

CAPÍTULO QUINTO

LA QUIEBRA FRONTAL DE LA CONCEPCIÓN KELSENIANA DEL “LEGISLADOR NEGATIVO”

- I. La función creadora positiva de las sentencias de inconstitucionalidad de las normas generales pronunciadas por los tribunales constitucionales. 71
- II. Los tribunales constitucionales como colaboradores del legislador. 76
- III. La función creadora de los tribunales constitucionales incide en los procesos de degradación de las diferencias anti-téticas que antaño contraponían los dos tradicionales sistemas de control constitucional. 86

CAPÍTULO QUINTO

LA QUIEBRA FRONTAL DE LA CONCEPCIÓN KELSENIANA DEL “LEGISLADOR NEGATIVO”

I. LA FUNCIÓN CREADORA POSITIVA DE LAS SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS GENERALES PRONUNCIADAS POR LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Uno de los rasgos de mayor relieve que emerge de las experiencias de la justicia constitucional de la segunda posguerra consiste en la demostración de la aptitud de los pronunciamientos de los tribunales constitucionales en su cotejo o análisis de las normas vigentes sujetas a su control para desarrollar un rol normativo no sólo negativo, en la estela kelseniana, sino también positivo. Ello representa una notabilísima novedad por cuanto, a juicio de Pizzorusso,⁷⁵ ni en el sistema americano (en donde los pronunciamientos judiciales constituyen preceden-

⁷⁵ Pizzorusso, Alessandro, “I sistemi di giustizia costituzionale...”, *cit.* nota 32, p. 522.

tes susceptibles de asumir una cierta eficacia persuasiva en virtud de la regla *stare decisis*, pudiendo en cuanto tales asumir el carácter de fuente, bien que sólo en la misma medida en que pudiera asumir tal carácter cualquier decisión jurisprudencial conformadora del *common law*), ni menos aún en el austriaco-kelseniano, las decisiones de los jueces constituían fuentes del derecho en sentido propio.

Esta apreciación, aunque sustancialmente suscribible, quizá deba matizarse recordando el hecho de que la *judicial review* es realizada por un juez de *common law* que dispone de todo el poder y de toda la libertad de interpretación creadora que se encuentra en el ámbito del *judge-made-law*. Ello no obsta para reconocer que es en un modelo de control concentrado, que por regla general arraiga en un sistema jurídico de *civil law*, donde una más notable novedad supone la asunción por el juez constitucional de un rol propio, o próximo por lo menos, de un legislador positivo.

En su diseño de un modelo de justicia constitucional, como ya expusimos, Kelsen trató de limitar la intervención del Tribunal Constitucional a la función abstracta de definir la compatibilidad lógica entre dos normas igualmente abstractas, expulsando del ordenamiento aquellas normas que considerara contrarias a la Constitución, que de esta

forma, como dice García de Enterría,⁷⁶ viene a operar en el modelo kelseniano como un simple parámetro de un quintaesenciado proceso nomofiláctico. Al impedir que el Tribunal enjuicie supuestos de hecho y casos o controversias concretas, manteniendo su juicio en el plano de la pura abstracción, Kelsen, como antes se dijo, estará dando coherencia a ese rol peculiar, complementario del Parlamento, de “legislador negativo”, que ha de asumir el Tribunal Constitucional. Asimismo, al evitar que el Tribunal conozca de *cases and controversies*, estará impidiendo que dicho órgano haya de entrar en la apreciación de hechos e intereses y, de resultados de ello, en la valoración y pasión inseparables de la decisión de tales casos concretos y, por ende, pueda llegar a un enjuiciamiento sustentado más en el terreno de la oportunidad que en el de la normatividad, invadiendo de esta forma las funciones propias del legislador.

