtud: *En concreto, el concierto educativo tendrá una duración mínima de seis años en el caso de Educación Primaria, y de cuatro años en el resto de los casos.* La versión consolidada de la LOE que tiene publicada el BOE (Boletín Oficial del Estado) sigue recogiendo este texto. Lo que implica que la disposición derogatoria de la LOMLOE se interpreta como limitada en sus efectos a cuanto contuviera la LOMCE que haya sido alterado —suprimido o modificado— por el artículo único de la misma LOMLOE, pero no a lo demás.

En cualquier caso, es palmaria la deficiencia de técnica legislativa que ello comporta.

3. Los contenidos de la LODE miran, sin duda, principalmente, a los niveles educativos obligatorios, pero sus preceptos más relevantes no dejan de tener implicaciones para los demás niveles o etapas de la educación. Y, si bien es cierto, que la educación universitaria y, quizás más aún, la formación profesional, tienen marcados acentos peculiares, también por su más directa relevancia para varios derechos y libertades, o para aspectos del interés general distintos del propiamente educativo, la común aplicación a todo lo educativo de las exigencias básicas de la Constitución sobre el derecho a la educación —destacadamente su art. 27, aunque no solo— y, por tanto, de algunos preceptos de la LODE que tratan de explicitar las sustanciales, podría justificar sobradamente la refundición en un solo texto legal de lo que hoy aparece regulado en las cuatro leyes orgánicas educativas

mencionadas, facilitándose así una útil codificación simplificadora. Aunque, en fin, también podría avanzarse en la simplificación y clarificación de toda esta legislación, manteniendo la actual distinción entre una ley de carácter más general y de principios —que sería una LODE con toda esa parte regulatoria más básica y común— y las otras tres leyes orgánicas que atienden a lo específico de cada uno de los tres grandes ámbitos del sistema general educativo.

4. Esencial sería, desde luego, que la sociedad en su conjunto y los agentes políticos más en concreto asumieran, con coherencia y lealtad, como suelo normativo intocable —sin perjuicio del derecho a propiciar reformas constitucionales, pero con clara conciencia del muy amplio consenso político que ello requiere, sin intentar, por tanto, vanamente colar por vía legislativa lo que solo puede hacerse cambiando el marco constitucional— todo lo ya establecido a nivel fundamental por la Constitución tal y como ha ido siendo interpretado de manera consolidada y firme por el Tribunal Constitucional. Puede haber alguna afirmación del alto tribunal que sea revisable, pero es innegable que ha ido estableciendo una doctrina sólidamente trabada sobre una buena parte de las implicaciones de lo establecido en la Constitución que no parece alterable en sí misma sin reforma del texto constitucional, aunque sí, desde luego, pueda complementarse y modularse a medida que nuevas incidencias permitan nuevas perspectivas y profundizaciones.

No cabe ignorar, además, el obligado principio de interpretación de las leyes de conformidad con el orden constitucional que ha ido esclareciendo el Tribunal Constitu-

cional¹⁷, del que se hace afirmación explícita en el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), de modo que solo cuando no sea posible aplicarlo, procederá plantear judicialmente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra el precepto legal que contravenga a la Constitución o su interpretación por este (art. 5.3 de la misma LOPJ). No es de extrañar que por esta vía tantas veces sea posible descubrir que la ley, como dijeran ilustres juristas alemanes a fines del siglo XIX, es más inteligente o más razonable que el legislador, aunque ello pueda ocurrir no solo en estos casos de necesaria interpretación «conforme» con la Constitución¹⁸ sino, de modo más general, como resultado de la interpretación jurídica, cuyos principios proclama en Derecho español el art. 3.º del Código civil.

5. Importaría mucho una mayor sobriedad en los textos legales, evitando indebidas reiteraciones y explicitaciones innecesarias. Un texto normativo no es, no debe ser, un folleto doctrinal o explicativo, ni una soflama política, sino que debería limitarse a establecer pautas propiamente normativas, claras y del modo más indubitante posible. Y, como la doctrina ha advertido (Santamaría Pastor, 2010; Rebollo Puig, 2010), habría que tener particular cuidado para no multiplicar injustificadamente supuestos «principios».

Para este objetivo es importante, desde luego, tener una idea clara de lo que debe formularse como norma o como principio, para su cumplimiento y la consiguiente exigibilidad efectiva de los derechos y deberes que de ello resulten¹⁹, y ordenar los textos normativos con una adecuada sistemática

racional, incluyendo en lo más general lo que pueda tener ese carácter, y reservando a las regulaciones más específicas o especiales lo que solo sea, en rigor, propio de ellas.

No tiene ningún sentido, por ejemplo, que las exigencias de no discriminación en la educación se especifiquen a propósito de la admisión en centros educativos sostenidos con fondos públicos (LOE, art. 84.3), cuando se trata de algo que no puede dejar de aplicarse, como es obvio, a todo el ámbito educativo y que, por eso mismo, es un principio básico, que tampoco puede vincularse solamente, como hace ahora el art. 1.a bis) de la LOE a la *calidad de la educación*, aunque la misma Ley repita luego de modo un tanto obsesivo tales exigencias aquí y allá, como si no bastara su afirmación simple como principio fundamental, e incluso repitiendo los motivos que causan tal discriminación, como hace al referirse a los fines de la educación en el art. 2.º, solo pocas líneas después de haberlas ya enunciado en el citado art. 1.a bis).

Si se echa un vistazo al cada vez más largo art. 1 de la LOE, por ejemplo, con sus 21 principios formulados desde la letra a) a la r), con algunas letras bis por en medio, se ven enseguida varios defectos en su formulación, amén de la reiteración general que comporta con respecto a las formulaciones básicas generales ya contenidas en la LODE. Por no dejar de referirnos a algo concreto y sin entrar en un análisis más detallado del todo ese art. 1.º de la LOE que aquí no sería posible, se advierte de inmediato la improcedencia de enfatizar, por ejemplo, el *cumplimiento efectivo* de la Convención sobre los Derechos del Niño, con sus Protocolos, como primer «principio» —tras la LOMLOE— del sistema edu-

cativo español, cuando tal Convención no es sino uno de los diversos *tratados y acuerdos internacionales relevantes para la materia educativa ratificados por España*, y no el más importante, con arreglo a los cuales ya proclama el art. 10.2 de la Constitución que han de ser interpretadas *las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce*. Esto sí que es un principio —y constitucional— de nuestro sistema educativo, sin que haga falta reiterarlo en una ley. Pero mencionar solamente la Convención citada y no otros de esos tratados y acuerdos internacionales, puede generar la impresión equivocada de que el carácter principal que se afirma de su *cumplimiento efectivo* no lo tuviera el de esos otros instrumentos internacionales, alguno de los cuales es incluso, como queda dicho, más básico y general.

De la impropiedad de lo que se formula en la dicha letra a) como principio inspirador del sistema educativo participa la mención explícita concreta que se hace, al respecto del reconocimiento del *interés superior del niño, de su derecho a la educación, a no ser discriminado y a participar en las decisiones que le afecten y la obligación del Estado de asegurar sus derechos*. Estos derechos están proclamados por el art. 27 de la Constitución y reiterados ya a nivel de ley orgánica por la LODE, y la obligación del Estado de asegurar todos esos derechos es consustancial a la noción misma de Estado y tiene carácter constitucional. No está mal incluir, si se quiere, de manera explícita la relevancia principal del *interés superior del niño*, cuya apreciación y valoración, por lo demás, la propia Convención sobre sus derechos pone a cargo principalmente de sus padres o tutores²⁰ —lo que debería ex-

plicitarse así en su formulación legal, si se quiere servir a la seguridad jurídica—, pero sobra acompañarlo de lo que ya cuenta con su proclamación propia y de valor superior. Amén de que tal formulación, en cualquier caso, iría mejor en la LODE.

Los ejemplos de redacción farragosa, repetitiva, confusa o indebidamente parcial en el conjunto de las leyes orgánicas educativas podrían multiplicarse, y en particular en la LOE y sus diversas capas regulatorias.

Hay que insistir en que los textos legales no están para publicar en el boletín oficial desahogos ideológico-políticos, sino para regular conductas, determinando situaciones jurídicas activas y pasivas que sean efectivamente exigibles por medio de garantías administrativas o/y judiciales. Cuando se trata de introducir nuevas normas, el legislador debería preguntarse: ¿qué va a cambiar con esta nueva supuesta norma? ¿qué se va a modificar? ¿cuál va a ser su operatividad concreta? Tantas veces, muchas de las reformas que llenan páginas del boletín oficial, no se traducen en nada, simplemente porque carecen en realidad de una virtualidad efectiva. Quienes aprobaron no pocas de esas reformas se quedaron muy satisfechos porque habían logrado inscribir en la historia determinadas expresiones, sin darse cuenta quizás de que el sistema jurídico e institucional cuenta con resortes que, en efecto, permiten hacer a la ley más inteligente que el legislador, y de que lo que consideraban tan nuevo y transformador, en realidad no lo era ni podía serlo, aunque haya podido generar no pocas inquietudes e incertidumbres hasta que las aguas vuelven a su cauce.

