

**EL PENSAMIENTO SOCIO-JURÍDICO DE OTTO VON GIERKE EN LA FORMACIÓN DEL
DERECHO LABORAL ALEMÁN**

**THE SOCIO-LEGAL THOUGHT OF OTTO VON GIERKE IN THE MAKING OF GERMAN LABOR
LAW**

Max Henry Chauca Salas¹

RESUMEN

La figura de Otto von Gierke (1841-1921) resalta por haber influido en gran medida en la teoría del Derecho contemporáneo, destacando no sólo por ser uno de los impulsores del proceso de formación del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB), sino también porque sus estudios establecerán los cimientos del Derecho Social, y en particular, el nacimiento del Derecho del Trabajo. Gierke se va a diferenciar de sus contemporáneos por subrayar el papel de las organizaciones colectivas en las sociedades, y no únicamente el rol del Estado, así como por su gran preocupación por los fundamentos sociales del Derecho, que junto con la idea de los entes colectivos como organizaciones concretas (teoría realista de las corporaciones), tendrá una gran influencia en reconocidos pensadores posteriores, tales como Hauriou, Renard o Gurvitch.

El pensamiento jurídico de Gierke puede ser planteado en base a dos teorías fundamentales: la teoría organicista y la teoría social del derecho. Respecto de la primera, se trata de la plasmación de la idea de la totalidad en la pluralidad, es decir, se concibe al individuo como un ser que se integra a las organizaciones sociales, se trata de una vida colectiva que, junto con otorgar una personalidad al individuo, ofrece también un sentido comunitario a la existencia humana. Por lo tanto, la sociedad y el propio Estado serán vistos como colectividades al igual que los organismos de un cuerpo. Respecto de la segunda teoría, se afirma que el Derecho cumple una “función

¹ Máster en Empleo, Relaciones Laborales y Diálogo Social en Europa por la Universidad Castilla - La Mancha (UCLM), España, bajo la dirección del Dr. Antonio Baylos Grau y Dra. María Romero. Candidato a Magister en Derecho con mención en Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), Lima, Perú. Estudios de Maestría en Historia, UNMSM. Bachiller en Derecho por la UNMSM. Miembro de la Comunidad Internacional CIELO Laboral. Correo electrónico: max.chauca@unmsm.edu.pe / maxhenry.chauca@alu.uclm.es

social”, en el sentido que es la expresión del sustrato real de una comunidad histórica, y a la vez, posee una relación de carácter esencial con las demás funciones de tal comunidad. La preocupación de Gierke por esta conexión lo llevará a percibir una desigualdad entre las partes del arrendamiento de trabajo, concibiendo esta figura en términos similares al de la antigua relación de vasallaje del período medieval. Por lo tanto, al concebir esta noción de dependencia, logró influenciar en el desarrollo posterior del contrato de trabajo.

Palabras clave: Otto von Gierke; Derecho social; organicismo; corporación; Derecho alemán;

ABSTRACT

The figure of Otto von Gierke (1841-1921) stands out for having greatly influenced the theory of contemporary Law, standing out not only for being one of the promoters of the process of formation of the German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch or BGB), but also because their studies will establish the foundations of Social Law, and in particular, the birth of Labor Law. Gierke will differentiate himself from his contemporaries by underlining the role of collective organizations in societies, and not only the role of the State, as well as by his great concern for the social foundations of Law, which together with the idea of collective entities as concrete organizations (realistic theory of corporations), will have a great influence on later recognized thinkers, such as Hauriou, Renard or Gurvitch.

Gierke's legal thought can be presented based on two fundamental theories: the organic theory and the social theory of law. Regarding the first, it is about the embodiment of the idea of totality in plurality, that is, the individual is conceived as a being that integrates into social organizations, it is about a collective life that, along with granting a personality to the individual, it also offers a community meaning to human existence. Therefore, society and the State itself will be seen as collectivities just like the organisms of a body. Regarding the second theory, it is stated that Law fulfills a “social function”, in the sense that it is the expression of the real substrate of a historical community, and at the same time, it has an essential relationship with the other functions of such community. Gierke's concern for this connection will lead him to perceive an inequality between the parties to the labor lease, conceiving this figure in terms similar to that of the ancient vassalage relationship of the medieval period. Therefore, by conceiving this notion of dependency, it managed to influence the subsequent development of the employment contract.

