

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-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 (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 «honesto, justa», y «no para provecho privado sino para la común utilidad de los ciudadanos», entendiéndolo, 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 dispersos, 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 jurídi-

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 dijera 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-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. **revista española de pedagogía**, 49 (190), 419-431. <https://bit.ly/3IzJwJq>
- Martínez López-Muñiz, 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-Muñiz, 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 (LOC-FP). *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/314YJP5>
- 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-Muñiz 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>