Y, desde luego, lo que se establece como principio o norma más general, no debe repetirse al formularse normas sobre aspectos más concretos, específicos o especiales, como ya hemos dejado dicho.

¿Qué necesidad hay, por ejemplo, en fin, de repetir, aunque parcialmente, en el art. 6.2 de la LOE, al tratar del currículo, que no es sino la determinación de los elementos que habrán de componer la educación (art. 6.1), los mismos fines de esta, ya enunciados anteriormente de modo exhaustivo por la misma LOE? Mencionar además algunos de los fines del art. 2 y no otros de los allí proclamados, puede plantear dudas, por más que, por otro lado, no pocos de los fines enunciados en ese art. 2 estén contenidos en otros de más general alcance que en él también se formulan, de modo que, probablemente los reiterados en el art. 6.2 en realidad comprenden a todos.

Cuánto podrían abreviarse y clarificarse tantas normas, simplemente con un poco más de rigor lógico, empezando por el conceptual, con el consiguiente buen orden sistemático.

Notas

¹ Según versión de Jesús M.^a Rodríguez Arias en la edición de Tomás de Aquino (1989, p. 743). Nos hemos permitido cambiar su traducción de *conveniens* —que connota algo más que proporcionalidad— como «proporcionada», por adecuada. El texto es un clásico, muchas veces comentado y utilizado. Vid. por ejemplo, Caravale, 2018, p. 86.

² Oportunamente, se ha recordado también que «la preocupación por la calidad del lenguaje normativo tiene raíces históricas, pues ya en las Siete Partidas de Alfonso X podemos leer que la escritura de las leyes las «deben hacer hombres sabios y entendidos» y que «ha de ser hecha

de muy buenas palabras y muy escogidas» (Ley 9, Título 2, Primera Partida)» (Moreu Carbonell, 2020, p. 320).

³ En 2019 ha aparecido incluso un Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación (Fundación Democracia y Gobierno Local), aunque la amplitud temática de su primer objeto puede llevar a dejar más de lado el segundo.

⁴ Por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, se aprobaron en España unas extensas y concretas Directrices de técnica normativa (BOE del 29), pero hay que destacar, sobre todo, la Ley 39/2015, art. 129 (vid. Martínez López-Muñiz, 2016 y 2017), sobre la que la STC 55/2018 ha impuesto una interpretación discutiblemente restrictiva. El TS ya ha aplicado ese precepto para anular algún reglamento del Gobierno: STS 868/2020, de 24 de junio de 2020 [ECLI:ES:TS:2020:1946], FFDD 1 y 3.

⁵ Moreu Carbonell (2020, p. 321), siguiendo a Gregorio Salvador (2004, p. 631).

⁶ Diversos autores han llamado la atención al respecto. «El Derecho es lenguaje. [...] Por eso hay que cuidar las “palabras” de la ley» (Pendás, 2018, p. 217); «un buen Derecho no es posible sin un buen lenguaje» (Moreu Carbonell, 2020, p. 344).

⁷ Se ha observado certeramente que «los distintos lenguajes jurídicos responden a visiones del mundo también diferentes» y que «una lengua no es sólo una serie de conceptos con sus palabras o etiquetas correspondientes: es un modo de ver el mundo, insustituible e irreplicable, incluso en dominios más complejos o abstractos del lenguaje» (Moreu Carbonell, 2020, p. 329).

⁸ Pendás (2018, p. 219); más ampliamente Cruz Villalón (2003), quien insiste especialmente en las exigencias de coherencia, sistema y protección de la confianza (p. 160).

⁹ Aunque se subraya por todos los autores, lo ha analizado muy especialmente García-Escudero (2014).

¹⁰ Cfr. García-Escudero (2014, particularmente p. 10).

¹¹ Vid. García-Escudero (2014, p. 11), que ilustra a la vez el respeto del Tribunal al pluralismo, también explicitado en la misma sentencia citada, después de la afirmación transcrita. Esta autora ha analizado pormenorizada y críticamente los defectos considerados irrelevantes por varias sentencias a los efectos del control que corresponde al TC, aun criticándolos en muchos casos y exhortando a no incurrir en ellos por los riesgos que comportan, así como los supuestos en que, por conexión con determinadas exigencias constitucionales, tales defectos se han llegado a tener por inconstitucionales.

¹² Vid. al respecto, Cruz Villalón (2003: 164), aunque no parece favorable al recurso previo (2003:165). Tal tipo de recursos previos existen en otros Estados de

nuestro entorno europeo, como Francia (art. 61 de su Constitución) o Portugal (art. 278 de su Constitución).

¹³ Sentencia de la Gran Sala, De Tommaso c. Italia, de 23 de febrero de 2017, §§ 106-109. Sobre ello, antes de esta sentencia, Martín-Retortillo Baquer, L. (2003).

¹⁴ Estatutos aprobados por Real Decreto 845/2015, de 28 de septiembre, art. 1. Su art. 3 incluye entre sus funciones, la corrección técnica, de claridad del lenguaje jurídico y de estilo de los anteproyectos de ley y proyectos de disposiciones que le sea encomendada por el Ministro de Justicia. De su preámbulo ha desaparecido la adversa valoración de la codificación contenida en la anterior regulación de 1997, justamente criticada por García de Enterría (2006, p. 71 y ss.).

¹⁵ a) La calidad técnica y el rango de la propuesta normativa. b) La congruencia de la iniciativa con el resto del ordenamiento jurídico (...), con otras que se estén elaborando (...). c) La necesidad de incluir la derogación expresa de otras normas, así como de refundir en la nueva otras existentes en el mismo ámbito.

¹⁶ En particular: a) Valorará la calidad técnica de la propuesta normativa, atendiendo al correcto uso del lenguaje y al cumplimiento de las Directrices de técnica normativa, así como la adecuación del rango normativo propuesto. b) Examinará la congruencia de la iniciativa con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico (...), con otras que se estén elaborando (...) o que se vayan a elaborar (...), evitando posibles duplicidades y contradicciones. (...) e) Comprobará que el contenido de las partes expositiva y dispositiva de la propuesta es conforme con los principios y reglas establecidos en el título VI de la Ley 39/2015, (...) y en el Título V de la Ley 50/1997 (...). f) Analizará el cumplimiento o congruencia de la iniciativa con los proyectos de reducción de cargas administrativas o buena regulación que se hayan aprobado (...). (art.2.2).

¹⁷ Vid., en la doctrina, Arzoz Santisteban (2010).

¹⁸ Cual sería a nuestro entender el caso con respecto a las nuevas redacciones del art. 109 y de la disposición adicional 25.^a de la LOE tras la LOMLOE, como hemos justificado en otra ocasión.

¹⁹ En cuanto al «fenómeno de las normas promocionales o programáticas», causa justificada preocupación «la pérdida del carácter imperativo de las normas [...]. No hace falta ser un positivista a la vieja usanza para sostener una verdad concluyente: el Derecho solo merece tan honroso nombre si lleva consigo un elemento coactivo» (Pendás, 2018, p. 216-217).

²⁰ Como se desprende de lo analizado por Martínez López-Muñiz (1991, p. 424-427). Aunque no se hizo entonces objeto específico del estudio la noción del interés su-

perior del niño, una consideración de cuantas referencias hay a este en la Convención (destacadamente arts. 3.1 y 2, 9.1, 18.1) evidencian igualmente la primacía de los padres en su apreciación y la excepcionalidad supletoria de la que pueda corresponder a las instituciones públicas.