Keywords: Otto von Gierke; social law; organicism; Corporation; German law;

1. INTRODUCCIÓN

Otto Friedrich Gierke (después se le concedería la condición de Otto von Gierke) nació el 11 de enero de 1841 en Szcecin, una ciudad perteneciente al viejo reino de Prusia, actual Polonia, y murió el 10 de octubre de 1921 en Berlín. Fue un jurista que gozó de un gran ímpetu intelectual, el mismo que le hizo llevar a la imprenta, según uno de sus alumnos, más de diez mil páginas, entre monografías, ensayos e intervenciones, lo que constituye a su vez una gran dificultad para quien pretende acercarse al estudio su monumental obra. Además, Gierke logró formar una nueva generación de juristas alemanes, entre quienes destacarán: Hugo Preuss, uno de los protagonistas indiscutibles del proceso constituyente de Weimar, y el reconocido jurista Hugo Sinzheimer (D'ANIELLO, 2011).

Asimismo, Gierke destacará por ser uno de los juristas que han impulsado la formación del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB), así como por sus relevantes estudios sobre el Derecho Social, especialmente en los cimientos del Derecho del Trabajo. Efectivamente, debemos recordar que, desde la doctrina, el contrato de servicios alemán es considerado como una de las fuentes de origen del contrato de trabajo, junto con el antecedente romano del contrato de servicios, las leyes inglesas referidas a los *master and servants* (maestros y sirvientes) del siglo XVIII, los códigos de comercio y demás leyes sobre auxiliares de comerciantes (OJEDA, 2018).

De este modo, se observa en la obra del jurista una profunda preocupación por los fundamentos sociales del derecho, en especial del derecho alemán, en contraposición con las ideas individualistas de su época, que provenían del renacimiento de los estudios romanistas, en especial de los pandectistas (LAUTENSCHLAGER, 2020). Así, Gierke se diferenciará de sus contemporáneos por subrayar el papel de las organizaciones colectivas en las sociedades, y no únicamente del Estado; por su preocupación por los fundamentos sociales del Derecho; así como por concebir los entes colectivos como organizaciones concretas (denominada “teoría realista de las asociaciones o corporaciones”), que influirá en diversos pensadores posteriores, tales como Maurice Hauriou, Georges Renard o Georges Gurvitch.

El presente artículo estudia el pensamiento socio-jurídico de Otto von Gierke, y se plantea que éste puede ser entendido en base a dos teorías que se encuentran intrínsecamente ligadas: la teoría del organicismo ético-espiritual y la teoría del Derecho entendido como un fenómeno social.

Asimismo, el estudio de la obra de Gierke permitirá comprender una de las posibles fuentes originarias del moderno contrato de trabajo, que es el contrato de servicios fiel alemán. No obstante, para comprender la originalidad del pensamiento del jurista alemán será necesario entender previamente el contexto en el que surgieron sus ideas, así como el cuestionamiento realizado por el autor a las corrientes del derecho de su época, principalmente la tendencia romanista representada por los pandectistas, tal como se estudiará en los siguientes apartados.

2. UNIFICACIÓN ALEMANA, REFORMAS SOCIALES Y ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO

En la década de 1850 Alemania experimentó un crecimiento económico acelerado: se incrementó la producción textil, de hierro y de carbón, se elevó la construcción de ferrocarriles y la longitud de la red ferroviaria se triplicó entre 1850 y 1870, el PNB *per cápita* aumentó un tercio entre 1855 y 1870. Además, durante este período, Alemania se encontraba conformada por 39 Estados, de los cuales Prusia y Austria eran los más importantes tanto económica como políticamente. No obstante, el gran crecimiento económico de Prusia presentó un marcado contraste con la débil economía de Austria, lo que determinó finalmente la victoria del primero en la lucha por el dominio de una Alemania unificada (FULBROOK, 1995).

Asimismo, la década de los cincuenta y sesenta del siglo XIX presenciaron la expansión de la educación, la difusión de la fe en la ciencia y el progreso, así como la proliferación de un sinnúmero de instituciones educativas y culturales (museos, teatros, galerías de arte), es decir, se estaba desarrollando una sólida cultura burguesa; sin embargo, existía también una gran incertidumbre, principalmente respecto de la identidad nacional y el problema del pasado y el futuro de Alemania, debido a la cuestión de su unificación (FULBROOK, 1995). Con posterioridad, la gran unidad alemana se lograría a través de la creación del Imperio alemán, el 18 de enero de 1871, bajo el mandato de Guillermo I, primer emperador de Alemania, y en especial, gracias a la infatigable labor de Otto von Bismarck, el Canciller de Hierro, entre 1868 y 1890.

