

# Fundamentos del Estado social en el pensamiento de Otto von Gierke

## Foundations of the social state in the thought of Otto von Gierke

Maria Eugenia Aguirrezabal\*

Recibido: 21/1/2022

Aceptado: 11/3/2022

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6852>

### I. Introducción

El presente trabajo, se ocupará de analizar el tratamiento que OTTO VON GIERKE concede a la función del derecho. Su obra contiene no solo una teoría jurídica sino también una teoría social. Para él, esta dualidad simboliza un vínculo entre el derecho y la sociedad, entre la normatividad y las condiciones de hecho. Este vínculo resulta inseparable. No se puede pensar al derecho sin alguna de estas partes. Es importante destacar que la obra de este autor tiene una connotación nacionalista del derecho muy marcada, y esto es así, ya que formaba parte de la Escuela histórica del derecho, liderada por von Savigny. Como veremos a continuación, esta corriente entendía que el derecho se determina por un momento, un lugar y una sociedad específica, lo que conllevaría a que, por ejemplo, el Derecho germánico no necesite copiar nada del Derecho romano y de esta manera tener un derecho de la íntima esencia

de su propia nación<sup>1</sup>. Asimismo, se pronuncia sobre los problemas metódicos y gnoseológicos implícitos en la concepción de derecho. También proporciona un enfoque epistemológico, especialmente en lo que respecta a la realidad de la personalidad de las asociaciones.

En suma, en este trabajo se intentará trazar las líneas fundamentales que determinan el concepto de derecho en GIERKE: el derecho como fenómeno social, procedente del individuo y la percepción del Estado como la asociación de asociaciones, representando la voluntad del individuo. Entonces, se realizará una mención al contrato de locación de servicios, el cuál mereció un importante análisis en la obra de VON GIERKE. Este supone para el mismo autor una relación laboral de dependencia oculta, que hoy en día sigue siendo utilizada por quienes detentan el poder económico sobre los trabajadores. GIERKE

---

<sup>1</sup> von Savigny, Friedrich Carl, en: La escuela histórica del derecho, Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018, pp.11 ss.

---

\*aguirrezabaleugenia@hotmail.com

escribe en su obra la necesidad de que el sistema jurídico sirva como protector de las garantías de toda parte débil en todos los contratos.

## II. Ciencia del derecho

OTTO VON GIERKE parte de la idea de que el derecho es lo que está escrito. Toda ciencia es lo que es. Pero, a su vez, VON GIERKE entiende que no se puede adquirir un conocimiento profundo de la ciencia jurídica sin investigar cuál es el fin que debiera tener, la función que correspondiera cumplir por su misma nominación. Para ello es indispensable tomar en consideración la vida espiritual<sup>2</sup>. Desde esta perspectiva, el derecho debe poner límites y el Derecho privado, especialmente, debe limitar los abusos de poder, así pues, debe tener un fin netamente social. El derecho, como orden de la vida humana, está obligado, a su vez, a regular la construcción de la vida de la comunidad<sup>3</sup>. En palabras del propio GIERKE “nuestro Derecho público debe estar alentado por un soplo de ideal de libertad jurídico natural; y nuestro Derecho privado tiene que estar impregnado de una gota de socialismo”<sup>4</sup>.

Él sostiene que, la moral y el derecho son inherentes desde el punto de vista de una unidad histórico espiritual del pueblo. No es que la moral y el derecho se confundan, sino que, para él, el derecho tiene

una connotación ética y de ideal de justicia. En efecto, construye su idea de justicia desde el Derecho alemán y reflexiona que el orden jurídico perdería su sentido más crucial si se considera un simple medio, una simple herramienta instrumental, de modo que la idea de lo justo se diluiría en lo estrictamente funcional. Es así que la ciencia jurídica debe preguntarse no solo sobre qué es el derecho, sino también qué debe ser, y no exclusivamente en un sentido utilitario, sino en el de un ideal propiamente ético<sup>5</sup>.

