

# PRESUPUESTOS Y GARANTÍAS DE LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN EL IUSNATURALISMO MODERNO<sup>1</sup>

MANUEL RODRÍGUEZ PORTUGUÉS  
Universidad de Córdoba

## *Cómo citar/Citation*

Rodríguez Portugués, M. (2023).  
Presupuestos y garantías de la expropiación forzosa  
en el Iusnaturalismo moderno.  
*Revista de Administración Pública*, 220, 117-146.  
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.220.05>

## **Resumen**

Se estudia el tratamiento doctrinal de los presupuestos y garantías de la expropiación forzosa realizado por los juristas del derecho natural moderno. Se examina una gran cantidad de fuentes directas y se concluye que, frente a la nitidez con que fueron establecidas por uno de sus primeros representantes (Vázquez de Menchaca), dichos presupuestos y garantías no se configuraron con la firmeza que cabría esperar por parte de los iusnaturalistas posteriores. Más bien parece que la primera disciplina constitucional de la materia trató de reaccionar contra ciertas malas prácticas, en parte respaldadas por algunas de esas propuestas doctrinales.

## **Palabras clave**

Expropiación forzosa; utilidad pública; justiprecio; derecho natural moderno.

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido elaborado en el proyecto del Grupo de Investigación SEJ196. Proyecto de Investigación «La nueva seguridad pública, derecho administrativo sancionador y Estado de Derecho en Europa» (Proyecto de Excelencia PROYEXCEL00903 de la Junta de Andalucía).

**Abstract**

The doctrinal treatment of the requirements and guarantees of forced expropriation carried out by modern natural law jurists is studied. A large number of direct sources are examined and it is concluded that, in contrast to the clarity with which they were established by one of its first representatives (Vázquez de Menchaca), said requirements and guarantees were not established with the firmness that might be expected from the later natural law scholars. Rather, it seems that the first constitutional discipline on the matter tried to react against certain bad practices, partly supported by some of those doctrinal proposals.

**Key words**

Expropriation; public utility; compensation; modern natural law.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN. II. LA PLENITUD DE LAS GARANTÍAS EXPROPIATORIAS EN LOS INICIOS DEL IUSNATURALISMO MODERNO: FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA. III. GROCIO: LA FUNDAMENTACIÓN EN EL DOMINIO EMINENTE. IV. LAS GARANTÍAS EXPROPIATORIAS ANTE LA POLÉMICA RECEPCIÓN DEL *DOMINIUM EMINENS*. V. LAS GARANTÍAS EXPROPIATORIAS EN SAMUEL PUFENDORF. VI. EL IUSNATURALISMO MODERNO INMEDIATAMENTE PRERREVOLUCIONARIO. VII. CONCLUSIÓN.

---

### I. INTRODUCCIÓN

No es infrecuente afirmar que la compensación en la expropiación por causa pública era una facultad puramente graciable en el Antiguo Régimen. Esta situación habría cesado en Francia con la Declaración de Derechos y del Ciudadano de agosto de 1789, cuyo art. 17, después de proclamar que la propiedad es un derecho sagrado e inviolable, prohíbe que se prive a alguien de ella, a menos que así lo exija la necesidad pública y haya previa indemnización<sup>2</sup>. Después, este presupuesto y esta garantía fundamentales —justa causa pública e indemnización— habrían sido asumidas en los demás países europeos en la medida en que sus constituciones hubieran ido incorporando previsiones semejantes. En nuestro caso, esa disposición habría aparecido con la Constitución de 1812: «No puede el Rey tomar la propiedad de ningún particular [...] y si en algún caso fuere necesario para un objeto de conocida utilidad común tomar la propiedad de un particular, no lo podrá hacer sin que al mismo tiempo sea indemnizado y se le dé el buen cambio a bien vista de hombres buenos» (art. 172.10<sup>a</sup>).

Sin embargo, hasta qué punto este cuadro es una fiel descripción de la realidad histórica es algo que está lejos de haberse probado. Más bien, los estudios basados en fuentes directas apuntan en otra dirección. Por ejemplo, siglos antes

---

<sup>2</sup> «La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité».

de la declaración de derechos, entre los tratadistas del *ius commune* era moneda corriente someter la apropiación de bienes particulares a la concurrencia de una causa de utilidad pública y a una compensación económica<sup>3</sup>. Y, en nuestro caso, las *Partidas* contenían ya un precepto similar al citado art. 172.10<sup>a</sup> de la Constitución gaditana<sup>4</sup>.

Evidentemente, solo a partir de las declaraciones constitucionales de derechos alcanzan estas garantías una significación hasta entonces desconocida, como emanaciones de un derecho individual de propiedad que se consideraba sagrado e inviolable<sup>5</sup> y con una potencial resistencia frente al legislador. Pero eso no quita

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, el clásico estudio de U. Nicolini (1952), *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia*, Milán: Giuffrè (págs. 189 ss); y, para los juristas castellanos, J. García Martín (2012), «*Aufferre rem privati* o título versus *potestas*. La expropiación en los juristas castellanos del *ius commune*», en S. de Dios, J. Infante, R. Robledo, E. Torijano (coords.), *Historia de la propiedad. La expropiación*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca-Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, págs. 99-193. En el ámbito anglosajón la situación era también similar, de modo que desde el siglo XV parece que la exigencia de compensación era una práctica asentada y un principio generalmente admitido. Véase W. B. Stoebuck (1972), «A general theory of eminent domain», *Washington Law Review*, vol. 47, 4, págs. 553-608 (págs. 575 ss).

<sup>4</sup> «Otrosi dezimos: que quando el emperador quisiesse tomar heredamiento, o alguna cosa a algunos [...], non puede el tomar a ninguno lo suyo, sin su placer, si non fiziesse tal cosa porque lo deviesse perder segund ley. E si por aventura ge lo ouviesse menester de fazer alguna cosa enello, que se tornasse a pro comunal dela tierra, tenuto es, por derecho de le dar, ante buen cambio, quevala tanto o mas de guisa, que el sinque pagadom a bien vista de omes buenos» (Ley 5 del Título I de la Partida II, edición de Andrea de Portonaris, 1555, con comentarios de Gregorio López). Sobre la existencia de esta importante previsión en nuestro derecho bajomedieval llamó la atención F. Clemente de Diego (1923), «Notas sobre la evolución doctrinal de la expropiación forzosa por causa de utilidad pública. Siglos XVI y XVII», *Revista de Derecho Privado*, 120, págs. 257-272, en donde expone, además, su interpretación por los principales jurisconsultos españoles (págs. 258-260).

<sup>5</sup> Con todo, esta apreciación también es matizable. «Para los filósofos de los derechos naturales, especialmente para Locke, la propiedad es el derecho básico en el que se fundamentan todos los demás», señala S. Muñoz Machado (2015), *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, t. I, 4<sup>a</sup> ed., Boletín Oficial del Estado (pág. 176). Pero, como ha subrayado F. Carpintero Benítez (2008), *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*, Madrid: Encuentro (pág. 221), el primero que afirmó que la propiedad era de derecho natural, contra la tesis tradicional hasta entonces de que pertenecía al derecho de gentes, fue el cardenal Juan de Lugo, unos cincuenta años antes que Locke: «Si enim omnia communia essent cum communia facile negligentur cessaret magna ex parte diligentia in excolendis agris in conservandis fructibus & procurandis quæ ad vitam humanam necessaria sunt; pauci enim essent qui ad communem solum utilitatem laborare vellent nihil sibi proprium sperantes, quod non haberent qui ea omnia negligerent: Unde bella, iurgia, & dissensiones frequenter nascerentur, omnibus rapientibus quæcunque invenirent, & vi usurpantibus potentioribus ad proprium usum [...] Constat rursus, quia ius naturale præcipit ea, quæ necessaria sunt ad hominum pacem, ad quam diximus necessariam esse

que su configuración técnica no se hubiera podido producir en lo esencial, según es posible conjeturar, mucho tiempo antes. Por otro lado, parece que el problema previo a la revolución, al menos en Francia, consistía no tanto en el reconocimiento del derecho a una compensación, como en la circunstancia de que la autoridad se retrasaba en el pago o lo demoraba indefinidamente alegando ausencia o insuficiencia de fondos<sup>6</sup>. De ahí precisamente la puntualización en 1789 de que la indemnización fuera «previa» (*préalable*) a la desposesión.

En cualquier caso, para que la descripción de la institución expropiatoria en el Antiguo Régimen fuese más o menos fiel a la realidad, se tendría que ampliar la franja de estudio hacia otros elementos del fenómeno jurídico. Se debería tener en cuenta la doctrina jurídica y la legislación vigente en la época. Y habría que analizar también la práctica habitual reflejada en las decisiones administrativas y judiciales de ese amplio período. Especialmente estas últimas —la práctica administrativa y forense— permitirían asomarse con mayor precisión a lo que la comunidad jurídica de entonces consideraba que era, o no, realmente derecho. El elemento normativo se ha abordado en parte por diversos autores. Sin embargo, al menos en lo que se refiere a nuestro derecho, es muy escasa todavía la atención que han recibido las evidencias documentales recogidas en las decisiones de jueces y autoridades<sup>7</sup>. Y, en cuanto a la doctrina, es preciso ir más allá de lo que se ha hecho hasta ahora.

---

omnino eiusmodi rerum divisionem; ergo hæc est non de iure positivo sed de iure naturæ» (*Disputationum de iustitia et iure, Tomus primus*, Lugduni, 1642, Disp. VI, Sect. Prima, párrafos 1 y 4). Incluso De Lugo, adelantándose a los prolijos razonamientos del inglés en el capítulo 4 de su segundo *Tratado*, hizo depender la propiedad del trabajo. Véase el citado *Disputationum de iustitia et iure*, Disp. VI, Sect. Prima, párrafo 4. Estas innovaciones introducidas por el cardenal español las puso ya de relieve J. J. Megías Quirós (1994), *Propiedad y derecho natural en la historia. Una relación inestable*, Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz (págs. 300-304).

<sup>6</sup> Véase J.-M. Auby y P. Bon (1991), *Droit administratif des biens. Domaine. Travaux publics. Expropriation*, París: Dalloz (pág. 296).

<sup>7</sup> Véase la muestra de la Real Chancillería de Valladolid recogida por J. García Martín (2012, págs. 168-169). A ella se puede sumar la expropiación subyacente en un recurso resuelto en 1604 ante la Real Chancillería de Valladolid (Archivo de la Real Chancillería de Valladolid, Registro de Ejecutorias, caja 1973.0075), tal y como hemos podido consultar con ocasión de la preparación de este trabajo. Estas decisiones reflejan una práctica consistente en que la autoridad local ordenaba, a veces a petición de varios vecinos, tomar un determinado inmueble particular para destinarlo a dependencias administrativas, ensanchar una plaza o abrir una calle sin salida. En los dos últimos supuestos, el precio se satisfacía a costa, respectivamente, de los vecinos cuyas casas pasaban a dar a la plaza y de los de la calle que pasaba a tener salida. La mayor parte de este tipo de documentos se encuentra aún sin digitalizar. A esta dificultad se añade la necesidad de aplicar conocimientos paleográficos para desenrañar la difícil caligrafía de la época. Agradezco a María del Carmen Rivera Membrive, Personal Técnico de Apoyo adjunta al área de derecho administrativo de la Universidad de Córdoba, la ayuda en la transcripción del documento referenciado.

En efecto, por lo que se refiere a lo último, hay que tener en cuenta que en el amplio período en que nació y se desarrolló lo que conocemos como Antiguo Régimen, la ciencia jurídica no estuvo influida solo por el modo de hacer de los glosadores o postglosadores, que, como se ha indicado arriba, ya ha sido ampliamente estudiado. Hay que atender también a otra gran corriente que nació en los albores mismos de aquel orden político y que llegó a tener una influencia prácticamente hegemónica en el pensamiento político-jurídico de la época. Se trata del iusnaturalismo moderno o racionalista, al que también se conoce como «escuela moderna del derecho natural»<sup>8</sup>. La revisión de esta amplia literatura es hoy tarea relativamente sencilla y rápida gracias al desarrollo de las tecnologías digitales<sup>9</sup>.