Efectivamente, Bismarck tuvo que demostrar que la unificación no podría conseguirse sólo a base de discursos, sino por medio de la fuerza de las armas. De este modo, su Imperio será una combinación de elementos federalistas con una fuerte dosis de centralización, así como la representación y conciliación de diversas tendencias. Sin embargo, a pesar de esta etapa de prosperidad y grandeza se dejó sin solución a graves problemas sociales, que el propio Bismarck fue consciente, referidos a la exclusión de la minoría católica y la clase obrera del sistema político

que estaba en construcción. De este modo, a partir de 1870 se desarrollarán una serie de conflictos sociales que constituirán el entramado de la historia alemana que va a transcurrir de 1871 a 1918 (DROZ, 1973).

Debido a esta conflictividad durante el período de Bismarck, se expidieron importantes reformas sociales enfocadas principalmente en la previsión social, protegiendo al trabajador enfermo, viejo, inválido y accidentado, lo que lo convirtió en el iniciador de los seguros sociales. Efectivamente, la expansión industrial condujo a la unificación alemana y a un gran desarrollo de las ideas socialistas entre la clase obrera; y para enfrentar este hecho, Bismarck concibió una política basada en dos aspectos: la represión del movimiento socialista, a través de la prohibición de su Partido, el encarcelamiento de sus dirigentes y activistas, etc.; y la concesión de algunas mejoras sociales a fin de atraer, a favor del Imperio, la simpatía de las clases trabajadoras (RENDÓN, 2008). Por lo tanto, el canciller de hierro creyó, erróneamente, que con esto podría ofrecer a los trabajadores algo que compensara la legislación contra los socialistas (KASKEL & DERSCH, 1961).

En relación con la doctrina jurídica, como hemos mencionado, durante este período se desarrolló la escuela de los pandectistas, tratándose de una filial de la Escuela Histórica, concretamente de las doctrinas de Savigny y la “Ciencia Histórica del Derecho” (*Rechtswissenschaft*), neologismo por él creado que denota la característica fundamental de la escuela alemana y su modo particular de entender a la ciencia del derecho, como una reafirmación del espíritu nacional de los pueblos y, concretamente, de las tradiciones ancestrales y del espíritu vernacular alemán, así como una reacción frente a los excesos del racionalismo metafísico iusnaturalista (SILVA, 2009).

Efectivamente, la Escuela Histórica del Derecho surgió como una reacción frente al “deductivismo” devenido de la Revolución Francesa, es decir, la reducción de todo el Derecho a principios universales. “Así como los matemáticos deducían de axiomas los principios universalmente válidos de su ciencia, también los juristas prefirieron partir de principios evidentes para alcanzar una forma pura e invariable del Derecho” (REALE, p. 37, 1976). Así, los aportes de la Escuela Histórica recondujeron los estudios del Derecho desde la abstracción del iusnaturalismo hacia la observación de la realidad empírica (REALE, 1976).

Tanto Savigny como Puchta, máximos representantes de la Escuela Histórica, se inspiraron en la concepción del ser social como una totalidad concreta con valores propios, distinta de la voluntad

individual de sus miembros. Para ambos la “comunidad espiritual” representa una realidad empírica directa, y esta identidad de la conciencia colectiva real y del Espíritu lo denominarán “*Volkgeist*”. De este modo, el “*Volkgeist*” representa a la Sociedad, como comunidad irracional y espontánea, y se encuentra dirigida contra el Estado, entendido éste solamente como una superestructura parcial y esquemática, que para vivir necesita tomar su fuerza del “*Volkgeist*” extra-estatal (GURVITCH, 2005).

El propio Gierke reconocerá posteriormente el valioso aporte de la Escuela Histórica en la ciencia del derecho alemán y la “bancarrotta del Derecho racional”. Efectivamente, de acuerdo con el jurista alemán, la Escuela Histórica fue una fuerza constituida que logró mostrar el camino a la ciencia jurídica en Alemania. Además, señala que esta escuela “influyó más allá de los límites de su especialidad, impulsando el movimiento espiritual. Contribuyó a que penetrase en todas las ramas de la ciencia la idea de la evolución”. Asimismo, señalará que su contribución en la formulación de ideas imperecederas, como la continuidad histórica del Derecho, expondrá el valor incomparable del Derecho consuetudinario y revelará la “superioridad del Derecho que se produce orgánicamente sobre el construido de un modo artificial” (GIERKE, pp. 113-117, 1908). Tras estos aportes, Gierke, sin embargo, formulará también una serie de cuestionamientos a esta importante escuela, como veremos en el siguiente apartado.