De esta manera, entendido como histórico, el derecho es para VON GIERKE substancialmente social, es un fruto de la vida de los grupos humanos<sup>6</sup>. Esta idea no pretende afirmar que el derecho únicamente se da en la convivencia de individuos, más bien intenta entender a este como la manifestación de la vida de las comunidades humanas. El ordenamiento jurídico está atravesado por las acciones humanas a través de sus comunidades. Resulta menester, dar cuenta de que al hablar

---

<sup>5</sup> Véase Pérez, Jose Luis Monereo, El derecho social y los sujetos colectivos: La construcción jurídica fundacional de Otto von Gierke, *Lex Social*, 2 (10), 2020, pp. 686 ss.

<sup>6</sup> “La inteligencia científica del derecho, no se logra sin un profundo conocimiento histórico. Podrá el antiguo estudiante olvidar, con el transcurso de un largo plazo y en la premura impuesta por el ejercicio de la judicatura, la abogacía, la procura y los cargos administrativos y municipales, el detalle de lo que aprendió en la Universidad sobre Derecho romano y Derecho germánico; pero le quedará siempre aquella educación del espíritu que estos estudios le procuraron no en vano habrá penetrado en los talleres dónde las generaciones pasadas modelaron su obra para la posteridad. Y en cuanto más vivamente haya comprendido la naturaleza histórica del Derecho, tanto más fiel será en la custodia que le contribuirá a su perfeccionamiento”. Von Gierke, Otto, en: La escuela histórica del derecho, Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018, p.89.

---

<sup>2</sup> von Gierke, Otto, *La función social del derecho privado y otros estudios*. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018, p. 23.

<sup>3</sup> Véase von Gierke, Otto, *La función social del derecho privado y otros estudios*. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018, pp. 24 s.

<sup>4</sup> von Gierke, Otto, *La función social del derecho privado y otros estudios*. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018, p. 31.

del derecho nos encontramos también, ante una comunidad creadora<sup>7</sup>. Entonces, el sistema jurídico resulta una manifestación de la vida humana en sociedad, no del individuo, sino de éste en comunidad. Por lo tanto, se crea en comunidad y debe regular la vida en ella.

El derecho activo, es encontrado por el hombre en vida colectiva, no es artífice un solo individuo de la creación del mismo. En efecto, es parte de la vida en común. Como explica VICEN, para entender el derecho en su naturaleza de fenómeno social, hay que pensarlo referido a esta unidad de vida y como un momento más de sus manifestaciones históricas<sup>8</sup>. De esta manera, el derecho es el producto del accionar de un determinado grupo en una determinada comunidad creadora que, a su vez, será definido según el momento histórico<sup>9</sup>. Las comunidades establecen límites y estos se van alterando a medida que estas van cambiando y evolucionando. Todo fluye, dice GIERKE, y el sistema jurídico no está ajeno. Es así que cada período está signado por principios específicos hondamente influenciados por el momento histórico<sup>10</sup>.

El ideal de justicia para VON GIERKE tiene el carácter de una realidad social que se encuentra íntimamente unida a la convicción común. El concepto de derecho indica que este debe ser equitativo,

como la convicción sólo dice que una norma debe ser derecho porque es tenida por justa. Indispensablemente, porque la reflexión acerca de lo que debe ser el ordenamiento es un juicio sobre lo que es ecuánime según lo indique la conciencia jurídica de una comunidad, el derecho es una regla deliberada con un contenido fijo y determinado<sup>11</sup>. Esta mirada del derecho implica que se equilibre la balanza a favor de la parte más débil. GIERKE toma como ejemplo el derecho a la libre contratación: el ilimitado uso del mismo puede convertirse en un medio de opresión, que permite mayor explotación del poder económico<sup>12</sup>. En efecto, la función del Estado, a través del derecho como regulador de este, debe ser proteger al débil del fuerte. Por lo tanto, la legislación jurídico-privada debe aspirar a una protección de los sectores más vulnerables, contra los sectores que dominan la economía<sup>13</sup>.

