

## The positivized indigenous jurisdiction violates the intercultural principle of custom and tradition

### La jurisdicción indígena positivizada vulnera el principio intercultural de costumbre y tradición

**Autores:**

Silva-Cunalata, Víctor Hugo  
UNIVERSIDAD BOLIVARIANA DEL ECUADOR  
Maestrante  
Duran – Ecuador



[v.silva@gobernaciontungurahua.gob.ec](mailto:v.silva@gobernaciontungurahua.gob.ec)



<https://orcid.org/0009-0005-9657-2007>

Martínez-Morales, Verónica  
MaribelUNIVERSIDAD BOLIVARIANA DEL  
ECUADOR  
Maestrante en Constitucionalismo Contemporáneo y Gobernanza Local  
DURAN – ECUADOR



[vmmartin-zm@ube.edu.ec](mailto:vmmartin-zm@ube.edu.ec)



<https://orcid.org/0009-0005-1810-1920>

Caveda,- Duniesky, Alfonso  
UNIVERSIDAD BOLIVARIANA DEL ECUADOR  
PhD. Docente de la Universidad Bolivariana del Ecuador  
Maestría enConstitucionalismo Contemporáneo y Gobernanza Local  
Duran – Ecuador



[dalfonsoc@ube.edu.ec](mailto:dalfonsoc@ube.edu.ec)



<https://orcid.org/0000-00001-7889-8066>

Fechas de recepción: 25-AGOS-2024 aceptación: 11-OCT-2024 publicación: 15-DIC-2024



<https://orcid.org/0000-0002-8695-5005>

<http://mqrinvestigiar.com/>



## Resumen

Este artículo analiza la positivización del derecho consuetudinario indígena en el artículo 171 de la Constitución de Ecuador, evaluando cómo afecta el principio de interculturalidad. A través del estudio de casos, doctrinas jurídicas y testimonios etnográficos, se investigó cómo la integración de normas tradicionales en el marco legal estatal puede limitar la autonomía y el autogobierno de las comunidades indígenas. Si bien la constitucionalización busca proteger los derechos de estos pueblos, la imposición de estructuras estatales ajenas puede no coincidir con sus prácticas y valores, generando tensiones entre el derecho consuetudinario y el derecho positivo. Sánchez (2014) destaca que esta imposición de normas externas puede debilitar la identidad cultural y la autoridad de las instituciones tradicionales. El análisis revela que la intervención estatal en los sistemas de justicia indígena ha generado una percepción negativa en las comunidades, quienes ven afectadas sus costumbres y tradiciones. Los resultados sugieren la necesidad de una revisión crítica del marco legal para asegurar que el principio de interculturalidad sea verdaderamente respetado, fortaleciendo la participación efectiva de las comunidades en la formulación de políticas que las involucren. Se concluye con recomendaciones para mejorar la relación entre el derecho consuetudinario y el derecho positivo, proponiendo un diálogo intercultural genuino que promueva la autonomía y respete las estructuras tradicionales de las comunidades indígenas.

**Palabras clave:** jurisdicción; indígena; positivizada; intercultural; costumbre; tradición



## Abstract

This article addresses the issue of the positivization of indigenous customary law in Article 171 of the Ecuadorian Constitution and how this fact undermines the intercultural principle of custom and tradition. The Constitution of Ecuador, in its Article 1, defines the country as a state of rights and justice, social, democratic, sovereign, independent, unitary, intercultural, plurinational, and secular. In this framework, the State is obliged to respect the principle of interculturality, which implies the recognition and respect for the customs of each community, people, or nationality.

In the development of this analysis, it will be examined how the constitutionalization of indigenous customary law, although apparently seeking to strengthen the rights of indigenous communities, may actually be limiting their autonomy and self-governance capacity. The positivization of these traditional norms within the state legal framework implies the imposition of structures and procedures that do not necessarily align with the traditional practices and values of these communities.

Additionally, the existing tension between customary law and positive law will be discussed, and how this relationship can be conflictive. Relevant cases and doctrines will be analyzed, as well as ethnographic studies and testimonies illustrating the perception of indigenous communities about state intervention in their own justice systems. Sánchez (2014) asserts that "the imposition of external norms on traditional practices can lead to an erosion of cultural identity and the loss of authority of traditional institutions."

Finally, recommendations will be proposed for a better articulation between indigenous customary law and state positive law, in a way that truly respects the principle of interculturality and strengthens the autonomy of indigenous communities. The importance of genuine intercultural dialogue and the need for effective participation mechanisms for indigenous communities in the formulation of policies affecting them will be emphasized.