3. LA CRÍTICA DE GIERKE A LA ESCUELA HISTÓRICA

De acuerdo con Gierke la Escuela Histórica cometió el grave error de ser infiel a su propio principio, lo que se evidencia en su conducta respecto del derecho alemán. Asimismo, expresará una fuerte crítica contra la figura de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861). Efectivamente, recordemos que Savigny consideró en su clásica obra *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del Derecho*, de 1814, que el derecho alemán debería ser purificado del atraso jurídico y nada práctico del orden medieval: “[No] debe prescindirse tampoco de penetrar en la historia del Derecho de la Edad Media, procurando separar cuanto aún hay de vivo en aquella informe masa acumulada de ignorancia, de superficialidad de los tiempos más miserables y escasos de literatura, privados de verdadera necesidad práctica” (SAVIGNY, 2008). Entonces, según Gierke, si bien Savigny presentó las modificaciones del Derecho romano y del Derecho germánico, expresados como una tercera parte de la jurisprudencia; le faltó señalar “el sentido real del gran proceso histórico que se viene cumpliendo desde la Edad Media en la lucha, la fusión y el progreso de ambos mundos jurídicos” (GIERKE, p. 123, 1908).

Gierke criticó también el excesivo romanismo de la Escuela Histórica, representado principalmente por un discípulo de Savigny: Georg Friedrich Puchta, quien habría ofrecido al Derecho romano un nuevo poder sobre los demás juristas a través del descubrimiento de su “fuerza lógica y su desarrollo en un sistema completo de belleza deslumbradora, [y] fue quien atacó de modo más rudo toda rebelión herética contra el dogma” (GIERKE, 1908, p. 128). La crítica a este excesivo romanismo apuntó también a la propia idea formalista del espíritu del pueblo manejada por esta escuela, en la medida que se trató de una “candida sustitución del ideal a la realidad, se fingió que la jurisprudencia no hacía sino formular en conceptos más claros y acabados la conciencia jurídica del pueblo” (GIERKE, p. 129, 1908).

Asimismo, Gierke criticó los excesos de la corriente contemporánea opositora de “los germanistas”, que reclamaban la nacionalidad del Derecho en contraposición con el Derecho de los juristas -que privilegiaban el Derecho romano-, destacando la figura de Mittermaier, que en una reunión de germanistas llegó a expresar la restauración de la nacionalidad del Derecho sobre base germana, así como la cooperación del pueblo en la legislación y la administración de justicia. Finalmente, el jurista alemán señalará que no puede descartarse la consideración histórica del derecho, con todo lo que ella implica, ni la influencia de la jurisprudencia en la sociedad, de tal modo que debe evitarse en todo momento la postración de la ciencia jurídica alemana ubicada en una etapa posterior a la codificación (GIERKE, 1908).

4. EL PENSAMIENTO SOCIO-JURÍDICO DE OTTO VON GIERKE

El pensamiento de Gierke se encuentra marcado por una posición antipositivista y antiindividualista, tendiendo a conciliar la idea romántico-estética del espíritu del pueblo con las exigencias ético-sociales del mundo moderno. De este modo, el Derecho tiene una dimensión ética y contiene en su historicidad un ideal de justicia, ideas que conllevaron a criticar el formalismo jurídico que se encontraba representada por la “jurisprudencia de los conceptos” -denominado así por Rudolph von Ihering-, especialmente de la pandectística alemana, en donde los estudios jurídicos separaban la “forma” del “contenido”. A su vez, Gierke entendió que el Derecho es un fenómeno social, un resultado histórico devenido de la agrupación de las colectividades humanas (MONEREO, 2015).

La propuesta de Gierke no puede ser definida como una romántica contemplación del pasado, sino principalmente como la búsqueda de un principio unitario público de asociación y organización social, que se afirma contra la disgregación atomística que presentan los proyectos sociales de corte individualista. El objetivo irrenunciable del pensamiento de Gierke será así la construcción jurídica del espacio entre el Estado, el pueblo y la corporación (*Genossenschaften*) (D'ANIELLO, 2011).

De esta manera, consideramos que el pensamiento socio-jurídico de Otto von Gierke puede ser entendido en base a dos teorías principales, referidas al “organicismo ético-espiritual” y al derecho como fenómeno social, tal como estudiaremos en los apartados siguientes.

5. LA TEORÍA ORGANICISTA DEL DERECHO

Esta teoría puede ser definida como la plasmación de la idea de la totalidad en la pluralidad, es decir, se concibe al individuo como un ser que se integra a las organizaciones sociales, siendo esta vida colectiva la que otorga una personalidad al individuo y, a su vez, un sentido comunitario a la existencia humana (MONEREO, 2015). En consecuencia, la sociedad y el propio Estado serán vistos como colectividades al igual que los organismos de un cuerpo. A decir de Ojeda, esta teoría organicista es la gran aportación ideológica de Gierke, en donde una realidad social llena de entes vivos corporativos personifica el espíritu del pueblo (*Volkgeist*), cuyos miembros no encuentran el contenido de la existencia en sí mismos, sino en la referencia a la vida colectiva superior (OJEDA, p. 114, 2017).