La conveniencia de examinar lo que los autores de esta corriente señalaron sobre el tema que nos ocupa deriva, al menos, de dos razones. En primer lugar, estos autores fueron especialmente cercanos, desde el punto de vista intelectual, a las ideas que cuajaron en la declaración revolucionaria de derechos. Es cierto que fueron los autores de las grandes obras de carácter político los que, en el orden de las ideas, contribuyeron más directamente a crear el caldo de cultivo óptimo para la revolución y para su declaración de derechos, entre estos, el relativo a las garantías expropiatorias. Pero no se puede perder de vista que esas obras, aunque no se prodigan en consideraciones técnicas de carácter jurídico, citan frecuentemente a los juristas del derecho natural moderno. Así, Montesquieu no solo afirma enfáticamente el derecho del particular a ser compensado por la privación de su propiedad en aras del interés general, en términos muy semejantes a los que venían utilizando los juristas más bien alineados con el *ius commune*<sup>10</sup>, sino que cita en ocasiones a dos de los principales representantes del iusnaturalismo jurídico moderno, Hugo Grocio y Samuel Pufendorf. Algo parecido sucede con Rousseau, en cuyo *Du contrat social* hay también referencias expresas a Grocio<sup>11</sup>. En resumen, entre los grandes pensa-

<sup>8</sup> En sus valiosas notas sobre la historia doctrinal de la expropiación forzosa antes del constitucionalismo, Clemente de Diego se refirió a los juristas encuadrados en esa corriente. Pero su atención se dirigió solo a unos pocos y, además, se detuvo en el siglo XVII. Véase Clemente de Diego (1923, págs. 270-272). Sobre la oportunidad de emprender estos estudios se manifestaba ya E. García de Enterría (1984), *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid: Civitas (pág. 24), originalmente publicado en 1956 por el Instituto de Estudios Políticos: «La reelaboración del tema [de la expropiación forzosa] por la doctrina del derecho natural y de gentes hasta concluir en el dogma absolutista del *dominium eminens* (que es con el que directamente se enfrentan los revolucionarios franceses), no ha sido estudiada en sus reflejos y aplicaciones españolas, según mis noticias».

<sup>9</sup> Prácticamente la totalidad de las obras anteriores al siglo XX citadas en este trabajo se encuentran hoy digitalizadas y disponibles en acceso abierto mediante la herramienta de búsqueda de libros de Google.

<sup>10</sup> Véase Ch.-L. de S., barón de Montesquieu (1792), *De l'esprit des lois*, en *Œuvres de Montesquieu*, tomo 3, Lyon (págs. 223-226).

<sup>11</sup> Se puede aventurar, incluso, una influencia recíproca entre algunos de estos pensadores políticos y los de perfil más bien jurídico. Por ejemplo, Pufendorf citaba y seguía de cerca

dores políticos de la modernidad y los juristas de la escuela moderna del derecho natural existieron evidentes y estrechas relaciones de parentesco intelectual.

También es interesante indagar en las opiniones de los iusnaturalistas modernos sobre esta materia por una segunda razón. Es cierto que casi todos los jurisconsultos situados en la tradición del *ius commune* exigían justa causa pública y compensación a las privaciones de bienes particulares por parte del soberano. No obstante, también es verdad que sus razonamientos, precisamente por su apego a la letra del *Corpus Iuris Civilis* y, en nuestro caso, a las *Partidas*, consideraban la cuestión de una forma un tanto casuística. En cambio, los iusnaturalistas modernos se caracterizaron por hacer una ciencia jurídica basada supuestamente en deducciones derivadas de axiomas generales más o menos simples. Su tratamiento de los problemas jurídicos —y también de las garantías expropiatorias— fue más abstracto y abarcador. En principio, pues, sus contribuciones en esta materia fueron más propicias para servir de inspiración cercana al art. 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano.

En definitiva, arrojar algo de luz sobre lo que los juristas adscribibles a esta corriente opinaron sobre la materia, es el propósito fundamental de este trabajo, sin perjuicio de un futuro estudio más amplio teniendo en cuenta la pluralidad de fuentes en el sentido indicado arriba. Por tanto, no abordamos aquí el estudio jurídico integral de las garantías expropiatorias durante el Antiguo Régimen. Esa tarea excedería, con mucho, los confines necesariamente reducidos de este artículo. Nos ceñimos, pues, a aquella corriente doctrinal que, hasta el momento, menos se ha tenido en cuenta en relación con la materia que nos interesa, y que, sin embargo, es una de las que más directamente contribuyeron a configurar los requisitos y las garantías de la expropiación forzosa tal y como generalmente se los formula en los textos de las constituciones contemporáneas.

## II. LA PLENITUD DE LAS GARANTÍAS EXPROPIATORIAS EN LOS INICIOS DEL IUSNATURALISMO MODERNO: FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA

Aunque deudora directa de la Segunda Escolástica tardía y, más remotamente, de la teología escotista bajomedieval<sup>12</sup>, la escuela iusnaturalista se extendió

---

a Thomas Hobbes, pero también Montesquieu, Locke o Rousseau tuvieron muy en cuenta al pensador inglés.

<sup>12</sup> Es habitual referirse a la Segunda Escolástica o Escolástica española, así, en bloque, sin reparar en el hecho de que, dentro de ella, hubo al menos dos corrientes bien diferenciadas. Puede hablarse con seguridad de una Segunda Escolástica «temprana» y otra «tardía». La primera nació y se desarrolló alrededor de la Universidad de Salamanca, centro intelectual del nuevo imperio en desarrollo, cuando Francisco de Vitoria se trajo a esta universidad desde París, como manual de sus explicaciones, la *Summa Theologiae*

a lo largo del prolongado período que la historia conoce como Edad Moderna, es decir, desde el humanismo renacentista y las reformas religiosas del siglo XVI hasta finales del siglo XVIII coincidiendo con las dos grandes revoluciones liberales atlánticas, la americana y la francesa<sup>13</sup>.

---

de Tomás de Aquino, tal y como se había hecho en la universidad parisina poco tiempo antes. A partir de entonces, y hasta finales del siglo XVI, los tratados teológico-jurídicos sobre la justicia se hicieron sobre bases tomistas. Sus autores más conocidos fueron el propio Vitoria, Domingo Báñez y Domingo de Soto. Pero a finales del siglo XVI y comienzos del XVII, tomaron el relevo una serie de teólogos jesuitas que, desde el punto de vista científico, poco tienen que ver con los tomistas, y ello pese a que más o menos se autocalificaran de tales. Los más importantes fueron Gabriel Vázquez de Belmonte, Luis de Molina y, sobre todo, Francisco Suárez. Estos, aunque incluidos habitualmente junto a los anteriores dentro de lo que se ha dado en llamar Segunda Escolástica, se apoyaron abundantemente en los adversarios tradicionales del tomismo, es decir, en la escolástica nominalista de Duns Scoto y sus seguidores, y que era de hecho la hegemónica durante la Baja Edad Media, a las puertas ya de la modernidad. Por tanto, mientras que hubo una Segunda Escolástica «temprana», de matriz aristotélico-tomista, hubo otra «tardía», de impronta nominalista, que no puede identificarse tampoco sin más con la Escuela de Salamanca, habida cuenta de que sus principales representantes no enseñaron generalmente en esa universidad castellana, como Suárez, por ejemplo, que lo hizo sobre todo en Granada o Coímbra. En el terreno jurídico, las diferencias entre una y otra corriente no fueron pequeñas. Como botón de muestra, los tomistas salmantinos seguían considerando el derecho como lo justo o la cosa justa, es decir, como el objeto de la virtud o del acto justo (eran realistas, de *res*, cosa), en la línea de la ciencia jurídica romanista clásica. Por ejemplo: «El derecho es el objeto de la justicia. La conclusión consta suficientemente con la autoridad de S. Isidoro, del filósofo y del jurisconsulto, los cuales llaman *Ius*, derecho, a aquella igualdad que la justicia establece en las cosas» [Domingo de Soto (1968) [1556], *De la justicia y del derecho: tomo segundo, Libros III y IV*, trad. González Ordóñez, Madrid: Instituto de Estudios Políticos (pág. 193)]. En cambio, los de la Segunda Escolástica tardía considerarán el derecho ya primariamente como facultad subjetiva: «Según el último y más estricto significado de *Ius*, con toda propiedad suele llamarse *Ius* al poder moral que cada uno tiene sobre lo suyo o sobre lo que se le debe; así se dice que el dueño de una cosa tiene derecho sobre la cosa y que un obrero tiene derecho al salario, por razón de lo cual se dice que es digno de su recompensa» [Francisco Suárez (1967) [1612], *Tratado de las leyes y de Dios legislador, Vol I (libros I y II)*, trad. Eguillor Muniozuren, Madrid: Instituto de Estudios Políticos (pág. 12)]. Fue esta Segunda Escolástica tardía, la de los «conimbricenses», la que influyó de forma notable en algunos de los primeros representantes del iusnaturalismo moderno, como puede apreciarse en las numerosas citas de Grocio en relación con Francisco Suárez.

<sup>13</sup> En realidad, la escuela se adentra incluso en la Edad Contemporánea, puesto que la filosofía jurídica kantiana, que no se extinguió hasta las primeras décadas del siglo XIX, no fue, en realidad, más que la culminación final de la escuela. Carpintero Benítez sitúa en la década de los años veinte del siglo XIX las publicaciones de los últimos representantes de la filosofía jurídica kantiana. Véase F. Carpintero Benítez, *Historia del derecho natural. Un ensayo*, México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México (1999, págs. 299 y 321).

Ante una existencia tan prolongada, es lógico que el iusnaturalismo moderno variara extraordinariamente de unos autores a otros, así como de una época a otra. Por eso, es muy dudoso que se pueda hablar, en realidad, de una «escuela moderna del derecho natural» sin más, como si de un bloque monolítico se tratara. En cualquier caso, se caracterizó por compartir un mismo estilo, unas ideas generales, que podríamos compendiar de la siguiente manera<sup>14</sup>:

- 1) *Estado de naturaleza*. Todos sus integrantes parten de una situación hipotética del ser humano a la que llamaban *status naturae*, y que se caracterizaba por un aislamiento e independencia individuales de tal intensidad que nadie tenía ninguna prerrogativa sobre los otros, siendo cada uno esencialmente libre y autónomo<sup>15</sup>.
- 2) *Libertad como puro arbitrio*. Esa libertad propia del estado de naturaleza es sinónimo de arbitrio puro, es decir, del poder de determinar las propias acciones conforme a la propia voluntad<sup>16</sup>.
- 3) *Contractualismo*. Ante el panorama de un mundo poblado por individuos igualmente autónomos, independientes e indiferentes entre sí, no había otro camino para fundamentar la obligatoriedad en las relaciones intersubjetivas que la categoría del pacto, del contrato<sup>17</sup>.

---

No examinamos aquí la doctrina jurídica kantiana sobre los presupuestos y garantías de la expropiación forzosa porque el primer libro de la escuela jurídica kantiana apareció tres años después de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Se trata del libro *Das reine Naturrecht*, de Theodor Schmalz, publicado en 1792, en la ciudad prusiana de Königsberg (hoy Kaliningrado, Rusia). Schmalz, que llegaría años después a ser el primer rector de la Universidad de Berlín, enseñaba derecho en Königsberg en ese momento y allí conoció a Immanuel Kant, con quien charlaba a menudo, pero a quien no se atrevió a pedir que leyera su manuscrito con anterioridad a su publicación. Todos estos datos los refiere el propio Schmalz en los prefacios a la primera y segunda edición revisada (1795) del citado libro. Así pues, curiosamente la primera obra jurídica kantiana no fue de Kant, sino ese libro de Schmalz, con el que este trataba de aplicar los principios de la filosofía práctica kantiana a la ciencia del derecho cinco años antes de que el propio Kant escribiera sobre derecho en la *Metafísica de las costumbres* (1797).