Entonces, este debate sobre la construcción de una nueva forma de Estado culminaría en la construcción del moderno Estado constitucional y su conformación como Estado social de derecho. El punto de partida de los *iussocialistas* es que el trabajo no es equivalente a una mercancía, ya que es inescindible la persona del trabajador. Pero el hombre se somete al poder del empleador, pudiendo devenir en esclavo si no existe un sistema de limitaciones jurídicas a los poderes empresariales<sup>14</sup>. Así, in-

<sup>7</sup> Gonzalez Vicen, Felipe, La teoría del derecho y el problema de método jurídico en Otto von Gierke, *Anuario de filosofía del derecho*, 16, 1972, p. 5.

<sup>8</sup> Gonzalez Vicen, Felipe, La teoría del derecho y el problema de método jurídico en Otto von Gierke, *Anuario de filosofía del derecho*, 16, 1972, p. 6.

<sup>9</sup> Pérez, Jose Luis Monereo, El derecho social y los sujetos colectivos: La construcción jurídica fundacional de Otto von Gierke, *Lex Social*, 2 (10), 2020, p. 687.

<sup>10</sup> von Gierke, Otto, *Community in historical perspective*. Cambridge, Cambridge University press, 2002, p. 9.

<sup>11</sup> Gonzalez Vicen, Felipe, La teoría del derecho y el problema de método jurídico en Otto von Gierke, *Anuario de filosofía del derecho*, 16, 1972, p. 37.

<sup>12</sup> von Gierke, Otto, *La función social del derecho privado y otros estudios*. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018, p. 43.

<sup>13</sup> von Gierke, Otto, *La función social del derecho privado y otros estudios*. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018, p. 44.

<sup>14</sup> Pérez, Jose Luis Monereo, El derecho social y los sujetos colectivos: La construcción jurídica fun-

fluenciado por la filosofía de la historia de HEGEL, GIERKE despliega una visión dinámica de la historia fundada en la relación dialéctica existente entre dominio (*Herrschaft*) y cooperación (*Genossenschaft*)<sup>15</sup>. Entonces, este lazo significa una sujeción tal que coloca a las partes en la relación de siervo y señor. VON GIERKE<sup>16</sup> señala que, si bien la doctrina y la legislación prefieren evitar este término, no es sinónimo de que esta relación no exista. De este modo, GIERKE desarrolló una interpretación jurídica y social de la historia, a partir del método dialéctico y centrándose en el espíritu. Es necesario, para este autor, avanzar sobre la vida espiritual, ya que de allí se desprende lo que el derecho debe ser<sup>17</sup>, de manera tal que se centra principalmente en el derecho alemán como ejecución del espíritu del pueblo. Él atribuyó al derecho alemán el valor básico de la libertad y de la cooperación<sup>18</sup>.

Es el pueblo quien se personifica en el Estado. El tipo ideal de Estado democrático es un Estado popular y corporativo, que se contrapone al Estado absolutista. Para VON GIERKE, el Estado es un organismo complejo, social, y debe tener un tinte ético, espiritual y jurídico. Por consiguiente, entiende al Estado como la asociación más

importante y elevada. Este es un organismo social que representa la soberanía popular, pero sin anular las distintas formas de agrupamiento que presiden la vida social<sup>19</sup>.

### III. Asociaciones

Las personas, con el fin de desarrollarse, crean lazos con otros individuos de su comunidad. Estas relaciones se convierten en una herramienta del proceso de progreso en la sociedad. Ahora bien, muchas de estas relaciones traspasan esta barrera y dan lugar a la búsqueda de alcanzar un fin común. Es así que, las asociaciones entre seres humanos constituyen un derecho fundamental y de ellas nacen agrupaciones diferentes a los individuos que las componen. Para dicho fin, es necesario que a estas agrupaciones se les otorgue relevancia jurídica para que adquieran bienes e instrumentos que les faciliten el cumplimiento de su objetivo común<sup>20</sup>.