Esta concepción organicista de la sociedad y del Estado, según Monereo (2015), se encuentra inspirada en la tradición germánica medieval del “cuerpo místico”, que sienta sus bases en la epístola de Pablo y en el Estado como organismo político de carácter totalizador e integrador, así como en la presencia de “cuerpos intermedios”, de tal modo que criticará tanto el Estado absolutista como el individualismo liberal que destruyó la pretensión del ideal comunitario y la formación de los cuerpos intermedios.

Efectivamente, de acuerdo con Gierke, el Estado es una asociación más entre las diversas asociaciones que componen la vida en sociedad, abriendo el camino a las ulteriores corrientes del pluralismo jurídico y político. El Estado ya no es el único ente colectivo en la sociedad, tal como era visto en tiempos del absolutismo, no obstante sigue manteniendo un rol preponderante en

relación con otras agrupaciones (GIERKE, 1995). No obstante, Gierke en su estudio sobre las corporaciones en la Edad Media lamentará que los publicistas de la época no hayan utilizado el concepto de personalidad para la construcción de un cuerpo real, sino que fueron influenciados por las teorías corporativas de los civilistas y canonistas, no logrando, por tanto, conformar el concepto de la soberanía del Estado, relegado por un concepto mecanicista del mismo, y haciendo desaparecer la vinculación entre el Estado y el pueblo (ABELLÁN, 1995).

El jurista alemán afirmará en su clásica obra *Derecho privado alemán (Deutsches Privatrecht)* que el Derecho es un producto histórico que no deviene del Estado, sino de la propia realidad objetiva de los grupos humanos, entendidos éstos como una verdadera colectividad creadora (GIERKE, 1905). Así, la idea de corporación (*Genossenschaft*) resulta de suma importancia en Gierke, pues será el punto de partida para diferenciar el sentido corporativo alemán del sistema conspirativo románico, pues mientras el primero tendría un sentido dirigido a lo colectivo y de gran capacidad de auto-organización, el segundo poseería una rígida centralización y un sometimiento fanático a una autoridad invisible (GIERKE, 2002).

Por su parte, en la obra “Derecho Alemán de las Asociaciones” (*Das deutsche Genossenschaftrecht*), Gierke realiza un estudio de la naturaleza histórica de las asociaciones o corporaciones humanas, en donde los interpreta históricamente como personificaciones con independencia y caracteres propios, y procura demostrar que las asociaciones humanas presentan una realidad particular que reemplaza la realidad y la existencia de sus propios miembros (LAUTENSCHLAGER, 2020). De acuerdo con Gierke las asociaciones humanas son organismos sociales, y al igual que seres vivos independientes se desenvuelven sobre la existencia individual y de la especie, presentándose en el derecho como personas de orden superior. Y sólo a través de los órganos el Estado o cualquier otra asociación corporativa toma decisiones como seres comunes con deseos y acciones (GIERKE, 2020).

6. LA TEORÍA SOCIAL DEL DERECHO

La segunda teoría relevante para la comprensión del pensamiento socio-jurídico de Gierke, y que se encuentra estrechamente relacionada con la primera, es la que hace referencia al Derecho como un fenómeno social. Esta afirmación no significa en ningún modo aquella concepción simplista que el Derecho surge de la vida en convivencia, es decir, de una suma de individuos, sino que lo jurídico es para Gierke una manifestación de la vida de las comunidades humanas,

entendidas éstas como grupos que poseen características propias que va más allá de la simple acumulación de individualidades. Asimismo, el Derecho es visto bajo una “función social”, en el sentido que expresa el sustrato real de una comunidad histórica, y a su vez, posee una relación esencial con las demás funciones de esta comunidad por medio de lazos mutuos (GONZÁLEZ, 1972). Asimismo, la fuente última de todo Derecho es siempre la conciencia común (*Gemeinsbewusstsein*), perteneciendo siempre a una realidad histórico-social establecida (MONEREO, 2015).

Efectivamente, de acuerdo con Gierke, el Derecho es la manifestación de la vida humana en comunidad y no de una vida individual. Todo individuo, señala el jurista, posee dos modos de existencia, sea como individuo, sea como parte de las asociaciones, de los cuales no pueden ser eliminados, sin negar la propia esencia del hombre. Y el mundo de las comunidades humanas, que es movimiento perenne, variado y diverso, constituye la estructura real de la vida social, y no la simple abstracción de la suma de individuos desconectados (GONZÁLEZ, 1972).