<sup>14</sup> Los puntos siguientes están entresacados de F. Carpintero Benítez (1992), «Nuestros prejuicios acerca del llamado “derecho natural”», *Persona y Derecho*, 27, págs. 21-200 (págs. 119-138).

<sup>15</sup> El estado de naturaleza era un concepto conocido y empleado por los juristas desde el derecho romano. La singularidad de los iusnaturalistas modernos reside en que la elevaron al rango de clave metodológica de sus sistemas y doctrinas.

<sup>16</sup> Especialmente en el siglo XVIII, los iusnaturalistas confieren a este arbitrio el carácter de «derecho común», esto es, universal o general, el único derecho con el que el individuo adviene a este mundo.

<sup>17</sup> No solo la sociedad se constituía únicamente mediante un pacto entre los individuos, futuros conciudadanos, sino que las leyes mismas no debían obedecer a otra cosa que no fuesen consensos o puros acuerdos de voluntad. Vázquez de Menchaca, por ejemplo, sos-

- 4) *Método deductivo-axiomático*. De forma en cierto modo contradictoria con lo anterior, también postulaban, para asegurar la vinculatoriedad de las obligaciones propias de la vida social, un método pretendidamente deductivo-axiomático. Solían aislar la tendencia humana que, según cada autor, era predominante en el estado de naturaleza y, desde ese principio único, aplicando el principio de no contradicción, deducían conclusiones necesarias para la convivencia social<sup>18</sup>.

El iusnaturalismo moderno fue una consecuencia indirecta de la crisis en que se hundió la ciencia jurídica al finalizar la Baja Edad Media<sup>19</sup>. Como respuesta

---

tendría que la ley no es más que una *communis reipublicae sponsio*. Lo más coherente con la noción de libertad de la que partían —vacía y negativa, como especialmente sostuvo al final la escuela jurídica kantiana— era afirmar la génesis contractualista de toda obligación legítima.

<sup>18</sup> Y es que, al menos desde Hobbes, estos autores afirman que la forma de razonar que debe seguir el ser humano es la «forma matemática». Por eso, a este nuevo método se lo conoce también como *mos geometricus vel mathematicus*. Con todo, este método ofrecía innumerables problemas para ser realmente operativo desde el punto de vista práctico. Por ejemplo, no se pusieron de acuerdo sobre cuál era ese *principium unicum* del que debía partir el razonamiento deductivo. Prácticamente existieron tantos como autores (sociabilidad, felicidad, utilidad, paz, libertad...). Por otro lado, nunca fueron totalmente consecuentes con su propio método, ya que, desde un único principio, sin tener en cuenta ningún otro elemento, es virtualmente imposible deducir regla alguna. De esta forma, su método se redujo en general a proceder de lo general a lo particular. Finalmente, este método era contradictorio con sus bases contractualistas. En efecto, si el orden social es deducible de antemano por procedimientos casi matemáticos, no hace falta, entonces, pacto o acuerdo alguno para concretarlo. Pero, también, al contrario: si es necesario ponerse de acuerdo sobre dichos contenidos, será o porque no existen de antemano o porque la razón común a los hombres es incapaz de hallarlos. Véase Carpintero Benítez (1992, págs. 117-122, 131-132).

<sup>19</sup> En Europa, la doctrina jurídica llega al siglo XVI distribuida básicamente en torno a dos corrientes, herederas ambas del *ius commune*: el *mos italicus* y el *mos gallicus*. El *mos italicus* o «bartolismo» —por ser Bartolo de Saxoferrato su máximo representante— se caracterizó por su continuidad en lo esencial respecto de lo que ya venían haciendo los juristas bajomedievales. Los tratados de estos autores tienen como objeto central el *Corpus Iuris* romano, cuya vigencia consideraban intemporal. Sin embargo, el *mos gallicus*, surgido parcialmente como reacción en el siglo XVI a las críticas dirigidas contra el «bartolismo» desde los ambientes cultos humanistas, se caracterizó por proponerse la restauración en su pureza del derecho romano, que los tratadistas de esta corriente reputaban desordenado y corrompido tanto por los compiladores de Justiniano como por los glosadores bajomedievales. Para lograr este objetivo, acudieron frecuentemente al análisis filológico e histórico del derecho romano recurriendo a la literatura, la filosofía y la historia clásicas. Pero, en cualquier caso, el texto romano seguía apareciendo como lo más importante para estos autores, cuya actividad tendía solo a esclarecer su sentido original. Véase F. Carpintero Benítez (1977a), «*Mos italicus*», «*mos gallicus*» y el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica», *Ius Commune*, 6, págs. 108-171 (págs. 113 y 125-127).

a dicha crisis, el llamado *humanismo jurídico racionalista*, que, detectado y caracterizado entre nosotros por Carpintero Benítez, planteó lo que suponía un salto cualitativo respecto de la tradición jurídica del momento, al prescindir del derecho romano como la principal y casi única autoridad de referencia, y que consistió básicamente en la ampliación del argumentario en el que sustentar las opiniones jurídicas. Además, este modo de proceder amplió asimismo el ámbito de las cuestiones a resolver, lo que llevó a estos autores a indagar frecuentemente no solo en los fundamentos últimos de los diversos institutos jurídicos, sino también —y es lo que aquí nos interesa— a afrontar problemas específicos de lo que hoy llamaríamos derecho público. Es más, los nuevos *argumenta et rationes* introducidos por estos autores se reservan, sobre todo, para las cuestiones relativas al fundamento, naturaleza y límites del poder político<sup>20</sup>.

Pues bien, a diferencia de los demás juristas de este nuevo «humanismo racionalista» (Martín de Azpilcueta, Connan, Cagnolo, Covarrubias...), Fernando Vázquez de Menchaca reunió, especialmente con su libro más conocido, las *Controversias Ilustres* (1559), las características que lo convertirían en el iniciador del iusnaturalismo moderno propiamente dicho. En efecto, Vázquez, aunque distinguiendo también entre derecho natural, derecho de gentes y derecho civil —como era habitual hasta entonces—, imprimió al derecho natural una significación que iba mucho más allá de considerarlo como una simple *aetas aurea* parcialmente superada por las necesidades históricas vía *ius gentium*. En efecto, lo concibe no solo como una «edad dorada» en la historia de la humanidad, sino también como un ideal regulador subsistente en la sociedad civil<sup>21</sup> y —lo que es más importante— del que extrae muchas reglas concretas, sobre todo relativas a la naturaleza y límites del poder político<sup>22</sup>.

Por lo que a la cuestión expropiatoria se refiere, la doctrina de Vázquez de Menchaca va bastante más allá de la más concreta y casuística que era tradicional entre los juristas del *ius commune*. En el capítulo quinto del primer libro de las *Controversias*, ante la pregunta de «cuándo un príncipe, o ciudad libre» puede «despojar de sus bienes a uno o a ciertos ciudadanos», esboza una solución de tipo general. Admite la posibilidad de este despojo, pero introduciendo dos requisitos en términos casi idénticos a los empleados por la Declaración de 1789: «primero, que la razón de tales actos [de privación] sea la utilidad o necesidad pública (ya que a esta debe subordinarse la particular) [...]». El segundo requisito es que

<sup>20</sup> Véase F. Carpintero Benítez (1977a, págs. 132-165).

<sup>21</sup> Véase F. Carpintero Benítez (1977b), *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*, Universidad de Salamanca (págs. 61 y 69).

<sup>22</sup> Por ejemplo, y de forma destacada, de la igual libertad originaria propia del *status naturae* extraía una regla de derecho natural según la cual la única sumisión legítima que puede existir entre los hombres es la que se origina con el propio consentimiento, puesto que todos los hombres «son» (no simplemente «eran») igualmente libres. Véase F. Carpintero Benítez (1992, pág. 66).

aun en el supuesto de que por razón de la pública utilidad se prive al particular de sus bienes, no se omita con todo el otorgar la recompensa y remuneración debida al dueño del objeto cedido»<sup>23</sup>.

Ya están aquí perfectamente delimitadas en su esencia las dos garantías expropiatorias típicas del constitucionalismo contemporáneo: la identificación de la *causa expropriandi* con la utilidad pública o el interés social y la mediación de la correspondiente compensación<sup>24</sup>. Que esta última se corresponde con el valor de la cosa expropiada (lo que en derecho español llamamos tradicionalmente justiprecio) lo señala en la aclaración de tintes iusnaturalistas que añade Vázquez a continuación: «[...] si el despojarme a mí de un bien propio redundó en provecho de todos, es muy justo y muy conforme al derecho natural, que entre todos se me restituya su valor (quitada la parte proporcional que a mí me correspondía pagar)»<sup>25</sup>.

En esta materia, el iusnaturalismo moderno de Vázquez se manifiesta en la fundamentación que realiza de la potestad expropiatoria. Equipara, en parte, el derecho natural con la *communis omnium possessio* —la común posesión de todas las cosas, tal y como lo hacía la ciencia jurídica medieval— que revive en las situaciones de necesidad para justificar la derogación de la propiedad en esos casos. Así, Vázquez señala que el poder de despojar de sus bienes a los súbditos se basa en el hecho de «que en tiempo de necesidad todas las cosas son comunes y así quien escogió vivir vida social, popular y civil, por el mismo hecho parece someterse a esta ley, que debe anteponer la utilidad pública a los bienes particulares, y por eso si la utilidad o necesidad de la república lo reclaman debe ayudar con sus bienes y ponerlos a su disposición»<sup>26</sup>.

Pero, significativamente, no extraía de la doctrina del *ius necessitatis* las mismas conclusiones que los juristas y escolásticos medievales. Estos negaban que el necesitado estuviera obligado a restituir cuando mejorara su posición, en la medida en que entendían que había hecho uso de un derecho (de una cosa) que en la situación de necesidad era suyo<sup>27</sup>. En cambio, Vázquez afirmaba que la imposibilidad de pagar el justiprecio por parte del príncipe o de la comunidad no impedía que existiera la obligación de su abono en cuanto desapareciera la situa-

<sup>23</sup> F. Vázquez de Menchaca (1932) [1559], *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres*, trad. F. Rodríguez Alcalde, vol. I, Valladolid (págs. 156 y 157).

<sup>24</sup> Con expresa mención a Vázquez, así lo afirmaba rotundamente Georg Meyer (1868), *Das Recht der Expropriation*, Leipzig: Verlag der Serig'schen Buchhandlung (págs. 118 y 119).

<sup>25</sup> Vázquez de Menchaca (1932, pág. 157).

<sup>26</sup> *Ibid.*, pág. 166.

<sup>27</sup> Véase, por ejemplo, Soto, haciendo suya la opinión de Duns Scoto: quien tomó lo ajeno por extrema necesidad y después alcanza mejor posición, «no está obligado a restituirlo. Y la razón salta a la vista; porque como en caso de extrema necesidad todas las cosas son comunes, quien en esta ocasión toma algo, no contrae por ello deuda ninguna» [Soto (1968, pág. 366)].

ción de emergencia que lo obstaculizaba<sup>28</sup>. Parece que, para él, la expropiación constituye una relación de justicia distributiva, basada en un criterio de estricta igualdad entre todos los miembros de la comunidad política, con *abstracción* de cualquier otra consideración<sup>29</sup>.