Sin embargo, algún aspecto del diseño kelseniano vendrá a relativizar ese rol de mero “legislador negativo” que se atribuye al Tribunal. Así, a fin de evitar las indeseadas consecuencias que en ocasiones pueden desencadenar los vacíos jurídicos subsi-

⁷⁶ García de Enterría, Eduardo, “La Constitución como norma...”, *cit.* nota 67, p. 61.

guientes a la anulación de una norma,⁷⁷ Kelsen postula la conveniencia de facultar al Tribunal Constitucional para establecer —conjuntamente con la resolución que anula la norma general— que las normas generales que regían la materia con anterioridad a la ley anulada vuelvan a entrar en vigor, correspondiendo al mismo órgano la decisión de los casos en que se puede hacer uso de esta facultad de restablecimiento del anterior *état de droit*.⁷⁸ A esta concepción kelseniana respondería la cláusula del artículo 140 de la Constitución austriaca (en la actualidad, artículo 140.6) a tenor de la cual: Si una ley fuese anulada por el Tribunal Constitucional por inconstitucionalidad, entrarán de nuevo en vigor el día en que empieza a producir efectos la anulación, si la sentencia no estableciere otra cosa, todas las disposiciones que hubiesen sido derogadas por la ley declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. En la publicación de la anulación de la Ley se mencionarán también si entran de nuevo en vigor disposiciones legislativas y cuáles”.

⁷⁷ “Il résulte de l’annulation pour ainsi dire une sphère vide de droit. Une matière qui était jusqu’alors réglée cesse de l’être; des obligations juridiques disparaissent; la liberté juridique leur succède”. En tales términos se manifiesta Kelsen, en “La garantie juridictionnelle...”, *cit.* nota 20, p. 243.

⁷⁸ Kelsen, Hans, “La garantie juridictionnelle...”, *cit.* nota 20, pp. 243 y 244.

Con esta previsión, introducida por vez primera (dentro del artículo 140.3) por la reforma constitucional de 1929, la decisión del Tribunal Constitucional por la que no sólo se anulaba una ley, sino que también se decidía acerca de la reviviscencia de una norma anterior, derogada por la ley inconstitucional, no era tan sólo un acto negativo de legislación, sino también uno positivo, como el propio maestro de la Escuela de Viena reconocería.⁷⁹

Esta capacidad de decidir la reviviscencia de normas derogadas por las leyes ulteriormente declaradas inconstitucionales, como considera en relación con Italia Zagrebelsky,⁸⁰ no debería ser tarea propia de un tribunal constitucional, sino, más bien, de todos los operadores jurídicos, particularmente de los órganos jurisdiccionales ordinarios, no obstante lo cual, también en Italia, al igual que en Austria, de la Corte Costituzionale han emanado decisiones restauradoras (*ripristinatorie*) a través de las cuales se ha pretendido dar vigor a normas legislativas anteriores que habían sido derogadas por las ulteriormente consideradas contrarias a la *Lex superior*.

⁷⁹ Kelsen, Hans, “Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative...”, *cit.* nota 18, p. 29.

⁸⁰ Zagrebelsky, Gustavo, “La giustizia costituzionale”, *cit.* nota 60, p. 160.

En la raíz de esta problemática se encontrarían, como advierte un sector de la doctrina,⁸¹ las mismas exigencias, embrionariamente advertidas por el propio Kelsen, que, intentando superar la rígida alternativa entre sentencias estimatorias y sentencias de rechazo, conducirán de facto a los tribunales constitucionales contemporáneos a forjar un conjunto de dúctiles y sofisticados instrumentos jurídicos a cuyo través han logrado desempeñar un rol no meramente negativo, sino también una función en cierto sentido creadora, positiva, aunque se trate, como dijera Crisafulli,⁸² “di una legislazione a rime obbligate”, pues el Tribunal no inventa algo, sino que extiende, explicita o especifica cualquier cosa que, si bien en estado latente, ya se hallaba comprendida en el sistema normativo en vigor.

II. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES COMO COLABORADORES DEL LEGISLADOR

Hoy, no cabe la más mínima duda de la superación de la concepción kelseniana del “legislador negativo”, a lo que ha coadyuvado decisivamente,

⁸¹ Giovannelli, Adriano, “Alcune considerazioni...”, *cit.* nota 15, p. 391.

⁸² Crisafulli, Vezio, “La Corte Costituzionale ha vent’anni”, *cit.* nota 46, p. 1707.

tal y como antes señalamos, esa nueva concepción de los tribunales constitucionales como verdaderas jurisdicciones.

Por lo demás, estos órganos, lejos de circunscribir su función a la mera anulación de normas, desempeñan una función positiva que, como ya tiempo atrás advirtiera Calamandrei,⁸³ se manifiesta en una doble vertiente: por medio de una acción de estímulo frente al legislador y mediante una cooperación activa al *indirizzo politico*.