GIERKE entiende que la fuente del derecho es la actividad humana desarrollada a través de comunidades organizadas. El Estado resulta ser la asociación de las asociaciones, pero no es la creadora del orden jurídico, sino los individuos que resultan representados por el mismo. El pueblo es quien encarna al Estado, por lo que este último, puede ser considerado como un organismo social, pero sin invalidar a las agrupaciones, ya que también son mani-

---

dacional de Otto von Gierke, *Lex Social*, 2 (10), 2020, p. 708.

<sup>15</sup> Dilcher, Gerhard, The Germanists and the Historical School of Law: German Legal Science between Romanticism, Realism, and Rationalization, *Rechtsgeschichte Legal History*, 24, 2016, p. 46.

<sup>16</sup> von Gierke, Otto, *Las raíces del contrato de servicios*. Madrid, Civitas, 1982, pp. 37 s.

<sup>17</sup> von Gierke, Otto, *La función social del derecho privado y otros estudios*. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018, p. 23.

<sup>18</sup> Dilcher, Gerhard, The Germanists and the Historical School of Law: German Legal Science between Romanticism, Realism, and Rationalization, *Rechtsgeschichte Legal History*, 24, 2016, p. 47.

---

<sup>19</sup> Pérez, Jose Luis Monereo, El derecho social y los sujetos colectivos: La construcción jurídica fundacional de Otto von Gierke, *Lex Social*, 2 (10), 2020, p. 687.

<sup>20</sup> Vázquez Vialard, Antonio. Visión desde el derecho del trabajo, de la teoría de la desestimación de la persona jurídica y de la responsabilidad de los administradores del ente social. *Revista Latinoamericana de derecho*. 1, 2004, pp. 476 s.

festaciones de la vida en comunidad<sup>21</sup>. El significado de comunidad es, para GIERKE, toda asociación humana que se encuentra determinada por un fin histórico, cultural, social, político, religioso o económico. A estos efectos carece de relevancia la estructura y la organización del concepto de comunidad, pero si interesan dos elementos. Por un lado, que exista una asociación de personas y por el otro, que estas tengan una finalidad en común<sup>22</sup>.

El hombre tiene dos formas de existencia: una como individuo y otra como miembro de las asociaciones. Ninguna de estas existencias puede resultar la eliminación de la otra. La esencia del hombre es un ser individual que tiene conciencia de sí mismo y tiene voluntad. A su vez, es parte de un ente superior, en donde su voluntad es importante pero no fundamental, ya que hay otras voluntades que componen este grupo<sup>23</sup>. De esta manera, los individuos pueden asociarse con otros para lograr un fin común, pero en este caso, no nace una entidad distinta de los individuos mancomunados, sino únicamente una añadidura, a la que el ordenamiento jurídico, por razones de pragmatismo y valiéndose de una figura de ficción, le otorga una consideración especial, como si se tratase de una persona distinta de las personas que la componen<sup>24</sup>. GIERKE, entiende

que las personas jurídicas no son ficticias, por el contrario existen efectivamente y, además, preexisten a la legislación<sup>25</sup>. En efecto, tanto GIERKE como su maestro BESELER, entienden que cada asociación está conformada por individuos que actúan en nombre de y no a nombre propio<sup>26</sup>. Es así que la voluntad de cada individuo que conforma una agrupación no es la misma voluntad que la de la agrupación en sí<sup>27</sup>.

En la teoría jurídica de las personas colectivas complejas (*Gesammpersonen*) de GIERKE se aprecia una polarización sobre el problema de la personalidad jurídica y su voluntad. En lo concerniente a las asociaciones jurídicas, GIERKE entiende que, a diferencia del individuo, la voluntad es propia de la agrupación, exteriorizada esta a través de los órganos de decisión. La persona jurídica de nuestro ordenamiento “no es en modo alguno ningún menor necesitado de representante legal, sino un sujeto autónomo capaz de obrar, que obra en el mundo exterior”<sup>28</sup>.