En cualquier caso, Vázquez exige los dos elementos en los términos más enérgicos e inequívocos. Por un lado, sale al paso de quienes los rebajaban sobre la base de la doctrina de la *plenitudo potestatis*. Niega enfáticamente que la plenitud de la potestad del príncipe —que equivalía, como recordara Figgis, a lo que a partir del Renacimiento se llamará soberanía<sup>30</sup>— justifique disminuir dichas garantías, potestad que en nada se diferencia a estos efectos de la potestad ordinaria<sup>31</sup>. Es más, parece negar que la facultad misma de despojar se asiente sobre la plenitud de la potestad, apoyándola más bien en dicha potestad ordinaria<sup>32</sup>. Tan

<sup>28</sup> «Con todo, tanto en el caso de no haberle otorgado compensación alguna, como en el de habersele concedido insuficiente, es justo que tan pronto como logre alcanzar la república un estado más floreciente en sus bienes, supla la parte que faltaba por recompensar...» [Vázquez de Menchaca (1932, pág. 167)].

<sup>29</sup> «Mas aunque debemos contribuir con nuestros bienes cuando lo reclaman las necesidades de la patria, sin embargo por ser muy conforme a derecho natural, que el bienestar público y las necesidades y peligros comunes, se remedien con los tributos, privaciones y peligro no de alguno que otro ciudadano sino de todos ellos en general, por esa razón la república debe ofrecer una proporcionada y conveniente compensación a quien hizo entrega de algún bien suyo para aliviar y remediar la necesidad pública, quitada la parte proporcional que como uno de los miembros del pueblo debía aportar» [Vázquez de Menchaca (1932, pág. 167)]. En la misma línea, más tarde, Leonardo Lessius (1554-1623), teólogo de la Segunda Escolástica «tardía», tratando de la compensación en algunos supuestos expropiatorios concretos, la fundamentaba expresamente en la justicia distributiva. Véase Clemente de Diego (1923, pág. 261).

<sup>30</sup> Véase J. N. Figgis (1999) [1907], *Political Thought from Gerson to Grotius*, Kitchener: Batoche Books (pág. 17).

<sup>31</sup> «Pero en esta materia no menos frecuente en la práctica, cuanto ardua y mal ordenada, difícilmente puede admitirse, aun cuando disientan la mayor parte de los autores mencionados, que en un príncipe legítimo sin otro derecho que el de mero príncipe se dé una plenitud de potestad que difiera en algo o se aparte de la potestad ordinaria. Y así en lo que se refiere a la cuestión propuesta, sea esta la conclusión: que tal príncipe revestido del mero y simple derecho de príncipe, solamente puede despojar de sus bienes a un ciudadano o súbdito suyo, cuando concurren estas dos circunstancias y en ningún otro caso: primero cuando lo exija alguna utilidad o necesidad pública y segundo si se le otorga además una debida y proporcionada recompensa según lo exigen los derechos y motivos expuestos. La misma solución que daríamos si el príncipe en este asunto usase solo de la potestad ordinaria que en nada difiere de la absoluta en este caso» [Vázquez de Menchaca (1932, pág. 166)].

<sup>32</sup> «Ahora bien, para todos estos efectos, es suficiente la potestad ordinaria, sin que la absoluta o la plenitud de potestad pueda extenderse ni un punto más en este asunto; porque ni aun en virtud de la plenitud de poder le es lícito al príncipe al desaparecer la utilidad o necesidad pública, el que contra mi voluntad se me prive de una cosa que me pertenece, ya que

solo acepta disminuir las citadas exigencias cuando el despojo se produce por el gobernante no «como mero príncipe», sino como señor feudal<sup>33</sup>. Y ello porque en estos últimos casos el señor estaría disponiendo de algo que en realidad no es de otro, sino suyo<sup>34</sup>. Finalmente, rectifica una opinión suya anterior favorable a la libre disposición por parte del príncipe de los derechos sucesorios de los súbditos. En las *Controversias* se retracta expresamente de esta conclusión, negando que este caso se sustraiga de las exigencias generales de utilidad pública y justiprecio, y asestando un nuevo golpe a la doctrina de la plenitud de potestad<sup>35</sup>.

En definitiva, como señalara Meyer, en la obra de Vázquez de Menchaca se encuentra ya reconocida claramente la esencia del derecho de expropiación actual<sup>36</sup>. Sin embargo, no se puede estar de acuerdo con la opinión de este autor según la cual habría que esperar a Grocio para que la institución expropiatoria tuviera una base filosófica propia, pues hasta entonces tan solo habría contado con

---

sería cometer conmigo una injusticia y violencia, actos contrarios al derecho y naturaleza de mero príncipe instituido solamente para provecho y defensa de los ciudadanos, no para obstáculo y perjuicio de los mismos. Mas aun en el supuesto de que se me despoje de una cosa propia ante una necesidad apremiante de la república, ni aun en virtud de la plenitud de poder, le será lícito al príncipe el dejar de concederme una compensación proporcionada; puesto que la república está obligada a otorgar esta compensación como consta por las razones aducidas. Toda esta doctrina está sacada del fondo mismo del derecho de gentes, natural y divino, derechos a los que consta ciertamente estar sometido y subordinado el príncipe sin serle lícito quebrantarlos. [...] De donde se sigue que siendo la opinión que anteriormente combatimos, no solo errónea, sino también sumamente perniciosa, nefanda e injusta, no puede llevarse a la práctica ni aun en uso de la plenitud de poder» [Vázquez de Menchaca (1932, págs. 168-169)].

<sup>33</sup> La distinción entre las tres categorías de príncipes que realiza («mero y legítimo príncipe», «legítimo, pero no mero príncipe» y «príncipe ni mero ni legítimo»), y que es esencial para comprender el pensamiento de Vázquez, se encuentra al inicio mismo de las *Controversias*, capítulo primero del libro primero. Dicha distinción obedece a la subsistencia parcial todavía en esa época del régimen feudal. Véase Vázquez de Menchaca (1932, págs. 97-98).

<sup>34</sup> «Esta nuestra doctrina tiene una excepción, cuando se trata de un vasallo estrictamente tal, cual sería, por ejemplo, si en un campo que me pertenece por derecho de propiedad y de jurisdicción, he consentido edificar un pueblo o aldea bajo ciertas leyes y tributos; en este caso, y forzado por la necesidad, tal vez me fuera lícita la enajenación de estos vasallos, siendo bien clara la razón de esta diferencia. Porque en este segundo caso la autoridad de príncipe se fundamenta sobre algo propio mío, mas si hubiera sido instituido príncipe solamente por el consentimiento del pueblo, entonces el derecho de primacía se basa en algo ajeno; ha sido una concesión; por lo que en el caso de vasallaje pueden y deben restringirse muchas afirmaciones que asientan los doctores confundiendo sin razón los derechos que dimanen del vasallaje y los que proceden de la mera autoridad de príncipe» [Vázquez de Menchaca (1932, pág. 161)].

<sup>35</sup> Véase Vázquez de Menchaca (1932, págs. 170-172).

<sup>36</sup> Véase Meyer (1868, págs. 118-119).

el derecho romano positivo<sup>37</sup>. Esto es verdad, como hemos visto, en relación con los juristas de la tradición del *ius commune*. Pero no lo es respecto de Vázquez de Menchaca, cuyas *Controversias* han superado ya esa tradición y adopta una perspectiva claramente iusnaturalista. Como se ha podido comprobar, él no fundamenta las garantías expropiatorias en derecho romano positivo alguno, sino en el «derecho natural» unas veces, o en el «derecho de gentes, natural y divino» otras<sup>38</sup>. Por lo demás, lo que no encontramos en Vázquez, ni encontraremos tampoco en los iusnaturalistas posteriores —ni en los primeros textos constitucionales—, es una referencia o desarrollo a la garantía del procedimiento. Tan solo insisten en los presupuestos básicos y garantías de tipo material.

### III. GROCIO: LA FUNDAMENTACIÓN EN EL DOMINIO EMINENTE

La obra de Vázquez hizo fortuna. En particular, sus *Controversias* fueron objeto de varias ediciones y son citadas por los publicistas hasta bien entrado el siglo XVIII<sup>39</sup>. Pero su éxito no es comparable a la enorme difusión que tuvo el *De iure belli ac pacis*, de Hugo Grocio, aparecido en 1625. Y ello pese a que en algunos aspectos capitales la obra del vallisoletano fue más rupturista que la de Grocio. Es más, la del holandés fue deudora en una buena medida de la de Vázquez, al que cita profusamente, y de Suárez, al que se refiere en muchas ocasiones. La extraordinaria aceptación del tratado grociano se explica, más bien, por la mayor claridad y orden de su estructura, y seguramente también por la confesión protestante de su autor en un momento histórico en que la división religiosa comenzaba a tener una importancia determinante en la ciencia europea<sup>40</sup>.

En cualquier caso, frente a la amplia atención que presta Vázquez a las garantías expropiatorias, Grocio alude a ellas en unas breves líneas, en las que se remite expresamente a la obra del jurista castellano. Así pues, como el propio holandés pone abiertamente de manifiesto, su formulación de las garantías expropiatorias procede directamente de la obra de Vázquez de Menchaca. Sin embargo, hay diferencias importantes entre las consideraciones del castellano y las de Grocio.

La primera se refiere al título sobre el que descansa el poder expropiatorio. Acaso influido por la escolástica nominal y la segunda escolástica tardía, en las que las categorías de la facultad y el dominio ocupaban un lugar central, Grocio prescinde de la *plenitudo potestatis*, doctrina bajomedieval de origen canonista,

<sup>37</sup> Véase Meyer (1868, pág. 119).

<sup>38</sup> En la misma línea, Clemente de Diego (1923, pág. 265).

<sup>39</sup> Por referir un ejemplo cualquiera, Joseph Franz Lothar von Schrodt, en su *Systema Iuris Publici Universalis*, publicado en 1780, más de dos siglos después de la obra de Vázquez, incluye varias referencias a este entre las autoridades citadas.

<sup>40</sup> Véase F. Carpintero Benítez (1990), «Poder y derecho. La modernidad ante la resistencia a la injusticia», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 7, págs. 379-408 (pág. 385).

y la sustituye por la del *dominium eminens* o *supereminens*, expresión esta, la de dominio eminente o supereminente, acuñada por él mismo<sup>41</sup>. En efecto, en el capítulo que trata sobre «las promesas y contratos de los que tienen el sumo imperio», afirma que el rey puede despojar al súbdito de su derecho adquirido sobre la base de dos títulos diferentes: o como una pena (la confiscación, contra la que siglos más tarde clamará Beccaria por considerarla contraria a lo que hoy llamaríamos principio de personalidad de las penas) o en virtud del dominio eminente<sup>42</sup>.

La *plenitudo potestatis* medieval —como hemos visto— era utilizada todavía por Vázquez, aunque ya no para aplicarla al papa, sino al monarca temporal. En cambio, el dominio eminente de Grocio no tiene esas características. Con una influencia claramente escolástico-nominal, establece, nada más comenzar el *De iure belli ac pacis*, que el derecho es ante todo una facultad, una cualidad moral que corresponde a la persona, para obrar o poseer<sup>43</sup>. Después de equiparar derecho y facultad, establece que la facultad es, a su vez, de dos clases: vulgar, que es la que corresponde al particular, y eminente, llamada así por ser superior a la vulgar al estar ordenada al bien común de los súbditos. De esta manera, la facultad eminente no solo contiene una potestad regia superior a la doméstica, sino que incluye un cierto dominio del rey sobre las cosas de los particulares, dominio que es mayor que el de estos<sup>44</sup>. Parece, por tanto, que afirma una facultad concreta-

<sup>41</sup> Ulrich Huber (1684 ) [1672], *De iure civitatis*, Franequerae (pág. 181), señalaba que el cardenal Juan de Lugo utilizó la expresión «dominio eminente» antes que Grocio. Pero se trata posiblemente de un error, porque la edición más antigua de la obra de Juan de Lugo en la que se aprecia el uso de esta expresión (*De iustitia et iure*, tomo I, sección I, 9) parece que es de 1642, posterior a la del holandés. Por lo demás, la construcción del dominio eminente se convertirá con el tiempo en una de las principales técnicas de intervención del poder político preconstitucional. Véase J. L. Carro Fernández-Valmayor (1981), «Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 29, págs. 287-305.