Referencias bibliográficas

- Astarloa Huarte-Mendicoa, I. (2021). Reivindicación de la ley y exigencias consecuentes para el legislador de nuestro tiempo. *Revista de las Cortes Generales*, 110, 65-95.
- Arzoz Santisteban, X. (2010). Interpretación conforme. En J. A. Santamaría Pastor, *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* (pp. 619-662). La Ley.
- Bermejo, J. (2005). *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural. Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación* (2005). Cuadernos Civitas. Thomson-Civitas.
- Caravale, M. (2018). La legge e la tradizione. Glossatori civilisti e decretisti sul rapporto tra legge antica e legge nuova: qualche nota [Ley y tradición. Glosadores civilistas y decretistas sobre la relación entre el derecho antiguo y el nuevo: algunas notas]. *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 9, 37-116.
- Cruz Villalón, P. (2003). Control de la calidad de la ley y calidad del control de la ley. *Derecho Privado y Constitución*, 17, 147-168.
- De Aquino, T. (1989). *Suma de Teología, II, Parte I-II*. Biblioteca de Autores Cristianos. <https://bit.ly/3GvDebX>
- Fernández, T.-R. (2008). De la banalidad a la incoherencia y la arbitrariedad. Una crónica sobre el proceso, al parecer imparable, de degradación de la Ley. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 0, 46-55.
- García de Enterría, E. (2006). *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Cuadernos Civitas. Thomson-Civitas.
- García-Escudero Márquez, P. (2014). El control constitucional de la calidad de las leyes. *Cuadernos Parlamentarios*, 11, 9-40.
- García-Escudero Márquez, P. (2015). Técnica legislativa y seguridad jurídica en la doctrina del Tribunal Constitucional español. En E. Arana García (Dir.), *Algunos problemas actuales de técnica legislativa* (pp. 89-119). Aranzadi, Thomson-Reuters.
- Herrero Perezagua, J. F. (2021). Palabra precisa y lenguaje sencillo en el discurso jurídico. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 95, 26-39.

- Martín-Retortillo Baquer, L. (2003). La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Derecho Privado y Constitución*, 17, 377-406.
- Martínez López-Muñoz, J. L. (1991). Configuración y alcance de los derechos y libertades educativas en la Convención de los Derechos del Niño de 1989: algunas consecuencias. *revista española de pedagogía*, 49 (190), 419-431. <https://bit.ly/3IzJwJq>
- Martínez López-Muñoz, J. L. (2016). La elaboración de los reglamentos. En F. López Menudo (Dir.), *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y régimen jurídico del sector público* (pp. 307-343). Universidad de Sevilla.
- Martínez López-Muñoz, J. L. (2017). El contexto y los principios inspiradores de las Leyes 39 y 40/2015. En C. I. Velasco Rico (Dir.), *Reflexiones sobre la Reforma administrativa de 2015. Análisis crítico de las Leyes de Procedimiento Administrativo Común y de Régimen Jurídico del Sector Público* (pp. 9-25). Marcial Pons.
- Menéndez Menéndez, A. (Dir.) y Pau Pedrón, A. (Dir. Adj.) (2004). *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*. Thomson Civitas.
- Moreu Carbonell, E. (2020). Nuestro lenguaje: el giro lingüístico del Derecho. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 1, 313-362.
- Pendás, B. (2018). La Ley contra el Derecho. *Revista de las Cortes Generales*, 104, 251-220.
- Rebollo Puig, M. (2010). *Los principios generales del Derecho*. En J. A. Santamaría Pastor, *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* (pp. 1521-1583). La Ley.
- Salvador, G. (2004). La lengua y el Derecho: la percepción del filólogo. En A. Menéndez y A. Pau (Dirs.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho* (pp. 631-641). Thomson Civitas.
- Santamaría Pastor, J.-A. (2010). Presentación. En J. A. Santamaría Pastor (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* (pp. 43-54). La Ley.
- Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU). *Boletín Oficial del Estado*, 307, de 24 de diciembre de 2001, páginas 49400 a 49425. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2001/12/21/6>
- Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional (LOCFP). *Boletín Oficial del Estado*, 147, de 20 de junio de 2002, páginas 22437 a 22442. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2002/06/19/5>
- Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE). *Boletín Oficial del Estado*, 106, de 04 de mayo de 2006. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2006/05/03/2/con>
- Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE). *Boletín Oficial del Estado*, 295, de 10 de diciembre de 2013. <https://bit.ly/314YPJ5>
- Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOMLOE). *Boletín Oficial del Estado*, 340, de 30 de diciembre de 2020, páginas 122868 a 122953. <https://bit.ly/3ra9FIr>

Biografía del autor

José Luis Martínez López-Muñoz es Doctor en Derecho por la Universidad de Oviedo. Ha sido Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Valladolid de 1988 a 2015. Desde septiembre de 2015 es Profesor Emérito de esta Universidad. Es autor de diversas publicaciones sobre temas relacionados con el Derecho Administrativo, Constitucional y de la Unión Europea, parte de ellas dedicadas a diversos aspectos del derecho a la educación. Ha sido miembro de la Junta Electoral Central (1991-1994) y del Consejo de Universidades/Consejo de Coordinación Universitaria (1994-2007). Es académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Valladolid.



<https://orcid.org/0000-0002-5162-5225>

Leyes citadas

Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE). *Boletín Oficial del Estado*, 159, de 04 de julio de 1985. <https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/03/8/con>

Sumario *

Table of Contents **

La LOMLOE ante los desafíos de la educación española en el siglo XXI *The LOMLOE amidst the challenges of the Spanish education system in the 21st century*

Editor invitado: Francisco López Rupérez
Guest editor: Francisco López Rupérez

Francisco López Rupérez

Presentación: La LOMLOE ante los desafíos de la educación española en el siglo XXI
Introduction: The LOMLOE amidst the challenges of the Spanish education system in the 21st century

3

Estudios y ensayos *Studies and essays*

Francisco Esteban Bara y Fernando Gil Cantero

Las finalidades de la educación y la LOMLOE: cuestiones controvertidas en la acción educativa
The purposes of education and Spain's LOMLOE educational legislation: Controversial questions in educational action

13

José Luis Gaviria y David Reyero

La transmisión de los contenidos culturales y su evaluación entre los fines del sistema educativo, según la LOMLOE
The transmission of cultural content and its evaluation among the ends of the education system: An analysis of the LOMLOE

31

Francisco López Rupérez

El enfoque del currículo por competencias.
Un análisis de la LOMLOE
The transmission of cultural content and its evaluation among the ends of the education system: An analysis of the LOMLOE

55

José Luis Martínez López-Muñiz

La calidad regulatoria de los marcos normativos: una aproximación crítica
The regulatory quality of legal frameworks: A critical approach

69

Charles L. Glenn

Pluralismo educativo y niños vulnerables
Educational pluralism and vulnerable children

85

José Adolfo de Azcárraga

La nueva legislación educativa: por qué no mejorará la educación pública en España
The new Spanish educational legislation: Why public education will not improve

111

* Todos los artículos están también publicados en inglés en la página web de la revista: <https://revistadepedagogia.org/en>.

** All the articles are also published in English on the web page of the journal: <https://revistadepedagogia.org/en>.

Investigaciones y propuestas

Testing and proposals

María Teresa Ballestar, Jorge Sainz e Ismael Sanz

Evaluación económica de intervenciones educativas en la LOMLOE: propuestas de mejora con inteligencia artificial

An economic evaluation of educational interventions in the LOMLOE: Proposals for improvement with Artificial Intelligence

133

Francisco López Rupérez

La calidad de la gobernanza del sistema educativo. El caso de la LOMLOE

The quality of governance of the education system. The case of the LOMLOE

155

Inmaculada Egido Gálvez

La reforma del currículo para responder a los retos del futuro. España en perspectiva internacional

Curriculum reform to respond to the challenges of the future. Spain in international perspective

175

Samuel Gento Palacios, Raúl González-Fernández y Ernesto López-Gómez

Dirección de centros educativos y ampliación de autonomía con rendición de cuentas. El rol mediador del liderazgo pedagógico

Heads of educational institutions and expansion of autonomy with accountability. The mediating role of pedagogical leadership

193

Reseñas bibliográficas

Escámez-Sánchez, J. y Peris-Cancio J.-A. (2021).

La universidad del siglo xxi y la sostenibilidad social

(Ramón Mínguez-Vallejos). **Grupo SI(e)TE Educación**

(2021). La calidad en la educación (José Antonio Jordán).

Santos-Rego, M. A., Lorenzo, M. y Mella, I. (2020).

El aprendizaje-servicio y la educación universitaria. Hacer personas competentes

(Alexandre Sotelino Losada).

211

Informaciones

Congreso anual de Filosofía de la Educación de la Sociedad de Filosofía de la Educación de Gran Bretaña; IX Congreso Internacional «La Palabra en la Educación.

El papel del arte, la literatura y la belleza en el fomento de la resiliencia y el crecimiento postraumático»;

XX Congreso Internacional de Investigación Educativa «Educación inclusiva y equitativa de calidad en tiempos de crisis»; ECER Conference Education in a Changing World: The impact of global realities on the prospects and experiences of educational research.

223



ISSN: 0034-9461 (Impreso), 2174-0909 (Online)

<https://revistadepedagogia.org/>

Depósito legal: M. 6.020 - 1958

INDUSTRIA GRÁFICA ANZOS, S.L. Fuenlabrada - Madrid

The regulatory quality of legal frameworks: A critical approach

La calidad regulatoria de los marcos normativos: una aproximación crítica

José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, PhD. Emeritus Professor. University of Valladolid (marlomu@uva.es).