El Derecho de las corporaciones que constituye el orden interior de los cuerpos sociales debe regirse por normas sustancialmente diferentes a las del derecho que regula las relaciones entre sujetos simples. De este modo, la normativa debe dividirse en dos importantes ramas: el Derecho indivi-

<sup>21</sup> Cfr. Pérez, Jose Luis Monereo, El derecho social y los sujetos colectivos: La construcción jurídica fundacional de Otto von Gierke, *Lex Social*, 2 (10), 2020, pp. 693 ss.

<sup>22</sup> Gonzalez Vicen, Felipe, La teoría del derecho y el problema de método jurídico en Otto von Gierke, *Anuario de filosofía del derecho*, 16, 1972, p. 8.

<sup>23</sup> Gonzalez Vicen, Felipe, La teoría del derecho y el problema de método jurídico en Otto von Gierke, *Anuario de filosofía del derecho*, 16, 1972, p. 9.

<sup>24</sup> Gonzalez Vicen, Felipe, La teoría del derecho y el problema de método jurídico en Otto von Gierke, *Anuario de filosofía del derecho*, 16, 1972, p. 10.

<sup>25</sup> Pérez, Jose Luis Monereo, El derecho social y los sujetos colectivos: La construcción jurídica fundacional de Otto von Gierke, *Lex Social*, 2 (10), 2020, pp. 694 s.

<sup>26</sup> Watzlawick, Paul y Krieg, Peter, *El ojo del observador*. Barcelona, Gedisa, 1995, p. 106.

<sup>27</sup> Vázquez Vialard, Antonio. Visión desde el derecho del trabajo, de la teoría de la desestimación de la persona jurídica y de la responsabilidad de los administradores del ente social. *Revista Latinoamericana de derecho*. 1, 2004, pp. 484 s.

<sup>28</sup> Cfr. von Gierke, Otto, *La función social del derecho privado y otros estudios*. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018, p. 77.

dual y el Derecho social. Este último debe examinar a los individuos como miembros de totalidades superiores y a las asociaciones humanas como el efecto de esta conjunción. Es así que el derecho social contempla la comunión de los individuos<sup>29</sup>. Entonces, el ordenamiento jurídico no regula una relación de dos personas en abstracto, como dos personas en estado de naturaleza, sino que reglamenta una relación entre dos miembros dentro de una comunidad, por lo tanto, el derecho recoge intereses comunitarios. Así pues, la ley no vincula sus autodeterminaciones, sino que reconoce como marco el interés colectivo. Esta relación interpersonal debe estar legislada reconociendo los valores supraindividuales.

#### IV. Contrato de servicios

Antiguamente, en el derecho germánico existía el contrato de servicios fiel, que se hacía entre el señor y un servidor de confianza y su duración era de por vida. Este contrato le otorgaba al señor la potestad de ordenar y castigar al vasallo, pero también la obligación de protegerlo y representarlo<sup>30</sup>. Asimismo, el contrato de servicios domésticos ya era considerado obligacional: el señor obtenía sobre el sirviente poder de mando y la obligación de cuidado<sup>31</sup>. El actual contrato de locación de servicios se presenta como un contrato libre, o, mejor dicho, que da libertad al titular del mis-

mo<sup>32</sup>, pero “coincide en su contenido con el contrato del más viejo derecho alemán precisamente en el hecho de que fundamenta una relación personal de señorío”<sup>33</sup>.

En efecto, a efectos de evadir cargas tributarias, previsionales, indemnizaciones, vacaciones y otros costos laborales, numerosos empleadores acuden a la figura del contrato de servicios para el ocultamiento de la relación de dependencia laboral<sup>34</sup>. Ahora bien, esta no es una práctica nueva. A más tardar a principios del siglo XX, el socialismo jurídico alemán ya sostenía que en el contrato de arrendamiento de servicios se advertían semejanzas y aun restos de vínculo servil, poniendo a las partes en relación de *servidor* y *señor*. El contrato de servicios obliga a una parte a realizar una actividad de la que se ve beneficiada la parte contraria. Por lo tanto, autores como VON GIERKE<sup>35</sup> proponían una legislación que preservara a los trabajadores de estas situaciones de poder, lo que contribuiría al bien colectivo<sup>36</sup>.