De este modo, Gierke libera al derecho positivo de la dependencia del Estado, y reconoce las totalidades no organizadas como centros generadores de un nuevo derecho, el derecho positivo es, en su concepción, una esfera completamente autónoma respecto del Estado. La ley no puede por tal motivo eliminar la existencia del derecho consuetudinario. Toda comunidad orgánica tiene la capacidad de generar su propio derecho, sea organizada o no, sin embargo para llegar a ser una unidad jurídica es necesario que se presente como una comunidad organizada. Este último aspecto es criticado por Gurvitch, en la medida que se encontraría en contraposición con el esfuerzo del propio Gierke para eliminar la voluntad de la sustancia del derecho, en la medida que “no advierte que la separación entre lo «interior» y lo «exterior» en la conducta, de la acción y del motivo, es precisamente un artificio construido por la concepción mecanicista e individualista, contra la que él lucha con tanta energía” (GURVITCH, p. 597, 2005).

Todo derecho, señala Gierke, es mutua relación de voluntades, y la legislación debe velar por el empleo justo del poder prestado al individuo, evitando en todo momento el abuso del poder privado. “La legislación... no sólo debe prohibir el abuso de la propiedad, sino que debe elevar a precepto jurídico la obligación de usar rectamente de ella en el círculo social” (GIERKE, p. 18, 2015). Asimismo, afirma que la misión del Derecho es “proteger al débil contra el fuerte, y el beneficio de la comunidad, contra el egoísmo del individuo” (GIERKE, p. 25, 2015), y respecto a las relaciones jurídicas entre personas, expresa que el Derecho privado deberá garantizar y

proteger, en primer lugar la “personalidad del hombre individual”, además, “ha de reconocer y limitar los derechos de la personalidad (derechos sobre la propia persona), en su general y común forma de aparición, en su expresión especial condicionada, por pertenecer a una determinada clase social y en su estructura trabajada individualmente” (GIERKE, pp. 29-30, 2015).

Así, Gierke llegó a concebir la formación de un Derecho intermedio entre el Derecho Público y el Privado, denominado Derecho Social, el mismo que regularía las relaciones de los individuos en las distintas asociaciones (RENDÓN, 2007). La fuente principal del derecho social, según Gierke, se encuentra en el estatuto autónomo, la misma que engendra un derecho objetivo y válido para el círculo en el que es válido. Por lo tanto, cada grupo social organizado en una persona colectiva, tiene su derecho social objetivo, y el carácter específico del derecho social consistirá en su facultad de establecer relaciones jurídicas entre la totalidad y sus elementos (GURVITCH, 2005).

A esta propuesta se va asociar la idea de la empresa como una comunidad constituida por el empleador y los trabajadores, dentro del cual aparece un poder normativo que la rige, añadiéndose las normas autónomas de las asociaciones profesionales (RENDÓN, 2007). Es más, podemos decir que, según Gierke, la organización jurídica de una asociación sólo es posible bajo el sometimiento de los miembros a un poder unitario que los dirija hacia un objetivo, y señalará que el sujeto de este poder en la forma capitalista sólo puede ser el empresario, a través del contrato de servicios (GIERKE, 2020).

Debemos recordar que durante el período de Gierke acontecieron las transformaciones sociales que conllevarán a la transición desde el artesanado a la industria fabril. De tal modo que, con la implementación del maquinismo, se producirá el aumento del trabajador asalariado dependiente (KASKEL & DERSCH, 1961). Así, Gierke va a criticar especialmente la relación de intercambio de trabajo por salario, toda vez que en ella desaparece el contenido personal, asemejándose notablemente al contrato medieval de servicio fiel. En este sentido, Gierke va a caracterizar este contrato del siguiente modo:

“Este contrato le otorga al señor poder de ordenar y castigar y a su vez la obligación de proteger y representar. El servidor queda sometido a una limitación de su libertad por la que está obligado a la obediencia y a la prestación del servicio, al mismo tiempo que obtiene derecho a la protección y a la representación. Todos los derechos particulares recíprocos, así como todos los deberes, emanan de la situación jurídica personal creada por el contrato. Tal circunstancia se pone de

manifiesto ante todo, en el hecho de que ellos confluyen en un concepto central unitario que los abarca y penetra. Se trata de la fidelidad” (GIERKE, p. 14, 2020).