Abstract:

The regulation on education suffers from the lack of regulatory quality of many laws and regulations that has been denounced in many countries. The concern for the quality of the norms is old, but it has intensified in the face of “motorized” and “unbridled” legislation that is being the result of the exercise of the normative power by the social and democratic constitutional State under the rule of law. Some causes of the degradation of legislative quality, still limited by the fundamental role of constitutions and international treaties, can be identified. Among the means for remedying or, at least, alleviating or curbing the problem, Spain has, although still with limited effectiveness to date, the role given to the Council of State, the General Codification Commission, the Office of Coordination and Regulatory Quality and the Constitutional Court. Particularly noteworthy

are some defects or aspects that could be improved on in terms of the quality of the legal framework formed by the main statutes (organic laws) regulating education in Spain.

The entire analysis focuses on the legal method, the basis of well-founded doctrinal opinions, legal information and some judicial decisions, under a concept of knowledge or legal science that assumes the integrity of its understanding from the Digest of Justinian Roman Law as *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*, and which, therefore, is founded on ontological anthropology and includes due attention to logic and linguistics. The conclusion arises from the study as a whole: the goal of achieving legislative quality that arises from the outset as a substantive requirement of all legislation, and which is so lacking, cannot fail to be decisively and critically pursued.

Revision accepted: 2021-06-30.

This is the English version of an article originally printed in Spanish in issue 281 of the **revista española de pedagogía**. For this reason, the abbreviation EV has been added to the page numbers. Please, cite this article as follows: Martínez López-Muñiz, J. L. (2022). La calidad regulatoria de los marcos normativos: una aproximación crítica | *The regulatory quality of legal frameworks: A critical approach*. *Revista Española de Pedagogía*, 80 (281), 69-83. <https://doi.org/10.22550/REP80-1-2022-03>

<https://revistadepedagogia.org/>

ISSN: 0034-9461 (Print), 2174-0909 (Online)

year 80, n. 281, January-April 2022, 69-83
revista española de pedagogía



69 EV

Keywords: Legislative quality, good regulations, legal certainty, educational legislation, constitutionality of laws.

Resumen:

La normativa sobre educación adolece de la falta de calidad regulatoria de muchas leyes y reglamentos que viene denunciándose en muchos países. La preocupación por la calidad de las normas es antigua, pero se ha recrudecido ante la legislación «motorizada» y «desbocada» en que se ha traducido el ejercicio del poder normativo del Estado constitucional, social y democrático de derecho. Cabe identificar algunas causas de la degradación de la calidad normativa, aun limitadas por el papel fundamental de las constituciones y por el de los tratados internacionales. Entre los medios para remediar el problema, o al menos paliarlo o frenarlo, se cuenta en España, aun con limitada eficacia hasta ahora, con el papel del Consejo de Estado, la Comisión General de Codificación, la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa o incluso el Tribunal Constitucional. Son de notar en

particular algunos defectos o aspectos mejorables en la calidad del marco normativo formado por las principales leyes orgánicas reguladoras de la educación en España.

Todo el análisis se atiene al método jurídico, sobre la base de fundadas opiniones doctrinales, datos normativos y algunas decisiones jurisdiccionales, bajo un concepto del saber o de la ciencia jurídica que asume la integridad de su comprensión en el Digesto del Derecho romano justiniano como *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*, y que, por ende, toma como cimiento una antropología ontológica, e incluye una debida atención a la lógica y la lingüística. La conclusión se desprende del conjunto del trabajo: no puede dejar de perseguirse, decidida y críticamente, el objetivo de la calidad normativa que se plantea desde el comienzo como exigencia sustantiva de toda normativa jurídica, y que tanto se echa en falta.

Descriptores: calidad normativa, buena regulación, seguridad jurídica, legislación educativa, constitucionalidad de las leyes.

1. Along-standing concern, exacerbated in modern times

1. In the 13th century, on the subject of laws, Saint Thomas Aquinas stated under question 95, Article 3 of I-II *Summa Theologica*, the following famous words of Saint Isidore of Sevilla, the wise Spaniard of the 6th and 7th centuries, taken from his *Etymologiae*:

The law has to be honest, fair, possible according to the nature and customs of the

country, appropriate to the place and time, necessary and useful; it must also be clear, so that no tricks are hidden in the darkness; it has to be enacted not for private profit, but rather for the common benefit of all citizens¹.

In these Isidorian demands, some truly substantial ones can be found, such as, for example, that the law must be “honest, fair” and “not for private profit, but rather for the common use of citizens”; no doubt understanding such “private profit” not as

being contrary to common use — something that today we would say is not covered by the fundamental rights of people or, in reality, that contradicts it —, but rather, as is logical, as more awareness of the centrality, for the law as a whole, of human beings, their dignity and of their legitimate rights and individual freedoms, the just social conjunction of which, insofar as corresponding to all individuals, specifically constitutes the “common benefit of all citizens”.

The other demands, however, look at how the law’s essential aim must be achieved and from what, ultimately, its quality in meeting its *raison d’être* will derive. A complete programme, effectively, of legislative quality that so often may indeed be longed for despite the long-standing nature and authority of its formalisation².

2. The special importance granted to the law and its connection to popular will in the new constitutional rule of law —which emerges and largely materialises with the so-called contemporary age as from the revolution and independence of the United States of America in the later decades of the 18th century, and later, in Europe, as from the French revolution of 1789—, has come to test with increasing acuity in our era the standards of quality required of good laws.

The existence of certain permanent legislative powers, which are periodically renewed every few years via public representation, has generated a progressive legislative fever that increasingly entangles legal systems and constant changes and alterations, seemingly or in reality.

In the first half the 1900s, Carl Schmitt spoke of the problem of “motorised legislation”. Professor García de Enterría, at the peak of his authority, on receiving in 1999 an honorary doctorate from the University of Málaga, spoke of “a world of unbridled laws” (2006). Professor Aurelio Menéndez, along with Antonio Pau, took a seminar at the Colegio Libre de Eméritos, which gave rise to collective works published in 2004 called, *The proliferation of legislation: a challenge for the rule of law* (*La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*). Pendás (2018, p. 216) talks of “legislative hypertrophy” and legislative “inflation” with an effect of devaluing the legislation, similar to that on the value of money that produces its inflation. There is a growing feeling of unease and concern for the alarming decrease in the quality of laws and regulations, with its unavoidable consequences: insecurity, instability and divisiveness. Furthermore, focus regarding doctrinal³ and official means, even in some legislative texts⁴, is on the importance of ‘better regulation’ —expression that some use as the new Mediterranean—, even though it may occur that the same rules that urge it, in turn, totally contradict the most fundamental aspects of the scope of said notion.

2. Reasons

1. None of the political agendas competing to obtain public support refrains from promoting a bigger or smaller range of new laws and the consequential “indispensable” legislative changes. Furthermore, there is a widespread idea that a parliament or legislature that fails to pass a good

number of laws does not achieve its mission and, therefore, it is seen as evidence of the corresponding government's failure. And, naturally, majority changes have to be set out in new legislative packages, as though the laws were the pure 'balm of Fierabras', a magic potion for any economic, educational, healthcare or social problem at any time. The reality is evidence enough that, often, the problem is not in the laws themselves, but rather in how they are or are not complied with in administrative, financial and managerial actions, as well as in other diverse ethical, cultural and social factors, the improvement of which such laws provide little, and even less so when they are badly done.

Of course, there is also the case of going down in history, affixing one's signature to a new law, which continues to be one of the most influential reasons, despite now knowing that nothing is certain with regard to the permanency of laws, not to mention that of regulations. But one major cause of the imbroglio of many laws and of the excessive changes to them is the government's wish to "armour-plate" rules that should only be regulations by giving them the status of laws (Astarloa, 2021, p. 76). Many statutes contain an excess of intricate regulations; this tends to detract from what they should be, namely more abstract, basic and stable rules.

The "pet projects" of functionaries and politicians when exercising their regulatory powers have been discussed in writings on administrative law, but they are no less common in the laws themselves, despite statutes having more filters, which some-

times "encapsulate" the ideas of particular people, meaning that experts can put names and surnames to them.

The current process for drawing up laws and regulations provides a number of routes at all levels for the attentive and persistent activities of a wide variety of lobbying and pressure groups. These are wholly organised for this purpose and often achieve their goals, for good or ill depending on their aim in each case. In reality, few people have an understanding of such intricacies. Transparency is not always a feature and everything is so fast, heterogeneous and multi-layered, that it is hard to retain so many facts. They are soon superimposed on top of one another and become blurred in the memory, if there is any recollection. It has rightly been noted that "one problem with the low quality of the language of regulations is the challenge of finding the person responsible for the texts," as "there are hundreds of writers and intermediaries, and public participation adds to the confusion," something that "could explain why the linguistic form of the rule, which should be simple and coherent (...), is complicated, ambiguous and nebulous"⁵.