El resguardo del derecho social lleva, al jurista, a criticar el contrato de servicios, utilizado como instrumento formalizador de las relaciones de trabajo, atentando contra la salvaguarda de los derechos del trabajador. Por ello GIERKE entiende que deben establecerse límites puntuales a la

<sup>29</sup> Pérez, Jose Luis Monereo, El derecho social y los sujetos colectivos: La construcción jurídica fundacional de Otto von Gierke, *Lex Social*, 2 (10), 2020, p. 638.

<sup>30</sup> von Gierke, Otto, *Las raíces del contrato de servicios*. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2020, p. 12.

<sup>31</sup> von Gierke, Otto, *Las raíces del contrato de servicios*. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2020, p. 18.

<sup>32</sup> von Gierke, Otto, *Las raíces del contrato de servicios*. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2020, pp. 11 s.

<sup>33</sup> von Gierke, Otto, *Las raíces del contrato de servicios*. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2020, p. 26.

<sup>34</sup> Luciano de Azevedo, Flavio Alexandre. (2020). Revolución más de forma que de contenido: la huida del derecho del trabajo por medio de la economía digital. *Temas laborales*, 151, pp. 61-63.

<sup>35</sup> von Gierke, Otto, *La función social del Derecho Privado y otros estudios*. Sociedad Editora Española, 1904, pp. 117-120.

<sup>36</sup> von Gierke, Otto, *La función social del derecho privado y otros estudios*. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018, p. 56.

subordinación o dependencia del trabajador, que en este caso se encuentran encubiertos. La ficción de la autonomía privada y de la libertad (indiscriminada) de contratación, cuando hay un desequilibrio en las relaciones laborales, facilitan la utilización de esta técnica para encubrir relaciones laborales de dependencia. El trabajador es la parte más débil y el empresario es el contratante más fuerte, de manera que el contrato de servicios supone un contrato de adhesión a las condiciones generales de la contratación unilateralmente impuestas por el empleador en todo momento<sup>37</sup>. En este sentido, GIERKE defiende el deber de intervención protector del Estado en beneficio de las clases desposeídas.

En el contrato de servicios, quien recibe dicho servicio tiene a su disposición la fuerza de trabajo de la parte contraria, ya que puede dirigir su actividad según su voluntad. Entonces, una de las partes tiene el poder por sobre la otra. Así pues, esta relación de señorío va más allá de la obligación patrimonial. En efecto, esta correlación puede tener formas muy diversas de consistencia y de duración, pero nunca pierde la forma de poder<sup>38</sup>. En apretada síntesis, podemos decir que este tipo de contrato ha sido utilizado históricamente para encubrir una relación laboral de dependencia, en el que hay una parte más fuerte y una parte, por consiguiente, más débil que es el trabajador. Cuando existe la necesidad de trabajar para obtener los recursos básicos para la subsistencia, no existe lugar para exigir condiciones dignas de empleo, por lo que

<sup>37</sup> Pérez, Jose Luis Monereo, El derecho social y los sujetos colectivos: La construcción jurídica fundacional de Otto von Gierke, *Lex Social*, 2 (10), 2020, p. 714.

<sup>38</sup> Cfr. von Gierke, Otto, *Community in historical perspective*. Cambridge, Cambridge University press, 2002, pp. 18 ss.

la libertad de elección laboral queda ampliamente reducida<sup>39</sup>. Entonces, la relación laboral presupone una relación de poder, y esta se ha visto incrementado cuantitativamente por los avances tecnológicos<sup>40</sup>.