<sup>42</sup> «Sed hoc quoque sciendum est, posse subditis jus etiam quæsitum auferri per regem duplici modo, aut in pœnam, aut ex vi supereminentis domini» [H. Grocio (1626), *De iure belli ac pacis libri tres*, Maeno-Franfurt (pág. 284)].

<sup>43</sup> «[...] ius est qualitas moralis personæ competens ad aliquid iuste habendum vel agendum» [Grocio (1626, pág. 4)].

<sup>44</sup> «V. Facultatem Iurisconsulti nomine Sui appellant: nos posthac ius proprie aut stricte dictum appellabimus: sub quo continentur Potestas, tum in se, quæ libertas dicitur, tum in alios, ut patria, dominica; Dominium plenum sive minus pleno ut ususfructus, ius pignoris; & creditum cui ex adverso respondet debitum. VI. Sed hæc facultas rursus duplex est: Vulgaris scilicet quæ usus particularis causa comparata est et Eminens quæ superior est iure vulgari, utpote communitati competens in partes et res partium boni communis causa. Sic regia potestas subse habet et patriam et dominicam potestatem: sic in res singulorum maius est dominium regis ad bonum commune quam dominorum singularium: sic reipublicæ quisque ad usus publicos magis obligatur quam creditori» [Grocio (1626, pág. 4)].

mente referida a los bienes como especie dentro del género facultad eminente, y que sería a la que Grocio llama *dominium eminens* o dominio eminente.

Pues bien, cuando la privación es expropiatoria, es decir, como ejercicio del dominio eminente, y no del poder punitivo, Grocio exige de forma inequívoca los dos consabidos elementos: utilidad pública (*utilitas publica*) y compensación (*compensatio*). Y además lo hace ya con la mayor generalidad posible: cuando la privación recae no solo sobre las cosas, sino también sobre el derecho derivado de cualesquiera contratos o promesas<sup>45</sup>.

No obstante, quedan en la sombra aspectos importantes. En primer lugar, establece una excepción virtualmente irrestricta: la compensación no se hará cuando no fuere posible (*si fieri potest*). ¿Qué quiere decir esto? ¿Que no será debida cuando la urgencia de la necesidad haga impracticable la indemnización en el momento de la privación? ¿O solo cuando el fisco carezca de los fondos necesarios para compensar? En este punto, Grocio razona más como un jurista medieval que como un iusnaturalista moderno, a diferencia de Vázquez, que se mostraba aquí más innovador. Y, en segundo lugar, tampoco aclara cuál es el valor que debe darse a la compensación. En cambio, Vázquez, como hemos visto, lo concretaba en el valor de la misma cosa expropiada, detraída la cuota que al propietario le correspondía como miembro de la comunidad<sup>46</sup>.

#### IV. LAS GARANTÍAS EXPROPIATORIAS ANTE LA POLÉMICA RECEPCIÓN DEL DOMINIUM EMINENS

Tras Grocio, la doctrina del dominio eminente experimentó una fortuna desigual. Frente al escaso eco que tuvo en el mundo anglosajón, con la excepción estadounidense ya en un período muy tardío<sup>47</sup>, en el ámbito europeo con-

<sup>45</sup> «Sed ut id fiat ex vi supereminens dominii, primum requiritur utilitas publica; deinde, ut si fieri potest compensatio fiat ei qui suum amisit, ex communi. Hoc ergo sicut in rebus aliis locum habet, ita & in jure quod ex promisso aut contractu quaeritur» [Grocio (1626, pág. 284)].

<sup>46</sup> Por todo ello, hay que estar con la opinión de Clemente de Diego (1923, pág. 268), que rechazaba, a favor de Vázquez de Menchaca, la atribución de paternidad de la teoría de la expropiación que hacía G. Meyer a favor de Grocio.

<sup>47</sup> Ni Coke ni Blackstone, por ejemplo, la mencionan como tal en sus obras, de forma que el derecho inglés, para referirse a la expropiación, utiliza hoy las expresiones «compulsory acquisition», «compulsory powers» o «expropriation». Véase Stoebuck (1972, pág. 554). En cambio, en Estados Unidos se recibió tardíamente, cuando los tribunales la introdujeron para explicar la quinta enmienda, equivalente allí al art. 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Suele citarse como «leading early decision» el asunto *Gardner v. Trustees of Village of Newburgh*, 2 Johns. Ch. 162 (N.Y. 1816). En ella se señala lo siguiente: «Grotius, (De Jur. B. & P. b. 8. ch. 14. s. 7.) Puffendorf, (De Jur. Nat. et Gent. b. 8. ch. 5. s. 7.) and Bynkershoeck, (Quæst. Jur. Pub. b. 2. ch. 15.) when spea-

tinental la expresión sí se utilizó desde muy pronto por la doctrina iusnaturalista que siguió los pasos del holandés. Así lo atestiguan las numerosas disertaciones y debates académicos que, en forma de opúsculos, aparecieron en esos años bajo el rótulo del dominio eminente<sup>48</sup>. Sin embargo, estas publicaciones manifestaban, en cierto modo, que la categoría del dominio eminente no era pacífica. Y así fue. En 1664 Johann Friedrich Hornius publicó un tratado de teoría política en el que, aceptando la categoría creada por Grocio, la desarrolla con cierto detalle. Establecía un género, los derechos absolutos de la majestad, dentro de los cuales se distinguen dos especies distintas: el derecho de imperio, por un lado, y el dominio eminente, por otro, al que definía como la suma potestad en la república de disponer, en sentido amplio, de los bienes de los sujetos privados<sup>49</sup>. Hornius incluía en él, en general, todas las intervenciones de la autoridad sobre la propiedad privada, no solo la apropiación de bienes por causa de utilidad pública (regulación de los modos de adquirir y perder la propiedad, la potestad tributaria, etc.)<sup>50</sup>.

No obstante, en torno a la Facultad de Derecho de la Universidad de Wittenberg hubo un importante núcleo de juristas que rechazaron la categoría del dominio eminente. Caspar Ziegler, profesor ordinario de dicha Facultad y que llegó a ser rector, publicó hacia 1666 unos comentarios críticos al *De iure belli ac pacis* de Grocio en los que se oponía a la expresión «dominio eminente». La veía peligrosa. Daba a entender que la palabra «dominio» podría conducir a una interpretación de la potestad expropiatoria en clave patrimonialista, de forma que podría justificar la disposición por parte del soberano de los bienes de sus súbditos en provecho propio. En lugar del dominio eminente proponía servirse de la noción de «imperio» que, instituido como tal al servicio de la salud pública, resultaría título suficiente para esas apropiaciones<sup>51</sup>. Le siguió otro profesor de

---

king of the eminent domain of the sovereign, admit that private property may be taken for public uses, when public necessity or utility require it; but they all lay it down as a clear principle of natural equity, that the individual, whose property is thus sacrificed, must be indemnified...». Desde entonces hasta hoy, cuando el derecho constitucional estadounidense trata de la potestad expropiatoria, lo hace prácticamente bajo el rótulo de *Eminent Domain*. Véase Stoebuck (1972, pág. 555).

<sup>48</sup> Véase, por ejemplo, J. H. Boeckler (1654), *De dominio eminente disquisitio politica*, Argentorati; G. Stösser (1670), *Disputatio iuridica de eminente dominio*, Argentorati; H. Conring (1677), *Dissertatio politica de dominio eminente summae potestatis civilis*, Helmestadi; y S. Kirchmaier (1677), *De dominio eminente dissertatio politica*, Ratisponae.

<sup>49</sup> Véase I. F. Hornius (1664), *Politicorum Pars Architectonica De Civitate*, Trajecti ad Rhenum (pág. 284).

<sup>50</sup> Véase Hornius (1664, págs. 269 ss).

<sup>51</sup> «Ut vero dominium aliquod eminens inde cum Grotio extruamus, nulla ratio cogit. Ipsa enim vis imperii propter salutem publicam instituit sufficientem Principi titulum præbet, urgente necessitate utendi bonis suorum subditorum, eò quòd omnia ea sinul concessa intelligantur, sine quibus obtineri bonum commune non potest. Ambitiosum est vocabulum

la Facultad de Wittenberg, Wilhelm Leyser, que en 1673 publicó un opúsculo contra las tesis de Hornius, postulando también la categoría del imperio en lugar de la del dominio eminente<sup>52</sup>.

Sin embargo, no dejaron de alzarse voces favorables al dominio eminente. Una de ellas fue la de Johann Adam Osiander. Este teólogo evangélico y rector de la Universidad de Tubinga publicó en 1671 unos voluminosos comentarios de corte teológico al *De iure belli ac pacis*. En ellos se oponía a los de Wittenberg, rechazando la noción de imperio en esta materia por considerarlo ambiguo y porque esta noción se refería más a las personas de los súbditos que a sus bienes. Por lo demás, se detenía particularmente en la cuestión del fundamento del dominio eminente, rechazando de forma expresa la doctrina escolástica del *ius necessitatis*<sup>53</sup>. Ni la utilidad, ni la necesidad, ni el bien común, justifican la apropiación de los bienes ajenos. Este rechazo, que prefigura de alguna manera el liberalismo extremo de los kantianos, no dejaba más salida que una fundamentación voluntarista del dominio eminente: esta facultad sería expresión del poder vicario del monarca respecto del que Dios tiene sobre todas las cosas<sup>54</sup>.

Pero más allá de la polémica sobre imperio *versus* dominio eminente, que tenía algo de discusión bizantina, ¿qué opinaban los autores de este primer iusnaturalismo moderno, previo a Pufendorf, en relación con el presupuesto de

dominii, idq.; Principi si tribuendum fuerit, vereor ego, ut in officio suo contineri semper possit ille, quantumvis optimus & integerrimus, quòd multa secum afferat eiusmodi fortuna, quæ a recto dimovere soleant» [C. Ziegler (1686), *In Hugonis Grotii de Iure Belli ac Pacis libros, quibus naturæ et Gentium ius explicavit, Notæ et animadversiones subitariae*, 3ª ed., Frankfurt & Lipsiæ (pág. 46)]. Y vuelve a rechazar el dominio eminente en favor del imperio más adelante. Véase Ziegler (1686, págs. 125, 375, 589).

<sup>52</sup> Véase W. Leyser (1673), *Dissertatio pro Imperio contra Dominium Eminens*, Wittenbergæ.

<sup>53</sup> «Denique causa, ratio & fundamentum huius facultatis eminentis non est necessitas, & boni communis sive publici respectus: tum, quia necessitas non se, habet per modum principii fundantis facultatem eminentem, sed saltim per modum causæ impellentis ad exercitium illius, quæ movens & impellens causa præsupponit iam illam facultatem; tum, quia necessitas non potestatem alicui confert aut ius: alias necessitas extremæ famis potestatem conferret homini egeno in bona alterius, ut Scholastici volunt, cum tamen in Scriptura talis contrectatio rei alienæ invito Domino sit furtum, sive fiat necessitate compellente, sive cupiditate citra necessitatem prævalente: tum, quia necessitas & respectus boni publici ita sese habent, ut posterior quidem dicat finem, in quem respicit ille, qui gaudet summa potestate, quique moderatur & dirigit eò exercitium facultatis eminentis: verum non est illa radix, vel fundamentum facultatis illius eminentis» [J. A. Osiander (1671), *Observationes Maximam partem Theologicae In Libros Tres de Iure Belli ac Pacis Hugonis Grotii*, Tubingæ (pág. 149)].