2. Other generalised cultural factors now contribute to the confusion of the legislative framework. One that is especially important is the worrying lack of care for command of the language⁶. Another, is a growing decline in rational thought that follows a coherent conceptual logic. This is a consequence of the predominant excess of empiricism and pragmatism. It is in the field of law that we see the undermining of a genuinely scientific way of thinking that

aspires to concepts that are well-founded both aetiologically and critically and duly coordinated as part of a coherent system that can fully account for the enforceable interpersonal exigencies that underpin a just social order. This results in a tendency to multiply specific cases and particularised regulations in all of their complexity in the body of rules: there is no ability to exercise appropriate conceptual abstraction that would reduce this complexity to what, being shared by that diversity, could be formulated much more straightforwardly, simply, accurately, adequately and effectively.

In addition, fierce ideological clashes constantly flare up in our time and then continue. There are many countries – it is virtually a shared feature of the most developed countries – where deep social divisions are developing in the understanding of central anthropological and social matters. This undoubtedly results in deeply divergent ideas about social organisation, and there are often great difficulties in seeking and finding a way to approach and accommodate them with some degree of stability⁷.

In this perspective and context, winning power in each electoral encounter comes to be seen as decisive, with the aim of being able to try to push through one's programme, even if only a narrow majority is obtained in the ballot, which so often does not even guarantee a minimum effective social majority. So, with frequent changes of fortune where the majority changes hands, governments attempt, to varying extents, to weave and then unpick the shroud of Penelope that they make in so many areas of legislation.

Also, many laws are set out as *measures* to promote one policy or another — *Massnahmegesetze* as Carl Schmitt would say (García de Enterría, 2006, p. 49-51) — and not to establish stable, lasting regulatory frameworks for liberties or for the obligatory fulfilment of one or other fundamental rights.

In short, successive changes to the same laws are not drawn up with the appropriate clarity and simplicity, legislative “packages” that simultaneously modify laws on a range of different matters are misused and the decree-law model has also been distorted with very worrying effects.

3. A well-established constitution that is guaranteed by a consistent supreme or constitutional court places significant limits on these swings and requires a qualified majority or a broad political consensus to change the most fundamental legal standards, at least in a number of aspects. However, theories about the evolving interpretation of the constitution could reduce the actual importance of the constitutional framework and allow approaches to flourish that for many go beyond the constitution, thus souring political life and hindering good legal order.

4. Another factor that limits — positively most of the time — confrontation about fairly basic aspects of the social order, is the way the state is bound by international or supranational treaties that constrain and guarantee certain options, commonly shared in the international order or within the sphere of supranational organisations like the European Union.

Treaties take precedence over laws and are hard to modify.

3. Remedies... or brakes

1. Even with the limitations we have noted, the problem of the poor quality of rules is still all too frequent and is hard to solve. The best remedies can only involve trying to solve the defects in culture, education, science, politics and reason that we have noted, but this is an enormous, long-term task. Meanwhile, the best organised states, as they have become more aware of the negative implications of what we have described, have created structural and procedural rules and mechanisms to try to lessen the process of regulatory degradation and to guarantee, as far as possible, greater reflection, justification and moderation, better drafting and good coordination in the exercise of regulatory powers, particularly those of the legislature.

2. There is ongoing discussion about whether the constitutionality of other aspects of the quality of the law can be subject to review — as well obviously as considering how their substantive content or competence and procedural requirements fit the constitutional order — at least in some of their components⁸, and, obviously, primarily insofar as this might affect the *legal certainty* that section 9.3 of Spain's constitution guarantees as one of its principles⁹. It is important not to ignore the fact that “legislating clearly and effectively”, using good “regulatory technique”, is not just a question of “good practice” but can be very important for the effectiveness of this constitutional requirement of legal certainty¹⁰.

Indeed, Spain's Constitutional Court has sometimes interpreted it in this way, although understandably it usually maintains a position of giving the fullest consideration to the different ways of shaping legislation that result from the plurality of Spain's democracy of liberties, as well as the fact that it is not itself responsible for ensuring the technical perfection of regulations, that is to say insofar as they do not neglect or harm constitutional requirements. But it is true that “confusing, obscure and incomplete legislation is difficult to apply and, as well as undermining legal certainty and public trust in it, can even obscure the value of justice,” as the same court said in its judgment 150/1990, FJ 8¹¹. Similar criteria can also be inferred from, for example, the principle of prohibition of arbitrary action in section 9.3 of Spain's constitution (Fernández, 2008, Astarloa, 2021, p. 77).

However, insofar as this review is possible, it will still always be *ex post* and occasional, even if what the constitutional court says on the matter will still have some influence on the composition of future laws. Restoring the abolished prior review for unconstitutionality in Spain would not change the fact that control by the constitutional court comes after the law, but it would take place before the law is published and takes effect and so this would undoubtedly increase its effectiveness¹².

It is also worth noting that the European Court of Human Rights has held itself to be competent to hear certain cases — particularly ones regarding the conditions of the power to discipline — concerning the quality of the law, as something

linked to its predictability and accessibility¹³.

3. In Spain the Council of State has played an important role, as the government's supreme advisory body for many of the regulations it adopts, but also often for the bills it sends to parliament.

Even so, the Council of State — and, where applicable, the corresponding advisory bodies in the Autonomous Regions — only intervene when the text of the preliminary draft has already been shaped, in a very advanced phase of the drafting of the rule, before its final approval or it being sent to the legislative branch. Its options for having an impact are considerable, but limited: the structure of the rule, its general orientation and its formulation are already practically complete when they go to it for consultation, although it is true that the Council is sometimes able to persuade the executive to make significant changes. But it is never involved in the genesis of a project or its first steps.

4. The General Administration of the State also, notably, features two bodies entrusted with ensuring the quality of laws and even regulations to different extents.

The oldest of them, established in 1843, is the General Commission of Codification of the Ministry of Justice, to which “corresponds, in the field of competence of the ministerial department to which it is affiliated — and in that of the competences of others at their request — the preparation of pre-legislative and regulatory texts and any other tasks entrusted to it for the bet-

ter orientation, preservation and protection of the legislative framework”¹⁴.

It has traditionally focussed on private, civil and commercial, criminal and procedural or judicial law. However, since 1938 public law has also been assigned to it and is now the object of one of its sections, which covers constitutional, administrative and financial and tax law.

The importance of this Commission for the desired outcome of improving technical quality is potentially considerable, but in reality, it is limited or simply non-existent with regards to everything that pertains to the right of legislative initiative or the formulation of rules by ministries other than the Ministry of Justice, as happens in almost all of the legal-administrative and, consequently, educational spheres.

There have been attempts to expand its activities, including changing its name — something that happened in the Second Republic (1931-1939) — and make it a major permanent instrument of the government ensuring the highest possible quality of rules right from their origin and first formulations, similar to what is found in different forms in other countries. But no progress towards this important objective has yet been made.

In contrast, there have also been attempts to promote this objective through the Ministry of the President of the Government (under the various names this has gone by), in connection with its traditional important role as the seat of the secretariat of the government, to which preparing councils of min-

isters corresponds. Royal Decree 1081/2017, of 29 December, which covers improved compliance with what is provided for this purpose as basic legislation by Law 39/2015 regarding the Common Administrative Procedure and, for the state by Law 50/1997 regarding the Government (amended by Law 40/2015) established the Coordination and Regulatory Quality Office (OCCN) in the Under-Secretariat of that ministry, with the modest rank of a subdirector general. This royal decree also regulates its functioning. It is specifically entrusted with issuing advice on the areas stated in section 26.9 of the Law of the Government 50/1997¹⁵, relating to preliminary bills, organic laws or ordinary laws, draft royal decree-laws, draft royal legislative decrees and draft regulatory royal decrees¹⁶. The subject matter of the draft general regulations that it must report on expressly include *education*.

We cannot go into detail, and indeed it seems unnecessary for the purposes of these pages, but this Office can — as its regulatory rules state (sec 6 of Royal Decree 1081/2017) — receive *qualified advice, if deemed necessary, and, in particular, request the cooperation of the General Codification Commission* — with which, incidentally, the second additional provision orders special cooperation — (...) of the Centre of Political and Constitutional Studies (...) and of the Secretariat of the Council for Market Unity. And it is notable (sec. 7) that the competent ministries have to request the advisory report from the Office *once they have a first text of the draft and the corresponding regulatory impact analysis report*, before other reports. Therefore, although this advisory report

will not be binding, if it is not followed, *the reasons for doing this must be justified*.

This seems to be a major step, but to date we are not aware of it having born any fruit or whether the various ministerial departments — so numerous recently — and ultimately the government, actually use the services of this new Office. In reality, the texts of the numerous royal decree-laws from recent years or of the statutes that come from bills, or, ultimately, the texts of the abundant regulatory royal decrees, only seem constantly to increase the defects in legislative technique.