El trabajador autónomo trabaja por su cuenta y riesgo. Él no es ajeno a los frutos de su trabajo, pero debe afrontar los riesgos que puedan surgir del mismo. Quien trabaja de manera autónoma no está alcanzado por la legislación laboral<sup>41</sup>. En este contexto, es preciso aclarar que el trabajo autónomo se estableció dentro del marco del derecho privado, justamente porque "... su principal característica es la ausencia del vínculo de subordinación y la heterogeneidad"<sup>42</sup>. Pero los hechos reflejan otra realidad. En efecto, se puede inferir que en estos casos existe simulación laboral, que es cuando se crea una apariencia de un determinado escenario que no es el existente. Es, entonces, la simulación una ficción en la cual se intentan evadir normas ocultando la violación a las mismas. El paradigma de la simulación es la adopción de contratos aparentes, como el de locación de servicios, para aparentar la existencia de una relación laboral de dependencia<sup>43</sup>. Por lo tanto, hay simulación laboral cuando se utiliza un régimen jurídico tendiente a disimular la auténtica na-

<sup>39</sup> Ackerman, Mario Eduardo, El trabajo, los trabajadores y el derecho del trabajo. *TST*, 3(73), 2007, p. 507.

<sup>40</sup> Ugarte Cataldo, Jose Luis (2019). Derechos fundamentales en el trabajo, poder y nuevas tecnologías. *IUS*, 45(14), p. 81.

<sup>41</sup> Grisolia, Julio Armando (2012). *Manual de derecho laboral* (8a ed.). Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 16 s.

<sup>42</sup> Golcman, Martín, La contratación de servicios a través de plataformas digitales y derecho del trabajo. *Revista de Derecho Laboral*, 1, 2020, p. 232.

<sup>43</sup> Goldin, Adrián (dir.) y Alimenti, J.F. (coord.). *Curso del derecho del trabajo y la seguridad social*. Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 176.

turalidad de una relación de dependencia, con el fin de evadir la aplicación de la ley de contrato de trabajo<sup>44</sup>.

Para que se aplique la normativa laboral es condición que exista una relación de subordinación. En efecto, para que el trabajador se encuentre amparado por esa legislación y para que se apliquen a él las garantías y derechos del ordenamiento laboral, es necesario que se encuentre en una relación de dependencia<sup>45</sup>. En consecuencia, si el trabajador es valorado como autónomo, queda excluido de dicha norma y de dicha protección. Es por ello, que resulta clave dismantelar las figuras que encubren relaciones de subordinación para asegurar al trabajador el cumplimiento pleno de sus derechos.

## V. Conclusión

Desde el espíritu de la historia deben formarse los preceptos jurídicos. La historia no es más que la fábrica viva de nuestra conciencia jurídica. El Derecho no es producto de las comunidades humanas, sino que es el fruto de una comunidad específica, la cual posee su historia, y en la cual esa historia es parte del presente. La conciencia jurídica de esta comunidad está determinada por un proceso histórico de constitución que, a su vez está condicionado por las transformaciones que ha sufrido esa vida comunitaria, asimismo, se define por su cultura y por sus necesidades políticas, sociales y económicas. El derecho se encuentra en constante dinamismo, y para

<sup>44</sup> Bendersky, Lázaro Natalio, (2013). *Trabajo en negro* (3a ed.). Buenos Aires, Ediciones jurídicas, 2013, pp. 341 y 360.

<sup>45</sup> Goldin, Adrián (dir.) y Alimenti, J.F. (coord.). *Curso del derecho del trabajo y la seguridad social*. Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 201.

comprenderlo, entonces, debemos entender la realidad sociopolítica de la sociedad que lo ha descubierto.