En efecto, aunque la función de la Corte Costituzionale (aunque ello, como regla general, es predicable respecto de otros muchos órganos de igual naturaleza) es, esencialmente, una función de anulación, de depuración del ordenamiento jurídico de aquellas normas contrarias a la Constitución, la Corte, según ya en los años cincuenta (es decir, muy poco tiempo después de su entrada en funcionamiento) exponía Calamandrei, puede ejercer una *azione stimolatrice*, que puede manifestarse tanto frente a la inactividad del legislador (así, mediante la anulación por vicios de inconstitucionalidad de

⁸³ Calamandrei, Piero, “Corte Costituzionale e autorità giudiziaria”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1956, I, pp. 7 y ss.; recogido en la obra del propio autor, *Studi sul processo civile*, vol. 6, Padova, Cedam, 1957, pp. 210 y ss.; en concreto, pp. 254-258.

las normas preconstitucionales, la Corte, al crear vacíos normativos, sitúa al legislador en la tesitura urgente de rellenar tales vacíos), como frente a su discrecionalidad (y ello, pese a la previsión del artículo 28 de la Ley del 11 de marzo de 1953, núm. 87, por la que se aprueban normas sobre la constitución y el funcionamiento de la Corte, que excluye toda fiscalización sobre el uso de los poderes discrecionales del Parlamento), a fin de, en este supuesto específico, controlar si tal poder discrecional ha sido ejercido según la finalidad constitucionalmente requerida, censurando como violación constitucional todo exceso del Poder Legislativo.⁸⁴

Por otra parte, según el propio procesalista italiano,⁸⁵ las decisiones de la Corte Costituzionale no

⁸⁴ El control de constitucionalidad, afirma Modugno, ha sobrepasado los inciertos límites entre la legitimidad (o constitucionalidad) y la oportunidad de una ley, a lo que ha coadyuvado notablemente el control en sede constitucional del respeto del principio de igualdad, entendido no sólo en una perspectiva amplia, sino en el sentido de un principio general de racionalidad, lo que ha abierto una vía para un control de oportunidad en sede constitucional del conjunto de la legislación. Modugno, Franco, “Corte Costituzionale e Potere Legislativo”, en Barile Paolo *et al.* (a cura di), *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, pp. 19 y ss.; en concreto, pp. 47 y 48.

⁸⁵ Calamandrei, Piero, “Corte Costituzionale e autorità giudiziaria”, *cit.* nota 83, p. 258.

tendrán sólo el efecto aparentemente negativo, expreso en su parte dispositiva, de anular la ley contraria a la Constitución; a la par, tendrán un significado positivo de cooperación activa al *indirizzo politico* por las consideraciones que el Tribunal efectúa en los fundamentos jurídicos de sus sentencias.

La doctrina italiana es pacífica al respecto. Así, Modugno⁸⁶ considera que la Corte Costituzionale desempeña no tanto una función sustitutiva de la legislación parlamentaria, cuanto más bien colateral, que se manifiesta en la formación de los criterios inspiradores de las iniciativas legislativas necesarias para colmar las eventuales lagunas subsiguientes a las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad o para, más ampliamente, desarrollar de un modo operativo los principios contenidos en las sentencias, incluso en las de rechazo. La conclusión del citado autor es inequívoca: la Corte asume una función que técnicamente puede ser caracterizada como de impulso y de iniciativa calificada.⁸⁷

Las reflexiones inmediatamente anteriores son perfectamente proyectables al Tribunal Constitucional español. A título de ejemplo puntual, pero

⁸⁶ Modugno, Franco, “Corte Costituzionale e Potere Legislativo”, *cit.* nota 84, pp. 54 y 55.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 63.

que encuentra otras manifestaciones semejantes, podríamos recordar cómo el Tribunal, en su Sentencia 35/1983, de 11 de mayo, estableció las pautas o líneas maestras del derecho de rectificación, que muy poco tiempo después haría suyas el legislador a través de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación.