<sup>54</sup> «[...] dicimus facultatem illam eminentem sive dominium eminens fundari in ipsa maiestate sive vicariatu Dei in his terris. Ut enim Deus relinquit homini dominium in suas res, retento dominio eminenti, quod pro ratione voluntatis suae in quamplurimis actibus ostendit, destruendo, transferendo et ita cum Rex sit vicarius Dei in his terris, facultatem quoque habebit disponendi de bonis subditorum sub Deo» [Osiander (1671, pág. 150)].

la justa causa pública y la garantía de la compensación? Pues lo cierto es que casi todos ellos, de una forma u otra, las configuraban de tal manera que las dejaban muy debilitadas en la práctica, sobre todo la relativa a la compensación.

Así, Hornius, por un lado, se mostraba más restrictivo que Grocio en cuanto a la causa habilitante de las apropiaciones: hablaba de «necesidad pública o causa equivalente»<sup>55</sup>, no ya de utilidad pública, concepto mucho más amplio. Por otro lado, sin embargo, al tratar de la compensación, sostenía que esta no es objeto de un derecho propiamente dicho. En determinados y amplios supuestos (la salvación de la república, la escasez de recursos para indemnizar...), consideraba que la compensación era más una especie de premio justificado en razones de equidad que un auténtico deber de la república (*at magis in praemium, quam ex debito*)<sup>56</sup>. Osiander, también partidario del dominio eminente, ampliaba, de forma razonable, la causa de la apropiación a la utilidad pública, yendo, en la línea de Grocio, más allá de la simple necesidad pública. Pero introducía tantas excepciones al deber de compensar, y de forma tan genérica y ambigua, que lo excepcional prácticamente era que el príncipe tuviese ese deber en relación con este tipo de apropiaciones<sup>57</sup>. Más favorable a la compensación parecía mostrarse

<sup>55</sup> Hornius (1664, pág. 321).

<sup>56</sup> «Communiter urgent plenariam restitutionem; exemplo usi levatae per jactum navis, ubi omnium contributione farcitur, quod pro omnibus datum est. Alias quoque Societatis regula vetat, socium cum detrimento alterius fieri locupletiolem. Verum dispar ratio est exemplorum. Multum differt actio privati hominis, a necessitate se expedientis, ab imperantis potestate. Æquales sunt illi, qui jactu mercium servant navim: hic nobis sermo est de facultate summi Principis. ad quem nunquam productetur commode ratio, desumta ab hominibus privatae fortis. Socii, ut aequale ferant damnum, pacti sunt: at subditi omnes jurarunt, separatos fore, profundere opes suas in salutem Reipublicae. Quoniam firmis rationibus asseruimus, potestatem in bona esse verum Dominium: necessum est, ut concludamus, Principem ad justii pretii solutionem non teneri. [...] Puta quando plurium provinciarum magnarum urbium amplissima suburbia prosternuntur; quando integræ provinciarum segetes perduntur, ne hostis vel sedem, vel cibum reperiat. Quis ingentia illa damna dixerit reparanda esse? non suffecerint reliquorum civium bona. [...] Quamvis autem Principem ad compensationem nullum Jus adigat, æquissimum tamen judicandum est, si quocunque modo, vel remisso tributo, vel donata materia & instrumento, novis ædificiis struendis, vel denique alia superficie designata, soletur exutum possessione civem. Æquitas in quam, hoc suadet: nullum strictum Jus cogit [...] Sarcit quidem acceptum damnum Respublica si potest, at magis in praemium, quam ex debito: itaque si non potest, necessum est, ut pars quaeque ferat, quod mutari non potest, ob reliqui corporis salutem» [Hornius (1664: 323-325)].

<sup>57</sup> «Non semper ad restitutionem ablatorum in Commodum totius Reipublicae Princeps tenetur. Author dicit Regem posse auferre subditis ius quaesitum etiam vi supereminetis domini, non tantum in poenam, sed ut id fiat, primum requiri utilitatem publicam, deinde ut, si fieri potest, compensatio fiat ei qui suum amisit ex communi. [...] Compensatio non est necessaria, si primum obtinuit si enim Princeps in utilitatem publicam abstulit aliquid, non tenetur ad restitutionem, cum illa ablatio tendet in bonum totius communitatis; cumque illi qui civitatem quandam constituunt vel subditi sunt in ipsa coalitione prima cum Principe iurent, se

Ulricus Huber, aunque, al señalar que esta procedía «generalmente» (*plerumque*), de forma implícita estaba admitiendo que en algún caso —sin precisar cuál— no era obligada<sup>58</sup>.

Tan solo Ziegler, entre los autores examinados que rechazaban el dominio eminente, tiene otro enfoque. Aunque también hablaba de «utilidad pública» para referirse a la causa, en las pocas líneas que dedica a la compensación da por descontada su exigibilidad en los términos de Grocio, y añade brevemente un argumento a favor de que el montante de la compensación se obtenga del erario, apuntando así a la idea de equidistribución en los costes del bien común<sup>59</sup>.

## V. LAS GARANTÍAS EXPROPIATORIAS EN SAMUEL PUFENDORF

En 1672 vio la luz el difundidísimo *Iure Naturae et Gentium Libri Octo*, de Samuel Pufendorf, quien llegó a alcanzar una enorme autoridad entre los representantes posteriores de la escuela moderna del derecho natural. En la citada obra, el jurista alemán dedica una atención detallada a la materia que nos ocupa. Comienza desembarazándose de la polémica entre imperio y dominio eminente. Le resta importancia, señalando que es una discusión puramente terminológica. Es de la opinión de que el imperio, por su propia naturaleza, es título suficiente para las apropiaciones por pública necesidad. Pese a ello, termina por admitir la categoría del *dominium eminens*, seguramente por la generalidad con que ya había sido aceptada<sup>60</sup>. En su posterior

---

paratos esse profundere omnes opes suas in salutem Reipublicae, eo ipso Princeps quo saluti publicae consulit, nullius restitutionis onere erit gravandus. Recte autem Author addit hoc: si fieri possit. Nam quandoque non potest fieri restitutio, cum damnum tantum, ut non par sit Princeps restitutioni, si scilicet omnia suburbia tempore belli destruat, omnes segetes sternat, ut hosti ita viam intercludat, aut anona caritatem inducat; Si itaque ad impossibile non tenetur privatus, multo minus Princeps in tali casu necessitatis et utilitatis publicae» [Osiander (1671, págs. 1007-1008)].

<sup>58</sup> «Hinc est quod injuria non sit civibus quando res suas non modo vendere sed & sine pretio illis quandoque cedere coguntur. Sic tamen ut Respublica cum primum poterit ad restituendum plerumque teneatur» [Huber (1684, pág. 183)].

<sup>59</sup> «Æquissimum enim est, commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut res suas salvas haberent» [Ziegler (1686, pág. 376)]. Tomo la expresión «equidistribución de los costes del bien común» de I. Rodríguez Fernández (2018), «La responsabilidad objetiva de la Administración pública y la equidistribución del coste del bien común», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 195, págs. 155-192, quien la utiliza para examinar la doctrina de algunos tratadistas de este período.

<sup>60</sup> «Dominii eminentis non tam rem, quam vocabulum aliqui damnant. Ipsam enim vim imperii, propter salutem publicam instituti, sufficientem principi titulum præbere, urgente necessitate utendi bonis suorum subditorum; eo quod omnia simul concessa

*De Officio Hominis* pasa a tratar del dominio eminente sin más, dándolo por asumido<sup>61</sup>.

Como era ya tradicional, reserva la potestad sobre los bienes de los súbditos al gobernante en cuanto responsable supremo de la república, y no cuando actúa al modo de un ciudadano más en relación con su propio patrimonio<sup>62</sup>. Si es más novedoso al referir el *dominium eminens* exclusivamente a la apropiación de los bienes de los súbditos por utilidad pública. Las demás intervenciones públicas sobre la propiedad son objeto de poderes específicos distintos, todos ellos reconducibles, junto con el dominio eminente, a la noción más amplia de «potestad de imperio supremo»<sup>63</sup>. Este esquema, prefigurado en Grocio, es el que adopta ya claramente Pufendorf. Lo confirma después en el *De Officio Hominis*, en el que ofrece una definición del *dominium eminens* determinada exclusivamente por la apropiación pública de bienes particulares<sup>64</sup>. Puede, por eso, decirse que es con él con quien se produce esa identificación entre dominio eminente y potestad expropiatoria que luego adoptarán algunos autores posteriores<sup>65</sup>.

---

intelligentur, sine quibus obtineri bonum commune non potest. Ambitiosum quoque esse id vocabulum, quo mali principes abuti possint ad dissipandas súbditorum facultates. Verum uti super vocabulis litigare supervacuum est; ita particulam summi imperii, quæ certo sese modo circa certam rem exserit peculiari nomine insignire, non præter rationem est. Eius autem domini quæ vis sit, ex hisce intelligitur...» [S. Pufendorf (1684), *Iure Naturæ et Gentium Libri Octo*, 2ª ed., Francofurti ad Moenum (págs. 1266 y 1267)].

<sup>61</sup> Véase S. Pufendorf (1758) [1673], *De Officio Hominis & Civis juxta Legem Naturalem Libri Duo*, Londini (págs. 481 y 482).

<sup>62</sup> «Ad intelligendam potestatem imperii summi in bona civium, observandum; eam profluere vel ex ipsa natura summi imperii per se, vel ex peculiari modo acquirendi imperii. Sane enim non parum interest, an is, qui summum in civitate imperium gerit, sibi ipsi velut cives fecerit, atque primus rerum, quas civitas complectitur, omnimodum dominium adquisiverit; an vero ultro in imperium sit vocatus ab hominibus, qui iam quorundam bonorum proprietatem habebant. Priori casu patet, imperantem in quævis bona civitate contenta non id modo habere potestatis, quod ex imperio per se fluit, sed & quod quibus paterfamilias in patrimonium suum habet; nisi forte ultro quid de iure suo remiserit» [Pufendorf (1684), pág. 1256].

<sup>63</sup> Puede apreciarse en el propio índice del capítulo IV del libro VIII. Se titula «De potestate summi imperio circa bona tam publica quam privatorum». Dentro de él, solo el apartado VII se refiere específicamente al dominio eminente («De dominio eminente»). Véase Pufendorf (1684), pág. 1256).

<sup>64</sup> «Tertium ius est Dominium eminens, quod in eo consistit, ut urgente reip. necessitate bona subditi cuiuspiam, quibus præsens tempus maxime opus habet, ad usus publicos arripi et adplicari queant» [Pufendorf (1758), pág. 481)].

<sup>65</sup> Y que hoy, como se señaló arriba, exhibe la doctrina estadounidense.

En cuanto a la causa legitimadora de la apropiación, se muestra algo impreciso. No hace suya la amplia noción de utilidad pública, pero tampoco se decide terminantemente por la más restrictiva de la necesidad pública. Si bien utiliza esta última, señala que la necesidad no tiene por qué ser extrema o urgente, aunque, por otro lado, exige que no se le dé una extensión demasiado grande. En cualquier caso, es quizá el primero que, en cuanto al objeto, apela a la equidad de la apropiación en cuestión, a lo que hoy llamaríamos principio de proporcionalidad<sup>66</sup>.

En cuanto a la compensación, funda esta garantía en la igualdad natural (*naturalis aequitatis*). Por eso, como ya hacía Vázquez de Menchaca, aclara que de ella debe deducirse la cuota que le corresponde al expropiado como ciudadano<sup>67</sup>. Este fundamento es también el que le permite afirmar, como novedad reseñable, que las limitaciones que afectan a todos por igual no han de ser objeto de compensación. Con ello está distinguiendo entre la apropiación singular de bienes, que ha de ser compensada, de lo que hoy llamaríamos delimitaciones generales del derecho de propiedad, que encontraría aquí su fundamento<sup>68</sup>.