Ahora bien, para que el derecho cumpla su rol, GIERKE interpreta que debe ser social, de modo tal que la balanza de la justicia quede equilibrada. Para lograr este fin se debe proteger, mediante la regularización de las normas, a la parte más débil. Me he enfocado, en este trabajo, en los ejemplos de derecho laboral, ya que, mediante ellos, GIERKE demuestra como todavía existen rasgos de las relaciones de señorío. Si bien el autor vivió hasta 1921, estas relaciones de poderío siguen existiendo, aunque con mayor camuflaje. En consonancia, debe el ordenamiento jurídico regular los contratos que encubren relaciones laborales de dependencia para proteger al trabajador del poder de los empresarios, tal como el contrato de locación de servicios. Por ello, el Derecho laboral debe acompañar este proceso y proteger al trabajador en todo tiempo. En los supuestos en los que el empleador busca encubrir su condición de tal, la normativa laboral debe imponer garantías a favor de los trabajadores, cumpliendo así su rol natural de protector. La regulación, en este sentido, es necesaria para promover políticas de tutela y combatir las condiciones de trabajo desfavorables. En palabras de GIERKE: “Nuestro derecho privado será social o no será”<sup>46</sup>.

## Bibliografía

ACKERMAN, MARIO EDUARDO, El trabajo, los trabajadores y el derecho del trabajo. *TST*, 3(73), pp. 50-78, 2007.

<sup>46</sup> von Gierke, Otto, *La función social del derecho privado y otros estudios*. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018, p. 57.

- BENDERSKY, LÁZARO NATALIO, *Trabajo en negro* (3a ed.). Buenos Aires, Ediciones jurídicas, 2013.
- DILCHER, GERHARD, The Germanists and the Historical School of Law: German Legal Science between Romanticism, Realism, and Rationalization, *Rechtsgeschichte Legal History*, 24, pp. 20-72, 2016.
- GOLDIN, ADRIÁN (dir.) y ALIMENTI, J.F. (coord.), *Curso del derecho del trabajo y la seguridad social*. Buenos Aires, La Ley, 2009.
- GOLCMAN, MARTÍN, La contratación de servicios a través de plataformas digitales y derecho del trabajo. *Revista de Derecho Laboral*, 1, pp. 221-250, 2020.
- GONZALEZ VICEN, FELIPE, La teoría del derecho y el problema de método jurídico en Otto von Gierke, *Anuario de filosofía del derecho*, 16, pp. 1-76, 1972.
- GRISOLÍA, JULIO ARMANDO, *Manual de derecho laboral* (8a ed.). Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.
- LUCIANO DE AZEVEDO, FLAVIO ALEXANDRE, Revolución más de forma que de contenido: la huida del derecho del trabajo por medio de la economía digital. *Temas laborales*, 151, pp. 49-64, 2020.
- PÉREZ, JOSE LUIS MONEREO, El derecho social y los sujetos colectivos: La construcción jurídica fundacional de Otto von Gierke, *Lex Social*, 2 (10), pp. 682-735, 2020.
- UGARTE CATALDO, JOSE LUIS. Derechos fundamentales en el trabajo, poder y nuevas tecnologías. *IUS*, 45(14), pp. 81-106, 2019.
- VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, Visión desde el derecho del trabajo, de la teoría de la desestimación de la persona jurídica y de la responsabilidad de los administradores del ente social. *Revista Latinoamericana de derecho*. 1, pp. 473-516, 2004.
- VON GIERKE, OTTO, *La función social del Derecho Privado y otros estudios*. Sociedad Editora Española, 1904.
- VON GIERKE, OTTO. *Las raíces del contrato de servicios*. Madrid, Civitas, 1982.
- VON GIERKE, OTTO, *Community in historical perspective*. Cambridge, Cambridge University press, 2002.
- VON GIERKE, OTTO, *La función social del derecho privado y otros estudios*. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018.
- VON GIERKE, OTTO, *Las raíces del contrato de servicios*. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2020.
- VON SAVIGNY, Eichorn, von Gierke, Stammler, en: *La escuela histórica del derecho*. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018.
- WATZLAWICK, PAUL y KRIEG, PETER, *El ojo del observador*. Barcelona, Gedisa, 1995.