En una posición próxima a las expuestas, Zagrebelsky⁸⁸ visualiza el rol normativo de la Corte Costituzionale en un doble sentido: en el de producción inmediata de reglas jurídicas no legislativas (la *Corte-legislature*) y en el de participación en el proceso legislativo (la *Corte-co-legislature*). En sintonía con esta doble función se sitúan dos tipos de instrumentos operativos: las *sentenze-legge*, esto es, aquellas sentencias a cuyo través, con distinta intensidad innovadora, la Corte crea ella misma derecho, al tratarse de decisiones, como se las suele denominar, autoaplicativas, esto es, decisiones que para alcanzar su fin no necesitan de la intermediación de otros sujetos normativos, y las *sentenze-in-dirizzo*, esto es, aquellas sentencias que en forma y con eficacia diversa, sin crear *per se* nuevo derecho,

⁸⁸ Zagrebelsky, Gustavo, “La Corte Costituzionale e il legislatore”, en Barile, Paolo *et al.* (a cura di), *Corte Costituzionale e sviluppo...*, *cit.* nota 84, pp. 103 y ss.; en particular, pp. 103-105.

persiguen poner en marcha a los órganos legislativos, orientando al unísono sus decisiones.

Zagrebelsky, con evidente razón a nuestro entender, se muestra muy crítico con las que se conocen como “sentencias manipuladoras” (*sentenze manipolatrici*), categoría en la que se habrían de ubicar todas aquellas decisiones estimativas que modifican el alcance normativo de un determinado texto, particularmente, dentro de ellas, las decisiones que pretenden operar positivamente, innovando el ordenamiento a través de la introducción de normas diferentes a las expresas en un texto normativo o las que pueden entresacarse del mismo (*sentenze aggiuntive e sostitutive*).

La Corte italiana recurre a este tipo de sentencias cuando una disposición tiene un alcance normativo menor del que, constitucionalmente, debería tener, en cuyo caso el Tribunal declara inconstitucional la disposición “en la parte en la que no prevé algo”. Tras ello, la Corte, mediante la interpretación, crea una norma, por adición o sustitución. Estas decisiones son consideraras por el mismo autor⁸⁹ inadmisibles, no sólo por el hecho de que entrañan “una funzione sostanzialmente paralegislativa”, sustitutiva de la función parlamentaria y extraña a las funciones

⁸⁹ Zagrebelsky, Gustavo, “La giustizia costituzionale”, *cit.* nota 60, pp. 158 y 159.

propias de un tribunal constitucional, sino, asimismo, porque la concreción vinculante de la norma que debe sustituir a la declarada inconstitucional es una operación (y coincidimos en ello) que debe corresponder más que al Tribunal Constitucional, al conjunto de los operadores jurídicos, particularmente a los órganos jurisdiccionales ordinarios.

El rol normativo a que acabamos de referirnos no es ni mucho menos exclusivo de la Corte Costituzionale italiana, aunque sea tal órgano el que quizá en mayor medida lo haya desarrollado. La doctrina científica de distintos países suele coincidir en esta apreciación.

En Austria, el *Verfassungsgerichtshof* (VfGH) dispone de algunas facultades reconducibles al ámbito del legislador. Así, la fijación de un plazo para la entrada en vigor de la sentencia de anulación de una ley inconstitucional, como señala Öhlinger,⁹⁰ y por nuestra parte ya tuvimos la oportunidad de indicar, le lleva a desarrollar la función de un legislador *ad interim*.

También en Alemania, la técnica de la interpretación conforme a la Ley Fundamental (*Die verfassungskonforme Auslegung*) interfiere, en mayor medida que la declaración de nulidad, la libertad del

⁹⁰ Öhlinger, Theo, “Le giurisdizione costituzionale in Austria”, *cit.* nota 26, p. 547.

legislador, en cuanto tiene efectos *erga omnes*, lo que se traduce en que la ley, en el futuro, habrá de ser interpretada en el sentido fijado por el Tribunal Constitucional, y no como hubiera querido el legislador. Y aunque el artículo 31.2 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, BVerfGG), texto actualizado del 11 de agosto de 1993, atribuye a las sentencias en materia de control normativo “fuerza de ley” (*Gesetzkraft*), lo que, como advierte Schlaich,⁹¹ favorece el equívoco de que el control normativo desemboque en una especie de legislación negativa, lo cierto es que, como el propio autor admite, más bien debería hablarse de “legislación positiva” cuando una ley viene reformulada de modo conforme a la Constitución o cuando el BVerfG adopta previsiones que disciplinan las consecuencias jurídicas de sus fallos, pero que, en realidad, lo que vienen es a sustituir a la ley declarada nula. De modo más rotundo, Béguin⁹² cree que la interpretación con-

⁹¹ Schlaich, Klaus, “Corte Costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania”, *Quaderni Costituzionali*, año II, núm. 3, diciembre de 1982, pp. 557 y ss.; en concreto, p. 582.