5. Besides that, various advisory bodies, attached to the different branches of the General Administration of the State — and of the regional administrations — intervene in the corresponding sectoral texts, although not in the specific area of their technical-legal quality, without forgetting the role that the ordinary legal advice services try to cover for these purposes, although they are usually in demand for a multitude of tasks and also do not usually have special qualifications for carrying out the function to which we refer even in a system with a minimal degree of collegiate performance, etc.

6. Finally, we should note the important proposals that have been made to ensure that the Spanish Parliament itself, with its qualified legal and technical services — which for this purpose would be concentrated in an Office for Legislative Quality — plays a significant role in preserving and raising the quality of laws (Asarloa, 2021, pp. 82-89).

4. This question in Spain's educational legislation

1. Basic educational legislation is the exclusive competence of the State, in accordance with sec. 149.1.30^a of Spain's constitution. It is also largely reserved — without prejudice to the necessary regulatory additions that are accepted — to organic law under sec. 81. It is now set out in a handful of organic laws currently in force — although not all of their content has that status — that comprise what we could consider the basic legal framework (the word basic here has its common meaning and not the technical legal-constitutional one) of education in Spain: the LODE (Organic Law 8/1985, of 3 July 1985, regulating the Right to Education), LOE (Organic Law 2/2006, of 3 May, on Education), LOU (Organic Law 6/2001, of 21 December 2001, on Universities) y LOCFP (Organic Law 5/2002 of 19 June 2002 on Qualifications and Vocational Training).

2. However, it is known that all of these laws, especially the first three, have undergone major modifications and reforms with virtually every change of majority in parliament and governing party. Layers of changes have built up, especially in the LOE, as one of the factors in their textual complexity. Since latest reform produced by the LOMLOE ((Organic Law 3/2020 of 29 December 2020, which amends Organic Law 2/2006 of 3 May on Education, promoted by the Minister Isabel Celáa), contains a major technical-legal flaw that still causes perplexity and uncertainty: in its political desire to make explicitly its complete rejection of the educational legislation enacted under the majority of the Partido Popular

led by Mariano Rajoy seven years earlier, its single derogatory provision provides for the complete repeal of the LOMCE (Organic Law 8/2013, regarding the improvement of the quality of education). However, if we consider what the new organic law amends and maintains from the text of the LOE over the 99(!) paragraphs — including some numbered as *bis* or *ter* — of its extremely long single section, it is clear that altering in detail some of the precepts that had been modified by LOMCE was not proposed. Should the repeal be understood to impose a return to the original text of the LOE in such precepts?

An example: the single article of the LOMLOE does not in any way modify para. 3 of sec. 116 of the LOE, although para. 59 does modify other paragraphs from it. But the LOMCE added a brief second subparagraph to paragraph 3 by virtue of which: *Educational funding agreements will have a specific minimum duration of six years in the case of Primary Education and four years in other cases*. The consolidated version of the LOE published in the official state gazette still contains this text. This suggests that the LOMLOE's derogatory provision is to be interpreted as having limited effects with regards to the content of the LOMCE that was altered — eliminated or amended — by the LOMLOE's single section, but not the rest of it.

In any case, it displays clear failures of legislative technique.

3. There is no doubt that the content of the LODE primarily relates to the compulsory levels of education, but its most im-

portant precepts still have implications for other levels or stages of education. While it is true that university education and, perhaps even more so, vocational training have very distinctive features, partly thanks to their more direct relevance to various rights and liberties, or for aspects of general interest that differ from the strictly educational, the common application to all of education of the basic requirements of the Constitution regarding the right to education (especially but not only sec. 27) as well as some precepts of the LODE that try to make substantive requirements clearer, could easily justify the consolidation into a single legal text of what is currently governed by the four organic education laws discussed above, thus facilitating a useful simplified codification. Although, ultimately, steps could be taken to simplify and clarify this legislation by maintaining the current distinction between one law which is more general in character and principles — a LODE with all of that more basic and common regulatory part — and the three other organic laws that address what is specific to each of the three major areas of the educational system in general.

4. Of course, it would be essential for society as a whole, and more specifically political figures, to accept consistently and faithfully as an untouchable normative floor everything that is already established at a fundamental level by the Constitution as it has been interpreted in a consolidated and firm way by the Constitutional Court. This would not affect the right to promote constitutional reforms, but they would need a clear awareness of the very broad political consensus required and,

therefore, could not include vain attempts to sneak in through the legislative route things that can only be done by changing the constitutional framework. There might be assertions by the top court that could be subject to review, but it cannot be denied that over time it has developed a well-founded set of precedents regarding many of the implications of the Constitution, which does not appear to be alterable without changes to the text of the Constitution, although it can of course be complemented and modulated as new incidents allow new perspectives and insights.

Furthermore, we should not ignore the compulsory principle of interpreting laws in accordance with the constitutional order, which Spain's Constitutional Court has clarified¹⁷. This is explicitly mentioned in sec. 5.1 of the Organic Law of the Judiciary (LOPJ), so that only when it cannot be applied will it be appropriate to bring proceedings regarding matters of unconstitutionality before the Constitutional Court against a legal precept that contravenes the Constitution or its interpretation by the court (sec. 5.3 of the LOPJ). It is no wonder that by this route, we so often find that the law, as eminent German jurists from the late 19th century said, is more intelligent or more reasonable than the legislator, although this might happen not only in these cases of necessary interpretation "consistent" with the Constitution¹⁸ but, more generally, as a result of judicial interpretation, the principles of which are laid down in Spanish law sec. 3 of the civil code.

5. Greater sobriety in legal texts would be very welcome, avoiding undue repetition

and unnecessary explanations. A normative text is not and should not be a doctrinal or explanatory pamphlet or a political speech; it should limit itself to establishing properly normative rules as clearly and unquestionably as possible. And, as noted in legal scholarship (Santamaría Pastor, 2010; Rebollo Puig, 2010), particular care should be taken not to allow supposed “principles” to multiply without justification.

For this objective it is, of course, important to have a clear idea of what should be formulated as a rule or principle, in order for its fulfilment and for the consequent effective enforceability of the rights and duties that derive from it¹⁹, and to arrange normative texts with a suitable rational, systematic structure, including anything with this character in the most general terms and saving for the more specific or special regulations that which is only strictly applicable to them.

It makes no sense, for example, for the requirement of non-discrimination in education to be specified with regards to admission to educational centres supported by public funds (LOE, sec. 84.3) since this is something that clearly must always apply in all of the field of education and so is a basic principle. It also cannot solely be linked, as sec. 1.a bis) of the LOE does now, to *quality of education*, even though the same law then somewhat obsessively repeats these requirements here and there, as though simply stating it as a fundamental principle were not sufficient, even listing the factors that cause this discrimination, as it does when referring to the purposes of education in sec. 2, just a few lines after it states them in the aforementioned sec. 1.a bis).

If we quickly look at the ever longer section 1 of the LOE, for example, with its 21 principles set out from a) to r) with some *bis* letters among them, several defects are already apparent in its formulation, as well as the general reiteration of the basic general formulations already found in the LODE. Still referring to specific cases, and without going into a more detailed analysis of all of art. 1 of the LOE that would not be possible here, we can immediately see the irrelevance of emphasising, for example, the *effective fulfilment* of the Convention on the Rights of the Child and its protocols as the first “principle” of Spain’s education system since the LOMLOE. This is because this convention is only one of the various relevant *international treaties and agreements* relating to the subject of education that have been *ratified by Spain* in accordance with which sec. 10.2 of the Constitution states that *the rules relating to the fundamental rights and freedoms that the Constitution recognises* must be interpreted. Furthermore, it is not the most important of them. This is indeed a principle — and a constitutional one at that — of Spain’s education system, but there is no need to restate it in a law. However, mentioning just this convention and not other international treaties and agreements could give the false impression that the other international instruments, some of which, as noted, are even more basic and general, do not share the principal character claimed for *effective fulfilment* of it.

The unsuitability of what is formulated in letter a) as an inspiring principle of the education system is shared by the specific explicit mention of recognition of

the *best interests of the child*, of its right to education, not to be discriminated against and to participate in decisions that affect it and the obligation of the state to guarantee its rights. These rights are established in sec. 27 of the Constitution and are already reiterated at the organic-law level by the LODE. The state's obligation to guarantee all of these rights is inherent to the very notion of the state and exists at the constitutional level. It is not a bad idea to include, explicitly if desired, the principal importance of the *best interests of the child*, the appraisal and valuation of which is placed by the Convention primarily in the hands of parents and guardians²⁰ — something that should be made explicit in its legal formulation, if wanted, to ensure legal certainty — but it is unnecessary to accompany it with something that is already proclaimed in its own right and is of higher value. In addition, this wording would in any case be better in the LODE.