Sin embargo, establece tales salvedades a la compensación, que difícilmente puede verse en ella un auténtico derecho del súbdito desposeído. La primera excepción se refiere al perjuicio previsible, es decir, por ejemplo, cuando por motivos bélicos se derruye una edificación construida en un lugar del que el propietario ya sabía que era susceptible de derribo en caso de guerra. En este caso, al asumir dicho riesgo, se puede decir que el afectado ha consentido tácitamente en sufrir la pérdida. Pero sobre todo es que, como Grocio, a la exigencia de la compensación le añade la cláusula genérica «siem-

<sup>66</sup> «Ex quibus adparet, dominio eminenti locum non esse, nisi reipublicae necessitas requisiverit. De qua tamen Bæclerus ad Grotium lib. 1. cap. 1. §. 6. monet, necessitatem quæ heic attenditur, habere utique suos gradus, neque ultimum semper eius articulum sumendum esse, ubi hoc vocabulum auditur. Neque tamen liberalis nimium eiusdem iuris facienda est extensio, & quantum fieri potest, ad æquitatem idem temperandum» [Pufendorf (1684, págs. 1267-1268)].

<sup>67</sup> «Naturalis est aequitatis, ut, si ad communem quampiam rem conservandam ab iis quide eadem participant, conferendum quid sit, singuli ratam duntaxat partem conferant, nec unus supra cæteros graviter oneretur. Idem & in civitatibus obtinet. Sed cum sæpe ea sint reipublica tempora, ut vel urgens necessitas non admittat ratas partes a singulis colligi, vel certa quæpiam res unius aut paucorum civium ad necessarios usus reipublicae requiratur; poterit summum imperium eam rem publicis necessitatibus adhibere; ita tamen, ut quod ratam partem dominorum excedit, a cæteris civibus sit ipsis refundendum» [Pufendorf (1684, pág. 1267)].

<sup>68</sup> «Tanto minus compensationi petendæ locus est, si omnes eadem necessitas stringat, aut aequale damnum involvat. Publico enim satis est, si neminem sua culpa deteriore reddi patitur; & nunquam illud damnis subditorum ferendis sese obligavit» [Pufendorf (1684, pág. 1268)].

pre que sea posible» (*feri potest*), sin mayores precisiones<sup>69</sup>, lo cual reitera en el *De Officio Hominis*<sup>70</sup>.

## VI. EL IUSNATURALISMO MODERNO INMEDIATAMENTE PRERREVOLUCIONARIO

Las ambigüedades y limitaciones observadas en Pufendorf se reflejan de alguna forma en la disparidad de opiniones existentes entre los iusnaturalistas del siglo XVIII. Para empezar, la categoría del dominio eminente continúa siendo cuestionada. Haciéndose eco casi todos de las polémicas del siglo anterior<sup>71</sup>, la mayoría aceptó la expresión, aunque con reservas y cautelas. Entre estos pueden citarse a Justus Henning Böehmer<sup>72</sup>, el holandés Cornelius van Bynkershoek —que, aunque juriconsulto más bien positivo, muestra tener una gran influencia de los iusnaturalistas—<sup>73</sup>, Georg Beyer —pese a ser profesor en Wittenberg—<sup>74</sup>,

<sup>69</sup> «Cæterumiis, qui hoc modo sua publico impenderunt, aut perdiderunt, a tota civitate quaritum fieri potest ea restitui, aut pensari, manifestissima æquitate nititur. Exceptionem tamen aliqui faciunt, si damnum illatum inevitabile sit, adeo ut tale futurum esse prævideri potuerit. Puta si aedes in suburbiis tempore belli diruantur. Horum enim compensatio posci nequit, quia norant conditionem, eius modi talibus locis annexamesse, eamque ipsi, dum nihilo fecius ibi aedesponunt, tacite quasi iam ante confirmaverunt. Tanto minus compensationi petendæ locus est, si omnes eadem necessitas stringat, aut aequale damnum involvat. Publico enim satis est, si neminem sua culpa deteriorem reddi patitur; & nunquam illud damnis subditorum ferendis sese obligavit» [Pufendorf (1684, pág. 1268)]. Y también: «Id quoque contingere potest, ut subdito ius quæsitum ex contractu auferatur, in poenam, vel ex vi domini eminentis; ut tamen hec necessitas reipublicæ antecedit, & refusio de publico fieri debeat» [Pufendorf (1684, pág. 1323)].

<sup>70</sup> Véase Pufendorf (1758, pág. 482).

<sup>71</sup> Por ejemplo, a la polémica entre los «*Wittebergenses*» y Hornius, se refiere J. H. Böehmer (1758), *Introductio in Ius Publicum Universale*, Francofurti et Lipsiæ (págs. 251 y 252).

<sup>72</sup> «Hoc intuitu recte defendi potest, dominium eminens principi competere in omnia subditorum bona vel si quis offendatur termino domini, dici potest, ius principi competere in omnia bona subditorum pro necessitate cogente reipublicæ exercendum» [Böehmer (1758, pág. 251)].

<sup>73</sup> El capítulo XV del libro II de su *Questionum Juris Publici Libri Duo* (Lugduni Bathavorum, 1737) lleva por título precisamente «De dominio eminenti, et de refundendo pretio eorum, quæ jure eius domini occupantur». Pero a lo largo del texto tiende a emplear más las expresiones *imperium eminentis* o *potestas eminentis*.

<sup>74</sup> «62. Ius perfectum vel personas respicit, earumque actiones, hoc vocatur imperium, de quo supra. 63. Vel res, quod vocatur dominium, de quo infra. 64. Hic saltem notanda differentia domini vulgaris et eminentis. 65. Vulgare competit subditis in bonis suis, adeorum utilitatem privatam. 66. Eminens competit principi in bonis subditorum ad utilitatem publicam» [G. Beyer (1716), *Delineatio Iuris Divini Naturalis et Positivi Universalis*, Lipsiæ (pág. 47)].

Michael Heinrich Gribner<sup>75</sup>, Joseph Franz Lothar von Schrodt<sup>76</sup> y Johann Gottlieb Heineccius, que examinó detenidamente este poder de apropiación por causa pública en sus *Elementa Iuris Naturae et Gentium*, publicado en 1737. En esta obra señalaba que no era pacífico el uso del término *dominium eminentis* frente al de *imperium*, pero que lo emplea habida cuenta su extendida aceptación y porque no encontraba razones determinantes para prescindir de él<sup>77</sup>. Sin embargo, todavía algún autor que otro se oponía resueltamente al dominio eminente, como Nikolaus Hieronymus Gundling, que se manifestó a favor del término imperio<sup>78</sup>.

Por lo demás, el dominio eminente continúa teniendo en esta época unos perfiles poco nítidos en cuanto a su contenido. Algunos reconducen a él diversos y heterogéneos poderes de la autoridad sobre el patrimonio y la actividad de los particulares (Heineccius); otros, en cambio, afinan más y lo refieren específicamente a la apropiación de bienes por justa causa pública (Beyer, Gundling, Gribner), al modo como ya lo había hecho Pufendorf. La propuesta de Gribner merece destacarse como antecedente de otras instituciones jurídico-públicas. Este autor distingue, dentro del dominio eminente, un dominio eminente ordinario y otro extraordinario. Mientras que es este segundo el que se refiere a la expropiación forzosa, el ordinario es el que se tiene sobre los bienes públicos y los que no son de nadie<sup>79</sup>.

<sup>75</sup> Así, titula *De dominio eminente et aliis iuribus maiestaticis* el capítulo 4 del libro II de su *Principiorum Iuris Prudentiae Naturalis Libri IV*, 4ª ed., Vitembergae et Servestae, 1748 (pág. 177).

<sup>76</sup> Después de hacerse eco de la polémica de Wittenberg sobre el dominio eminente, refuta uno por uno los principales argumentos alegados contra el uso de esa expresión. Véase J. F. L. von Schrodt (1780), *Systema Iuris Publici Universalis*, Bambergae (págs. 262 y 263).

<sup>77</sup> «Inter immanentia maiestatis iura est etiam ius Tributa et vectigalia imperandi civibus quin et eorum bona, exigente necessitate, reipublicae usibus adplicandi, quod ius Dominum Eminens adpellare mos est. [...] Fatemur tamen, non satis commode hoc adhiberi vocabulum, quum diversi sint Domini et Imperii conceptus, et non illud, sed hoc competat imperantibus. Unde, quod Grotius [...] primus vocavit dominium eminentis: id Seneca [...] rectius denominavit potestatem. [...] Hinc non male quidem Wittebergenses ICti potestatem illam ex imperio, non dominio quodam, derivandam esse [...] Sed dum lis est de vocabulo rei que origine, et de ipso iure imperantium bona civium urgente necessitate reip. usibus adplicandi, nemo dubitat: cur vocabulum semel receptum plane proscribendum putaremus, nullam omnino idoneam rationem vidimus» [J. G. Heineccius (1738), *Elementa Iuris Naturae et Gentium*, Halae (págs. 509 y 510)].

<sup>78</sup> «Quid? Quod si necessitas urget, idem imperium civile omnia bona, vel eximiam earum partem uni, vel alteri iure aufert; sed ita tamen, ut, quod adimitur quibusdam, vel de publico, vel collatione ceterorum civium damnum facientibus rependatur. Quod imperium eminentis potius, quam dominium dici debet: nisi quidem *λογωμαχίαν* totam litem existimes» [N. H. Gundling (1728), *Ius naturae ac gentium connexa ratione novaque methodo elaboratum et a praesumptis opinionibus aliisque ineptiis vacuum*, Halae Magdeburgicae (pág. 502)].

<sup>79</sup> Véase Gribner (1748, págs. 177-179).

Centrándonos en la garantía relativa a la justa causa pública de las expropiaciones, estos autores también oscilan entre la concepción estricta de la necesidad y la más amplia de la utilidad. Entre los partidarios de esta última, aparece ya una expresa atención a las «obras públicas» como tales. Es el caso de Meulen<sup>80</sup> y de Schrodt<sup>81</sup>, así como de Cornelius van Bijkershoek<sup>82</sup> y de Heineccius, los cuales incluso consideran la comodidad y el adorno públicos como justa causa a estos efectos<sup>83</sup>. En cambio, siguen hablando más bien de necesidad o de urgente necesidad pública Böehmer<sup>84</sup>, Gribner<sup>85</sup> o Gundling<sup>86</sup>. Dentro de su original planteamiento, Beyer establece un cierto nexo entre la causa de la apropiación y el objeto de esta, de tal manera que completa la garantía de la causa pública formulando algo así como un principio *favor proprietatis* o de proporcionalidad<sup>87</sup>.

<sup>80</sup> «Tritum est illud axioma, nemini posse ius, sibi quaesitum, summa sine iniuria auferri, ne quidem a Principe, quin oporteat iustam causam, illud auferedi, subesse. Iusta autem causa est publica utilitas, quae privatis commodis anteponenda [...] Hic moribus introductum, ut, si qui agri in publicum redigantur, aggerum struendorum vel reparandorum causa, vel aquaeductuum faciendorum ergo, vel alterius operis publici conficiendi gratia, eorum fiat aestimatio ab iis magistratibus, quibus haec provincia demandata» [W. van der Muelen (1704), *Hugonis Grotii de Jure Belli ac Pacis Libri Tres, cum Commentariis Gulielmi Vander Muelen*, t. II, Amstelaedami (pág. 513)].

<sup>81</sup> Véase Schrodt (1780, págs. 261 ss).

<sup>82</sup> «Potestas eminens utique exerceri potest ad occupanda ea, sine quibus Opera publica, templa forte & foras, exstrui non possunt» [Bijkershoek (1737, pág. 293)].