⁹² Béguin, Jean Claude, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d’Allemagne*, París, Economica, 1982, p. 207.

forme aparece comúnmente como una operación de rectificación normativa que ha de permitir borrar las rebabas de la producción normativa sin necesidad de remitir la ley al taller. Y en una visión de carácter global, el propio autor llega a la conclusión⁹³ de que la interpretación que el BVerfG efectúa de la Constitución contribuye a desarrollar el derecho programado por la *Gundgesetz*, propiciando una colaboración con el legislador con vistas a optimizar la normatividad constitucional.

También en Francia las llamadas “declaraciones de conformidad bajo reserva”, en las que el Conseil Constitutionnel, más que anular una disposición legislativa lo que hace es declarar que la misma es conforme con la Constitución, bajo la reserva de respetar un determinado número de exigencias, que precisa en los fundamentos de su decisión, se han multiplicado notablemente, lo que no ha dejado de suscitar, al igual que en otros países, la acusación al Conseil de invadir la esfera reservada al Parlamento, bien que esta técnica, al operar en el marco de un control preventivo, como es el modelo vigente en Francia, permite al poder legislativo volver a analizar la ley a fin de corregirla en consonancia con las indicaciones del juez constitucional.

⁹³ *Ibidem*, p. 295.

De cuanto se acaba de exponer se desprende cómo la caracterización kelseniana del Tribunal Constitucional ha sido objeto de fuertes embates que han contribuido a su notable relativización, a su desnaturalización, si se quiere, aunque no, desde luego, al eclipse total de su influjo y proyección.

En efecto, la virtualidad de la concepción kelseniana del Tribunal como “legislador negativo” ha sido tan grande, ha impactado tanto, que ni la ambigüedad de la expresión, ni el notabilísimo influjo de la recepción del concepto norteamericano de Constitución en el constitucionalismo europeo de la segunda posguerra, con lo que ello, como ya vimos, supuso para la figura del Tribunal Constitucional, ni tan siquiera el escepticismo que la realidad o experiencia práctica puede arrojar sobre su validez, han logrado, aún hoy, desvirtuar por completo el sentido limitador de la máxima, como bien se ha advertido con relación a España.⁹⁴ Bien es verdad que quizá en España esta concepción haya tenido, y en alguna medida siga teniendo, un mayor peso específico que en otros países europeos por mor tanto de los estrictos márgenes de maniobrabilidad que al

⁹⁴ Jiménez Campo, Javier, “Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley”, en Aja, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador...*, cit. nota 49, pp. 171 y ss.; en concreto, pp. 181 y 182.

Tribunal ofrece su ley reguladora, como por la propia actitud que ha orientado la actuación del “intérprete supremo de la Constitución”: la autorrestricción, la aconsejable *self-restraint* o, como dijera Tomás y Valiente,⁹⁵ la prudencia, que se ha traducido en que la conciencia del límite siempre haya estado viva, aunque la percepción de su dibujo no siempre haya sido clara.

III. LA FUNCIÓN CREADORA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES INCIDE EN LOS PROCESOS DE DEGRADACIÓN DE LAS DIFERENCIAS ANTITÉTICAS QUE ANTAÑO CONTRAPONÍAN LOS DOS TRADICIONALES SISTEMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL

A modo de recapitulación, puede comenzar señalándose que la enorme fortaleza de la concepción kelseniana del Tribunal como legislador negativo, verdadera idea-fuerza de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, que encuentra su razón de ser no sólo en la sóli-

⁹⁵ Tomás y Valiente, Francisco, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, CEC, 1993, p. 97. Aunque, a juicio de este mismo autor, otra actitud permanente del Tribunal haya sido la de no eludir problemas, es lo cierto que quien fuera su presidente reconoce que nunca se quiso incurrir en activismo judicial.

da y racional construcción del maestro vienés, sino también en la evolución del constitucionalismo europeo posterior a la Revolución francesa y en el propio pensamiento liberal decimonónico, asentado en la sacralización de la ley, no ha perdido del todo su virtualidad, reflejándose, por lo general, en las normaciones constitucionales y legislativas de estos órganos llamados a centralizar el control de la constitucionalidad y a monopolizar, al menos, el rechazo de la norma legal cuando la consideren afectada por un vicio de inconstitucionalidad.