Sin embargo, es consciente de las diferencias con el moderno contrato moderno de servicios, no obstante, percibe elementos que asemejan en gran medida tal contrato. “Simplemente ocurre que abarca en sí los elementos de un contrato de servicios como componentes no independientes, dado que de la relación jurídico-personal por él creada surge una relación obligacional de carácter duradero que, por una parte, obliga a la prestación de servicios y, por otra garantiza una retribución. (...) Por lo tanto, y evidentemente, el contrato de servicio fiel cumplía, con creciente difusión, la función de un contrato de trabajo remunerado” (GIERKE, pp. 14-15, 2020).

De tal modo que si bien enfatiza que se trata de una decisión libre, a su vez involucra a la persona más allá de sus servicios hasta abarcar su entera disponibilidad, lo que constituirá una de las bases de la posterior doctrina de la subordinación jurídica del Derecho del Trabajo (ÁLVAREZ, 2014). Para Gierke, por tanto, el contrato de servicios del período medieval contuvo los elementos esenciales del posterior contrato de servicios del capitalismo industrial, concibiendo la noción de subordinación, como derivada de esta relación laboral y las obligaciones contractuales.

“...el contrato de servicio fiel se transformó en un contrato del derecho de las obligaciones. Esta metamorfosis se cumplió tan pronto como el contenido primario del contrato tuvo la forma de una promesa de prestación de servicios frente a la contrapromesa de remuneración. En este proceso, de ninguna manera desapareció el contenido jurídico personal del contrato de servicio fiel. Tal contrato fundamentó, antes y ahora, la posición jurídica del señor y el servidor. A través del mismo, el señor tenía a la persona del servidor bajo su poder, mientras que el servidor tenía una pretensión de protección y representación a través del señor. Asimismo, el contrato conectaba a ambas partes a través de una doble relación de confianza, con obligaciones individuales. Sin embargo, la subordinación jurídico-personal, así como la posición dominante, no constituía el fundamento, sino la consecuencia de la relación de servicio. Ella surgía del contrato obligacional directamente dirigido a la prestación de servicio remunerado y se daba solo en tanto en cuanto la relación de servicio era su causa. De esta manera nació el contrato de servicios del Derecho alemán” (GIERKE, p. 15, 2020).

De este modo, el jurista alemán va a afirmar que, junto con el trabajo doméstico, existen otras formas del primitivo contrato de servicios fiel en la historia alemana, tales como el trabajo

industrial, con regulación detallada en los estatutos gremiales; el contrato de marinos; el de mineros; el de los dependientes de comercio; el del soldado de fortuna, y el de los funcionarios públicos. Asimismo, y esto es de suma relevancia, afirmó que la conceptualización contractual camuflaba la dominación. “Un rasgo importante de aquel contrato medieval era el requisito implícito de la incorporación del vasallo al círculo rector del señor, que para el prusiano se plasmaba en los tiempos modernos en el carácter de la empresa capitalista como organización de dominación interna” (OJEDA, p. 119, 2017).

De este modo, a fines del siglo XIX, al publicarse el primer Proyecto de Código Civil alemán, Gierke arremeterá contra él en un artículo titulado “El proyecto de Código Civil y el Derecho alemán”, complementado con otros artículos y conferencias (como el de las raíces del contrato de servicios y el de la función social del Derecho privado), acusando a sus redactores, entre otros aspectos, de haber elaborado un contrato de servicios “romanista, impopular, individualista, asocial, falto de novedad, contrario a la tradición germánica y abstracto”, consiguiendo neutralizar momentáneamente la calificación de contrato obligacional por el concepto –elaborado por Gierke– de contrato jurídico-personal, además de introducir en el texto definitivo los deberes de asistencia y la protección en caso de enfermedad. Sin embargo, Gierke no logró separar el contrato de trabajo de la figura del contrato de servicios, por lo que la BGB mantendrá la unión bajo el concepto de trabajo autónomo (OJEDA, p. 116, 2017).

7. CONCLUSIONES

El pensamiento socio-jurídico de Otto von Gierke fue muy diverso y su producción intelectual sumamente abundante, sin embargo, su principal legado en la doctrina jurídica radica, a nuestro parecer, en la conformación del Derecho Social, en base a una concepción renovada de los sujetos colectivos como entidades orgánicas, reales e independientes del propio Estado, así como la exaltación del papel de la comunidad y del sentido colectivo de justicia en el propio desarrollo del derecho.