There are many examples of rambling, repetitive, confused or unduly partial wording in Spain's organic education laws, especially in the LOE and its various regulatory levels.

It must be stressed that legal texts do not exist for the purpose of publishing ideological-political diatribes in the official state gazette, but rather to regulate behaviour and determine the legal standing of claimants and respondents that are effectively enforceable through administrative and/or judicial guarantees. When introducing new rules, legislators should ask themselves: what will change with this supposed new rule? what will be modified? what will

its specific functionality be? So often, many of the reforms that fill pages in the official gazette do not result in anything, simply because in the real world they lack any legal effect. The people who passed many of these reforms were very satisfied because they had inscribed particular expressions for history, perhaps without realising that legal and institutional systems have mechanisms that can make the law more intelligent than the legislator, and so what they thought was new and transformative was actually not and could not be so, even if it did cause worry and uncertainty until the dust settled.

And, of course, what is established as a more general principle or rule, should not be repeated when formulating rules on more concrete, specific, or particular aspects, as we have already observed.

For example, what need is there for sec. 6.2 of the LOE regarding the curriculum to repeat, albeit partially, that the curriculum specifies the elements that education must cover (sec. 6.1), its very purposes, which are already set out exhaustively by the LOE itself? Also, mentioning only some of the aims of section 2 might raise doubts, even though many of the aims listed in section 2 are contained in others of more general scope that are also formulated in it, so that the ones reiterated in section 6.2 in reality probably comprise all of them.

Many rules could be made much more concise and much clearer simply by a little more logical rigour, starting with conceptual rigour, with subsequent good systematic order.

Notes

¹ According to the version of Jesús María Rodríguez Arias in the Thomas Aquinas edition (1989, p. 743). We have allowed ourselves to change his translation of the word *conveniens* — which implies something more than proportionality —, as ‘proportioned to’, for ‘appropriate to’. The text is a classic that is often used and referred to. Vide for example, Caravale (2018), p. 86.

² It has also been noted that “concern for the quality of legislative language has historical roots, given that the *Siete Partidas* of Alfonso X states that the writing of laws “must be done by wise and learned men” and that “they must be done with very good and well-chosen words” (Law 9, Title 2, Part One)” (Moreu Carbonell, 2020, p. 320).

³ In 2019 a Yearbook of Good Governance and Regulatory Quality (*Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación*) (Fundación Democracia y Gobierno Local) was even published, although the breadth of the subject matter of its first subject area could result in the second being somewhat sidelined.

⁴ By a resolution of Spain's Council of Ministers of 22 July 2005, some extensive and specific *Regulatory methods directives* (Spanish Official State Gazette of the 29th) were approved in Spain, but we must particularly note Law 39/2015, sec. 129 (see Martínez López-Muñoz, 2016 and 2017), on which the Constitutional Court's judgment STC 55/2018 has imposed an arguably restrictive interpretation. Spain's Supreme Court has already used this ruling to annul some Government regulations by the Government: Supreme Court judgment STS 868/2020, of 24 June 2020 [ECLI:ES:TS:2020:1946], FFDD 1 y 3.

⁵ Moreu Carbonell (2020, p. 321), following Gregorio Salvador (2004, p. 631).

⁶ Various authors have drawn attention to this matter. “Law is language. (...) Therefore it is vital to take care of the ‘words’ of the law” (Pendás, 2018, p. 217); “good law is not possible without good language” (Moreu Carbonell, 2020, p. 344).

⁷ It has been accurately observed that “different legal languages reflect different world views” and that “a language is not just a series of concepts with their corresponding words or labels: it is a way of seeing the world, irreplaceable and unrepeatable, even in more complex and abstract domains of language” (Moreu Carbonell, 2020, p. 329).

⁸ Pendás (2018, p. 219); more broadly Cruz Villalón (2003), who in particular emphasises the requirements of coherence, systematicness and protection of trust (p. 160).

⁹ Although all authors note this, García-Escudero (2014) in particular has analysed it.

¹⁰ See García-Escudero (2014, in particular p. 10).

¹¹ Vide García-Escudero (2014, p. 11), who also illustrates the court's respect for pluralism, which is also made explicit in the judgment cited above after the quoted lines. This author has critically and in detail analysed defects considered irrelevant by various judgments for the purposes of the review that corresponds to Spain's Constitutional Court, even criticising them in many cases and urging legislators not to repeat them because of their risks, but also when in connection with certain constitutional requirements, such defects have been held to be unconstitutional.

¹² Vide in this regard, Cruz Villalón (2003, p. 164), although he does not appear to be in favour of the prior review (2003, p. 165). This type of prior review exists in other nearby European states, such as France (sec. 61 of its Constitution) and Portugal (sec. 278 of its Constitution).

¹³ Judgment of the Grand Chamber, *De Tommaso v. Italy*, 23 February 2017, §§ 106-109. On this matter, before this judgment, Martín-Retortillo Baquer, L. (2003).

¹⁴ Articles approved by Royal Decree 845/2015, of 28 September, sec. 1. Section 3 includes among its functions, technical correctness, clarity of legal language and style of preliminary bills and draft provisions that are entrusted to it by the Ministry of Justice. The adverse assessment of the codification in the earlier regulation of 1997, rightly criticised by García de Enterría (2006, p. 71 et seq.) has disappeared from its preamble.

¹⁵ a) The technical quality and rank of the regulatory proposal. b) The consistency of the initiative with the rest of the legislative framework (...), with others that are being developed (...). c) The need to include the express repeal of other rules, as well as to consolidate other existing ones covering the same area in new ones.

¹⁶ In particular: a) To evaluate the technical quality of the proposed rules, considering the correct use of language and compliance with the regulatory technique directives, as well as the suitability of the proposed regulatory rank. b) It will examine the consistency of the initiative with the Constitution and the rest of the legislative framework (...), with others that are being drawn up (...) or which are to be drawn up (...), avoiding potential duplications and contradictions. (...) e) It will check that the content of the recitals and provisions of the bill are in accordance with the principles and rules laid down in Title VI of Law 39/2015, (...) and in Title V of Law 50/1997 (...). f) It will analyse the compliance or consistency of the initiative with any

projects to reduce administrative burdens or ensure good regulation that have been approved (...). (Sec. 2.2).

¹⁷ Vide, in the doctrine, Arzoz Santisteban (2010).

¹⁸ Which would the case be, in our opinion, with regard to the new wording of sec. 109 and additional provision 25 of the LOE since the LOMLOE, as we have explained elsewhere.

¹⁹ Regarding the “phenomenon of promotional or programmatic rules”, justified concern is caused by “the loss of the imperative character of the rules (...). It is not necessary to be an old-fashioned positivist to uphold a conclusive truth: the law only merits this honourable name if it includes a coercive element” (Pendás, 2018, p. 216-217).

²⁰ As can be seen in the analysis by Martínez López-Muñiz (1991, p. 424-427). Although the notion of the best interests of the child was not the specific object of the study, a consideration of how many references there are to it in the Convention (notably sections 3.1 and 2, 9.1, 18.1) also reflects the primacy of parents in their estimation and the additional status that might exceptionally correspond to public institutions.

References

Astarloa Huarte-Mendicoa, I. (2021). Reivindicación de la ley y exigencias consecuentes para el legislador de nuestro tiempo [A demand for the law and consequent requirements for the legislator of our time]. *Revista de las Cortes Generales*, 110, 65-95.

Arzoz Santisteban, X. (2010). Interpretación conforme [Conforming interpretation]. In J. A. Santamaría Pastor, *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* (pp. 619-662). La Ley.

Bermejo, J. (2005). *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural. Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación (2005)* [The decline of legal certainty in the plural system. Admission speech to the Aragonese Academy of Jurisprudence and Legislation (2005)]. Cuadernos Civitas. Thomson-Civitas.

Caravale, M. (2018). La legge e la tradizione. Glossatori civilisti e decretisti sul rapporto tra legge antica e legge nuova: qualche nota [Law and tradition. Civilist and decretist glossators on the relationship between ancient and new law: Some notes]. *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 9, 37-116.

Cruz Villalón, P. (2003). Control de la calidad de la ley y calidad del control de la ley [Control of the quality of the law and quality control of the law]. *Derecho Privado y Constitución*, 17, 147-168.

De Aquino, T. (1989). *Suma de Teología, II, Parte I-II* [Summa Theologiae, II, Part I-II]. Biblioteca de Autores Cristianos. <https://bit.ly/3GvDebX>

Fernández, T.-R. (2008). De la banalidad a la incoherencia y la arbitrariedad. Una crónica sobre el proceso, al parecer imparable, de degradación de la Ley [From banality to incoherence and arbitrariness. A chronicle of the seemingly unstoppable process of degradation of the law]. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 0, 46-55.