Esta función negativa, de mera anulación, no ha de entenderse, como es lógico, en el sentido de que las decisiones del Tribunal en ningún caso innovan el ordenamiento, pues de más está decir que la anulación de una norma y su subsiguiente expulsión del ámbito ordinamental es obvio que produce una alteración, una innovación en dicho ordenamiento, pero dicha modificación responde a la misma esencia de la anulación, por lo que en modo alguno subvierte la naturaleza puramente negativa de la intervención del Tribunal.

La gran novedad del último medio siglo reside en la progresivamente mayor asunción por los tribunales constitucionales de funciones que, desbordando los estrictos límites del “legislador negativo”, caen de lleno en el ámbito de las funciones

creadoras de derecho propias de un legislador positivo.

El horror a los vacíos normativos, el principio de conservación de la norma en coherencia con las exigencias dimanantes del principio de seguridad jurídica, la conveniencia de evitar problemas mayores de los que se tratan de atajar con las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad, con la subsiguiente búsqueda de fórmulas más flexibles que la pura dicotomía validez/nulidad,⁹⁶ la multiplicación del número de leyes, de lo que constituye buena muestra el fenómeno de las *leggine* italianas, la nueva naturaleza objetiva de los derechos, que exige su interpretación como un orden objetivo de valores, la extraordinaria relevancia que ha asumido el principio de igualdad en una doble vertiente: formal y material, y, bien que desde luego sin ánimo exhaustivo, un conjunto de razones estructurales que tienen bastante que ver con las nuevas exigencias del Estado social y democrático de derecho de

⁹⁶ Como afirma Modugno, la estricta alternativa *accogliamento/rigetto* dispuesta en el diseño constituyente italiano no fue sino fruto de la ingenuidad (quizá también, añadiríamos por nuestra parte, del influjo de esa “idea-fuerza” del “legislador negativo”), pues las sentencias interpretativas, en su variada tipología, representan una respuesta realista y siempre flexible frente a los requerimientos de un diseño abstracto y rígido. Modugno, Franco, “Corte Costituzionale e Potere legislativo”, *cit.* nota 84, p. 48.

nuestro tiempo, y entre ellas, con los problemas redistributivos del Estado social, respecto a los cuales, como afirma Weber⁹⁷ en relación con el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) —si bien su reflexión, a nuestro juicio, puede proyectarse perfectamente a otros órganos análogos—, este órgano siempre debe incidir con carácter correctivo, tanto en el reconocimiento de prestaciones como en su recorte, son otras tantas razones que explican esta función positiva que hoy vienen asumiendo con toda naturalidad los tribunales constitucionales, que, como advirtiera hace ya bastantes lustros Crisafulli, en ocasiones parecen transformarse de jueces en legisladores,⁹⁸ lo que no sólo se vislumbra por la creación de normas llamadas a integrar la disciplina declarada inconstitucional, sino que también se trasluce en la formación y aplicación de orientaciones, latentes en la fundamentación de sus sentencias, que propician un *indirizzò politico* o, como dice Pizzorusso,⁹⁹ el nacimiento de una *policy* que les es característica.

⁹⁷ Weber, Albrecht, “Alemania”, en Aja, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador*, cit. nota 49, pp. 53 y ss.; en particular, p. 84.

⁹⁸ Crisafulli, Vezio, “La Corte Costituzionale ha vent’anni”, cit. nota 46, p. 1704.

⁹⁹ Pizzorusso, Alessandro, “Le contrôle de la Cour Constitutionnel sur l’usage par le législateur de son pouvoir d’apprécia-

En definitiva, el profundo quebrantamiento de la concepción kelseniana del “legislador negativo”, bien que los rescoldos de esta idea-fuerza aún sigan activos y humeantes, no puede dejar de incidir en el proceso de degradación de las diferencias antitéticas que antaño contraponían a los dos tradicionales sistemas de control de constitucionalidad.

tion discretionnaire”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, II, 1986, pp. 35 y ss.; en concreto, p. 50.