Asimismo, su pensamiento socio-jurídico puede ser entendido a partir del propio ambiente en el que se desarrolló, presenciando los inicios de la explotación capitalista de la masa obrera, conocida como la cuestión social, y los conflictos que habían estallado a fines del siglo XIX e inicios del XX, aunado al escaso interés de los gobernantes luego de la unificación alemana. En este sentido, la obra de Gierke se enmarca dentro de la etapa primigenia del contrato de trabajo,

cuya característica principal es el de tomar prestado elementos de otras tipologías contractuales ya conocidas en el ámbito jurídico (principalmente el derecho romano), y al que Gierke asemejará con el contrato medieval de servicios alemán. Por lo tanto, el jurista alemán destaca por haber observado y estudiado tempranamente el carácter dependiente o subordinado del obrero en el centro del trabajo, asimilándolo con la antigua contratación de servicios fiel, condenando esta práctica por ser incompatible con las actividades de un hombre libre (CHAUCA, 2022). De este modo, la subordinación, una figura que en la actualidad se presenta como el elemento esencial del contrato de trabajo, permitiendo su identificación e individualización en relación con otros tipos de contratos del derecho común, fue ya observada por Gierke en tiempo tan tempranos del capitalismo industrial, conformando un antecedente teórico relevante para el desarrollo posterior del derecho laboral.

8. REFERENCIAS

- ABELLÁN, Joaquín. "Otto von Gierke. Teorías políticas de la Edad Media". *Revista del centro de estudios constitucionales*, N° 22, 1995, pp. 249-257.
- ÁLVAREZ, Manuel. *La construcción jurídica del contrato de trabajo* (2 ed.). Granada: Comares, 2014.
- CHAUCA, Max Henry. "Conflictos sociales y construcción jurídica del contrato de trabajo en el Perú". *Labor Juris*, Vol. VIII, N° 2, 2022. Doi: 10.35987. Obtenido de <https://laborjuris.emnuvens.com.br/laborjuris/article/view/115/80>
- D'ANIELLO, Fernando. *La teoria giuridica di Otto Gierke*. Tesi di Dottorato. Pisa: Università degli studi di Pisa, 2011.
- DROZ, Jacques. *Historia de Alemania I: La formación de la unidad alemana 1789-1871*. Barcelona: Vicens-Vives, 1973.
- FULBROOK, Mary. *Historia de Alemania*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- GIERKE, Otto von. *Deutsches Privatrecht (Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft)*. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1905.
- GIERKE, Otto von. "La escuela histórica del derecho y los germanistas [Discurso de 03 de agosto 1903]". *La escuela histórica del derecho. Documentos para su estudio*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1908, pp. 107-207.
- GIERKE, Otto von. *Teorías políticas de la Edad Media*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

- GIERKE, Otto von. *Community in Historical Perspective. A translation of selections from Das deutsche Genossenschaftsrecht*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- GIERKE, Otto von. *La función social del derecho privado y otros estudios*. Granada: Comares, 2015.
- GIERKE, Otto von. “Da história do princípio da maioria [1913]”. *Revista de Direito Mercantil* (166/167), 2020, pp. 8-22.
- GIERKE, Otto von. *Las raíces del contrato de servicios*. Madrid: Ediciones Olejnik, 2020.
- GONZÁLEZ, Felipe. “La teoría jurídica y el problema del método jurídico en Otto von Gierke”. *Anuario de filosofía del derecho*, N° 16, 1972, pp. 1-76.
- GURVITCH, Georges. *La idea del derecho social*. Granada: Comares, 2005.
- KASKEL, Walter & DERSCH, Hermann. *Derecho del Trabajo*. Depalma, 1961.
- LAUTENSCHLAGER, Nilson. “Notas sobre 'A historia do princípio da maioria', de Otto Friedrich von Gierke (1841-1921)”. *Revista de Direito Mercantil* (166/167), 2020, pp. 7-8.
- MONEREO, José Luis. “La teoría jurídica y social de Otto von Gierke: teoría del Derecho social y de las personas colectivas”. O. v. Gierke, *La función social del derecho privado y otros estudios*. Granada: Editorial Comares, S.L., 2015, pp. I-LXI.
- OJEDA, Antonio. “La genealogía del contrato de trabajo”. *Palestra del Tribunal Constitucional*. Vol. XXIX, 2018, pp. 83-103,
- OJEDA, Antonio. *Las cien almas del contrato de trabajo*. Editorial Aranzadi, 2017.
- REALE, Miguel. *Fundamentos del derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1976.
- RENDÓN, Jorge. *Derecho de la Seguridad Social* (4 ed.). Lima: Grijley, 2008.
- RENDÓN, Jorge. *Derecho del trabajo. Teoría General I* (2 ed.). Lima: Grijley, 2007.
- SAVIGNY, Friedrich von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*. Granada: Comares, 2008.
- SILVA, José Antonio. *El pensamiento jurídico y filosófico*. Vol. I. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2009.

Artigo recebido: 08.05.2024

Artigo publicado em: 30.06.2024