<sup>83</sup> «Qui ut Imperium eminens exerceri possit, necessitatem vel utilitatem publicam desiderat, ut ipse desidero, reliquas causas, sine exceptione omnes, excludit. An igitur, ut subditus re sua carere tenetur ex utraque, quam dixi, causa, ita quoque tenebitur, ex causa voluptatis vel amoenitatis publicae, vel etiam ex causa soluis ornatus publici? Non putaverim, neque etiam putavit Senatus Romanus in causa M Licinii Crassi, nolentis per fundum suum derivari aquaeductum, quem moliebantur Praetores, quique non aliam, quam voluptatis & ornatus causam habere dicebatur. Rationes in utramque partem & Decretum Senatus retulit Auctor Disquisitionum Politicarum Casu XXXI. Ita quidem censuit Senatus Romanus, sed alia sententia usus est Wilhelmus I Dynasta Orangius, in Diplomate, sub nomine Philippi II Hispaniarum Regis, edito de institutione Academiae Leidensis 6 Jan 1574 eo quippe concessit Magistratui Leidensi aedes, aliaque loca publica privatave, soluto dominis privatis pretio, quocunque tempore destruere & occupare, non modo ad Academiae exstructionem, sed & ad ornamentum aut Studiosorum voluptatem [...] Hac Juris publici prudentia ego non uterer, nec usus est Senatus Romanus in causa Crassi, nec etiam usus fuisset Augustus, non ausus, ut dixi, dominis extorquere domos, ubi longe major erat ratio» [Bijkershoek (1737, págs. 294-295)]. Para Heineccius, véase sus *Elementa Iuris Naturae et Gentium*, pág. 512, citando la opinión de Bijkershoek.

<sup>84</sup> Véase Böehmer (1758, págs. 251-252).

<sup>85</sup> Véase Gribner (1748, pág. 178).

<sup>86</sup> Véase Gundling (1728, pág. 502).

<sup>87</sup> «67. Et [dominium] vulgare cedit eminenti, quia subditi utilitatem privatam subordinarunt utilitati publicae. 68. Cavendum tamen, ut, quantum fieri potest, dominia privatorum per principem non intervertantur» [Beyer (1716, págs. 47-48)].

En relación con el *punctum dolens* de la compensación, el *si fieri potest* introducido por Grocio continuó proyectando su alargada sombra en esta garantía. Meulen, por ejemplo, aclaraba que fundamentar la compensación en la equidad o igualdad natural no impedía que resultase jurídicamente exigible. Así se deriva de la «recta razón» y de las «reglas de la justicia», que prohíben que alguien se beneficie a costa de la desventaja y del daño de otro, en una formulación que recuerda mucho a la del principio de prohibición del enriquecimiento injusto<sup>88</sup>. Sin embargo, establecía la excepción de que el Estado se encontrara en una necesidad tal que no le fuera posible satisfacer el precio de la compensación. Fundaba esta salvedad en el artificio de considerar que estaba tácitamente incluida en el acuerdo por el que los ciudadanos se unían en sociedad<sup>89</sup>. En la misma línea, Schrodt afirmaba que la compensación solo era exigible cuando fuese posible (*in quantum compensatio est possibilis*), al abrigo de lo cual negaba categóricamente que existiera en tales casos un derecho al resarcimiento<sup>90</sup>. De forma sorprendente, otros, en fin, no prestaron atención alguna a esta garantía cuando trataron del dominio eminente (Böhmer).

Con todo, hubo autores que sí hicieron esfuerzos por configurar la compensación como un auténtico derecho del ciudadano. Más allá de las escue-

<sup>88</sup> «[...] quid enim magis rationi et aequitati convenit, quam ut ex communi rependatur, quod in communem utilitatem erogatum, ne alter alterius cum iactura fiat locupletior, et ex alieno incommodo commodum suum augeat [...] Quamobrem mihi longe ab aequitate et rectae rationis dictamine aberrare videntur ii, qui statuunt, ad hanc compensationem non stricto iure sive necessitate quadam teneri Principem, sed æquum, et bonitati imperantem maxime consentaneum esse, ut civi, cui prædia ædesque, necessitate publica exigente, auferuntur, æquivalens detur, nullo vero iure Principem ad hoc cogi posse, quoniam hæc vi dominii eminentis, et proinde iure suo facit. [...] Miror hanc inter æquitatis et iuris vocem distinctionem, quasi, quod æquitas suadet, idem non præciperent iura et leges naturales. Tum etiam civilis æquitas quidem opponitur iuri stricto, quatenus summum illud ius temperat et moderatur, quod absque æquitatis benigna interpretatione summa esset iniuria; verum simul etiam obligat homines ad sui observantiam ad sequendum, quod huic conveniens recta ipsis dictat ratio. Quamobrem, si æquum est, ut compensatio fiat ei, qui suum amisit, etiam justum, et proinde, quoties non fit eiusmodi refusus de publico ei, qui sua saluti omnium impendit, peccatur adversus iustitiæ regulas, quæ suum cuique tribuendum dictat, et vetat, ne quis cum alterius incommodo et damno suum commodum augeat» [Muelen (1704, págs. 513-514)].

<sup>89</sup> «Aliud dicendum, si ad eas angustias redacta Respublica, ut non habeat, unde commode eiusmodi compensatio fieri possit: eo enim casu necessitas omnem legem frangit, et obligationem, ad æquivalentem dandum, tollit. Videntur etiam tacite casum hunc excepisse mortales, in unam societatem coeuntes» [Muelen (1704, pág. 514)].

<sup>90</sup> «Caeterum cautela Grotii, ut ex communi compensatio fiat ei, qui vi eminentis dominii suum amisit, vera est, in quantum compensatio est possibilis: secus ergo obtinet, si compensatio physice, vel moraliter sit impossibilis. Hoc enim casu usum dominii eminentis etiam absque compensatione iustum esse, ipsa ratio fundamentalis dominii eminentis commensurat» [Schrodt (1780, págs. 270 y 271)].

tas referencias de Beyer y de Gundling a la compensación sin aludir a excepción alguna, Bijkershoek —sin duda el más jurista de todos estos autores— se explayaba detallando que la compensación debía consistir en el valor de la cosa, tasado por el juez o por un árbitro, y descartando expresamente cualquier excepción. En particular se mostraba contrario a las negativas que en alguna ocasión habían formulado las autoridades por necesidades de defensa militar. Señalaba que tal cosa era contraria no solo a las leyes, sino sobre todo —es un dato significativo sobre la vigencia práctica de las garantías expropiatorias en la época— «a las costumbres», citando en este sentido un par de casos en los que las autoridades habían determinado con antelación el pago del *quantum* del daño a cada uno de los afectados<sup>91</sup>. En la misma línea se expresaba Heineccius, rechazando cualquier excepción, incluida la necesidad pública, sin perjuicio, en tal caso, del inevitable retraso del abono<sup>92</sup>. Finalmente, lo que sí exigían todos por «equidistribución del coste del bien común» era que la compensación se sufragara con cargo al erario.

## VII. CONCLUSIÓN

La novedad metodológica del iusnaturalismo moderno ejerció desde muy pronto una decisiva influencia sobre el instituto expropiatorio. Los juristas de la tradición comunitaria ya habían perfilado sus caracteres y garantías. Pero sus desarrollos aún descansaban en exceso sobre textos positivos de derecho romano y medieval. En cambio, el nuevo derecho natural que comenzaba a despuntar en Vázquez de Menchaca, sin suponer un despliegue minucioso del régimen de la expropiación forzosa, sí que permitió al jurista castellano construir ya un esquema general que es esencialmente el mismo que encontraremos después en el constitucionalismo. Vázquez delinea perfectamente, y con la mayor amplitud y generalidad posibles, los dos elementos fundamentales, a saber, la exigencia de justa causa por interés general o bien común y el pago de la debida compensación. En particular, la causa expropiatoria no está integrada, para él, solo por la necesidad pública, a lo que —sin embargo— luego tenderá el liberalismo, sino que incluye en ella también la noción más amplia de utilidad pública. Pero, como contrapartida, no solo configura la compensación del afectado como un

<sup>91</sup> Véase Bijkershoek (1737, págs. 296-299). Uno de esos dos casos era de las tropas españolas en relación con unos campos cercanos a Bruselas.

<sup>92</sup> «Enimvero quum communis reipublicae onera communibus erogationibus ferenda esse, ipsa aequitas doceat: consequens est, ut unus civis prae reliquis non sit onerandus, adeoque ei, cui re sua communis salutis utilitatisue causa carendum est, ex aerario vel arca publica satisfieri debeat, et, si vel maxime id non in continenti fieri possit, id tamen postea suo iure exigant illi, qui re sua exciderunt...» [Heineccius (1738, pág. 513)].

auténtico deber de la comunidad, y, por tanto, como objeto de un auténtico derecho correlativo de aquel, sino que precisa que su cuantía ha de ser el equivalente al valor de la cosa expropiada.

Esta construcción es recogida, con expresa cita a Vázquez, por Hugo Grocio, del que la recibirán, a su vez, los iusnaturalistas posteriores. Pero alemanes y holandeses perdieron energías discutiendo sobre el fundamento del poder expropiatorio y, de alguna manera, relajaron también lo exigido por las aquellas garantías fundamentales. Así, Grocio acuñó la expresión «dominio supereminente» o «eminente» para justificar el poder expropiatorio, y los testimonios doctrinales de la época reflejan hasta qué punto esa noción podía inducir a confundirlo con un tipo de dominio en sentido estricto, relativizándose de esta manera el derecho de propiedad de los particulares sobre sus bienes.

La teoría de Grocio tenía, además, otro punto débil: la compensación económica al afectado procedería solo cuando fuera posible (*si fieri potest*), sin más precisión al respecto. Sobre la base de esta salvedad, algunos de los iusnaturalistas que lo siguieron negaron directamente que la indemnización constituyese objeto de derecho alguno en sentido estricto: *nullum strictum Jus cogit...* (Hornius). Otros introducían tantas excepciones a dicha garantía, que en realidad lo excepcional parecía ser que se tuviera que compensar. Del grupo previo a Pufendorf, tan solo unos pocos, como Ziegler, que rechazó la teoría del dominio eminente, parecieron mantenerse fieles al esquema que había trazado Vázquez de Menchaca (causa de utilidad pública y compensación sin excepciones).

En cuanto a Pufendorf, ciertamente perfeccionó la institución desde el punto de vista técnico. Por ejemplo, exigió cierta proporcionalidad entre la expropiación y el fin concreto perseguido con ella. También insistió en el concepto de lo que podríamos llamar equidistribución del común, contribuyendo a deslindar la expropiación de fenómenos que no lo son, como la delimitación general de la propiedad. Pero también es verdad que, tras unos titubeos iniciales, no solo acepta la categoría del dominio eminente, sino que la identifica ya abiertamente con la potestad expropiatoria. Además, por lo que a la garantía compensatoria se refiere, se hace eco de la cláusula general de excepción «siempre que sea posible». Y esta fue la tónica dominante en el siglo siguiente, al menos entre los iusnaturalistas que trataron de esta materia en vísperas ya de la revolución.

En definitiva, todo esto hace pensar que, aunque en la práctica jurídica la causa de utilidad pública y la compensación se tenían por requisito y garantía fundamentales de indiscutible aplicación, era fácil que el incumplimiento de la compensación se admitiese cuando, por ejemplo, las autoridades careciesen de recursos con que satisfacerla. A justificar esta inobservancia concurría la doctrina de los iusnaturalistas, tan generosa con las excepciones. Parece que, contra esta práctica, e indirectamente contra su respaldo doctrinal iusnaturalista, se dirigió la Declaración de Derechos de 1789 cuando a la formulación de la garantía de la compensación se le añadió el calificativo de «previa». Y, por eso, cuando,

unos años más tarde, los representantes reunidos en Cádiz hicieron lo propio, no estaban importando unas garantías foráneas nacidas poco antes. Paradójicamente, lo que estaban haciendo en realidad —sin ser quizá conscientes de ello— era incorporar con rango constitucional la misma fórmula que, en los inicios mismos de la modernidad, ya había enunciado un jurista español, Fernando Vázquez de Menchaca.