García de Enterría, E. (2006). *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas* [Justice and legal certainty in a world of unbridled laws]. Cuadernos Civitas. Thomson-Civitas.

García-Escudero Márquez, P. (2014). El control constitucional de la calidad de las leyes [Constitutional control of the quality of laws]. *Cuadernos Parlamentarios*, 11, 9-40.

García-Escudero Márquez, P. (2015). Técnica legislativa y seguridad jurídica en la doctrina del Tribunal Constitucional español [Legislative technique and legal certainty in the Spanish Constitutional Court's doctrine]. In E. Arana García (Dir.), *Algunos problemas actuales de técnica legislativa* (pp. 89-119). Aranzadi, Thomson-Reuters.

Herrero Perezagua, J. F. (2021). Palabra precisa y lenguaje sencillo en el discurso jurídico [Precise speech and plain language in legal discourse]. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 95, 26-39.

Martín-Retortillo Baquer, L. (2003). La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [The quality of the law according to the jurisprudence of the European Court of Human Rights]. *Derecho Privado y Constitución*, 17, 377-406.

Martínez López-Muñiz, J. L. (1991). Configuración y alcance de los derechos y libertades educativas en la Convención de los Derechos del Niño de 1989: algunas consecuencias [The configuration and scope of educational rights and freedoms in the 1989 Convention on the Rights of the Child: some implications]. *revista española de pedagogía*, 49 (190), 419-431. <https://bit.ly/3IzJwJq>

Martínez López-Muñiz, J. L. (2016). La elaboración de los reglamentos [The drafting of regulations]. In F. López Menudo (Dir.), *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y régimen jurídico del sector público* (pp. 307-343). Universidad de Sevilla.

- Martínez López-Muñiz, J. L. (2017). El contexto y los principios inspiradores de las Leyes 39 y 40/2015 [The context and inspiring principles of Laws 39 and 40/2015]. In C. I. Velasco Rico (Dir.), *Reflexiones sobre la Reforma administrativa de 2015. Análisis crítico de las Leyes de Procedimiento Administrativo Común y de Régimen Jurídico del Sector Público* (pp. 9-25). Marcial Pons.
- Menéndez Menéndez, A. (Dir.), & Pau Pedrón, A. (Dir. Adj.) (2004). *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho [Legislative proliferation: A challenge for the rule of law]*. Thomson Civitas.
- Moreu Carbonell, E. (2020). Nuestro lenguaje: el giro lingüístico del Derecho [Our language: the linguistic turn in law]. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 1, 313-362.
- Pendás, B. (2018). La Ley contra el Derecho [Legal rules against Law]. *Revista de las Cortes Generales*, 104, 251-220.
- Rebollo Puig, M. (2010). Los principios generales del Derecho [General principles of law]. In J. A. Santamaría Pastor, *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* (pp. 1521-1583). La Ley.
- Salvador, G. (2004). La lengua y el Derecho: la percepción del filólogo [Language and law: the perception of the philologist]. In A. Menéndez & A. Pau (Dirs.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho* (pp. 631-641). Thomson Civitas.
- Santamaría Pastor, J.-A. (2010). Presentación [Presentation]. In J. A. Santamaría Pastor (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* (pp. 43-54). La Ley.
- Organic Law 5/2002 of 19 June 2002 on Qualifications and Vocational Training (LOCFP). *Spanish Official State Gazette*, 147, of 20 June 2002, pages 22437 to 22442. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2002/06/19/5>
- Organic Law 2/2006, of 3 May, on Education (LOE). *Spanish Official State Gazette*, 106, 04 May 2006. <https://bit.ly/3p2zPKK>
- Organic Law 8/2013, of 9 December, for the Improvement of Educational Quality (LOMCE). *Spanish Official State Gazette*, 295, 10 December 2013. <https://bit.ly/314YPJ5>
- Organic Law 3/2020 of 29 December 2020, which amends Organic Law 2/2006 of 3 May on Education (LOMLOE). *Spanish Official State Gazette*, 340, of 30 December 2020, pages 122868 to 122953. <https://bit.ly/3ra9FIr>

Author biography

José Luis Martínez López-Muñiz holds a PhD in Law from the Universidad de Oviedo. Full Professor of Administrative Law at Universidad de Valladolid from 1988 to 2015. From September 2015 he has been Emeritus Professor at this university. He is the author of a couple of hundred publications on various topics relating principally to administrative, constitutional and EU law, some of which are dedicated to various aspects of the law relating to education. He was a member of the Central Electoral Board (1991-1994) and of the Council of Universities/Council of University Coordination (1994-2007), by appointment of the Congress or Senate. He is a full member of the Royal Academy of Law and Legislation of Valladolid.



<https://orcid.org/0000-0002-5162-5225>

Cited laws

- Organic Law 8/1985, of 3 July 1985, regulating the Right to Education (LODE). *Spanish Official State Gazette*, 159, 04 July 1985. <https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/03/8/con>
- Organic Law 6/2001, of 21 December 2001, on Universities (LOU). *Spanish Official State Gazette*, 307, 24 December 2001, pages 49400 to 49425. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2001/12/21/6>

Table of contents

Sumario

The LOMLOE amidst the challenges of the Spanish education system in the 21st century ***La LOMLOE ante los desafíos de la educación española en el siglo XXI***

Guest editor: Francisco López Rupérez

Editor invitado: Francisco López Rupérez

Francisco López Rupérez

Presentation: The LOMLOE amidst the challenges of the Spanish education system in the 21st century

Presentación: La LOMLOE ante los desafíos de la educación española en el siglo XXI

3

Studies and essays ***Estudios y ensayos***

Francisco Esteban Bara, & Fernando Gil Cantero

The purposes of education and Spain's LOMLOE educational legislation: Controversial questions in educational action

Las finalidades de la educación y la LOMLOE: cuestiones controvertidas en la acción educativa

13

José Luis Gaviria, & David Reyero

The transmission of cultural content and its evaluation among the ends of the education system: An analysis of the LOMLOE

La transmisión de los contenidos culturales y su evaluación entre los fines del sistema educativo, según la LOMLOE

31

Francisco López Rupérez

The competency-based curriculum approach. An analysis of the LOMLOE

El enfoque del currículo por competencias.

Un análisis de la LOMLOE

55

José Luis Martínez López-Muñiz

The regulatory quality of legal frameworks:

A critical approach

La calidad regulatoria de los marcos normativos: una aproximación crítica

69

Charles L. Glenn

Educational pluralism and vulnerable children

Pluralismo educativo y niños vulnerables

85

José Adolfo de Azcárraga

The new Spanish educational legislation:

Why public education will not improve

La nueva legislación educativa: por qué no mejorará la educación pública en España

111

Testing and proposals *Investigaciones y propuestas*

María Teresa Ballestar, Jorge Sainz, & Ismael Sanz

An economic evaluation of educational interventions in the LOMLOE: Proposals for improvement with Artificial Intelligence
Evaluación económica de intervenciones educativas en la LOMLOE: propuestas de mejora con inteligencia artificial 133

Francisco López Rupérez

The quality of governance of the education system.
The case of the LOMLOE
La calidad de la gobernanza del sistema educativo. El caso de la LOMLOE 155

Inmaculada Egido Gálvez

Curriculum reform to respond to the challenges of the future. Spain in international perspective
La reforma del currículo para responder a los retos del futuro. España en perspectiva internacional 175

Samuel Gento Palacios, Raúl González-Fernández, & Ernesto López-Gómez

Heads of educational institutions and expansion of autonomy with accountability. The mediating role of pedagogical leadership
Dirección de centros educativos y ampliación de autonomía con rendición de cuentas. El rol mediador del liderazgo pedagógico 193

Book reviews *Reseñas bibliográficas*

Escámez-Sánchez, J., & Peris-Cancio J.-A. (2021).

La universidad del siglo XXI y la sostenibilidad social [The 21st century university and social sustainability] (Ramón Mínguez-Vallejos). **Grupo SI(e)TE Educación (2021).**

La calidad en la educación [Quality in education] (José Antonio Jordán). **Santos-Rego, M. A., Lorenzo, M., & Mella, I. (2020).** *El aprendizaje-servicio y la educación universitaria. Hacer personas competentes [Service-learning and university education. Making competent people]* (Alexandre Sotelino Losada). 211

This is the English version of the research articles and book reviews published originally in the Spanish printed version of issue 281 of the **revista española de pedagogía**. The full Spanish version of this issue can also be found on the journal's website <http://revistadepedagogia.org>.



ISSN: 0034-9461 (Print), 2174-0909 (Online)

<https://revistadepedagogia.org/>

Depósito legal: M. 6.020 - 1958

INDUSTRIA GRÁFICA ANZOS, S.L. Fuenlabrada - Madrid