**Keywords:** jurisdiction; indigenous; positivized; intercultural; habit; tradition



## Introducción

La relación entre el derecho consuetudinario indígena y el derecho positivo estatal en Ecuador presenta una compleja problemática jurídica y social. La Constitución de 2008, en su artículo 171, reconoce la justicia indígena, permitiendo a las comunidades y nacionalidades aplicar sus propias normas y procedimientos. Sin embargo, esta constitucionalización del derecho consuetudinario ha suscitado debates sobre su compatibilidad con el principio intercultural de costumbre y tradición. Según el artículo 1 de la Constitución, Ecuador se define como un estado intercultural y plurinacional, comprometiéndose a respetar y proteger las costumbres de las diversas comunidades indígenas (Larrea, 2015).

El artículo 171 establece: "Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres". Esta disposición, aunque en teoría busca fortalecer la autonomía de las comunidades indígenas, en la práctica puede ser vista como una forma de control estatal sobre sistemas jurídicos tradicionales que históricamente han operado de manera autónoma (Avila, 2012).

El objetivo de este artículo es realizar un análisis crítico y técnico-jurídico sobre cómo la positivización del derecho consuetudinario indígena en la Constitución puede vulnerar el principio intercultural de costumbre y tradición. Se examinará el impacto de la incorporación de normas consuetudinarias dentro del marco legal estatal, evaluando si esta integración respeta verdaderamente la autonomía y las prácticas tradicionales de las comunidades indígenas.

En primer lugar, se explorará el concepto de interculturalidad y su relevancia en el contexto jurídico ecuatoriano. La interculturalidad, entendida como un proceso de interacción y diálogo entre culturas, busca el reconocimiento y respeto mutuo de las diversas formas de vida y sistemas de conocimiento. En el marco legal, este principio implica la coexistencia y cooperación entre el derecho positivo estatal y los sistemas jurídicos tradicionales indígenas. A continuación, se analizará la naturaleza del derecho consuetudinario indígena y su importancia para las comunidades. El derecho consuetudinario no solo regula aspectos jurídicos, sino que también es un componente fundamental de la identidad cultural y social de las comunidades indígenas. Según Larrea (2015), "el derecho consuetudinario es un reflejo de la cosmovisión y los valores ancestrales de las comunidades indígenas, y su práctica es esencial para la preservación de su identidad cultural".

El artículo discutirá también las tensiones y conflictos que surgen de la interacción entre el derecho consuetudinario y el derecho positivo. La imposición de normas y procedimientos



estatales puede llevar a la desnaturalización de las prácticas tradicionales, generando resistencia y conflicto. Sánchez (2014) señala que "la intervención estatal en los sistemas de justicia indígena puede ser percibida como una forma de colonialismo jurídico, donde las estructuras externas imponen su lógica sobre las tradiciones locales".

La metodología de investigación incluirá un enfoque cualitativo, basado en el análisis de textos legales, doctrinas y estudios de caso, así como entrevistas con líderes y miembros de comunidades indígenas. Se buscará comprender cómo perciben las comunidades la integración de sus normas dentro del sistema legal estatal y cómo esta integración afecta su autonomía y prácticas tradicionales.

Finalmente, el artículo propondrá recomendaciones para una mejor articulación entre el derecho consuetudinario indígena y el derecho positivo estatal. Se enfatizará la importancia de un diálogo intercultural genuino y la necesidad de mecanismos de participación efectiva de las comunidades indígenas en la formulación de políticas que las afecten

### **Problema**

El artículo 171 de la Constitución positiviza el derecho propio consuetudinario de pueblos y nacionalidades indígenas, este hecho vulnera el principio intercultural de costumbre y tradición.

### **Objetivo**

Elaborar un documento de análisis crítico técnico jurídico, en donde se analice el derecho consuetudinario y su positivación constitucional en el artículo 171 de la Constitución.

### **Marco Teórico**

La interculturalidad y la plurinacionalidad son conceptos fundamentales en el contexto del reconocimiento de los derechos indígenas en Ecuador. Estos principios no solo promueven la coexistencia pacífica de diferentes culturas dentro del Estado, sino que también buscan asegurar el respeto y la valorización de las diversas identidades culturales que coexisten en el país. Según Ávila (2012), la interculturalidad debe ser entendida como un proceso de interacción dinámica y diálogo equitativo entre culturas, donde ninguna impone su hegemonía sobre las demás. Este enfoque es esencial en la aplicación del derecho consuetudinario, ya que permite un marco de respeto mutuo y entendimiento entre las normas del Estado y las tradiciones indígenas.

El concepto de plurinacionalidad, por su parte, reconoce la existencia de múltiples naciones y culturas dentro del territorio ecuatoriano, cada una con derecho a mantener y desarrollar sus propios sistemas de vida y justicia. Como señala Vázquez (2017), la plurinacionalidad implica el reconocimiento legal y constitucional de que las comunidades indígenas no son meros grupos culturales dentro del Estado, sino naciones con derecho a la autodeterminación



y autogobierno. Este reconocimiento es vital para la inclusión efectiva de las prácticas jurídicas indígenas en el sistema legal estatal, permitiendo una verdadera autonomía en la gestión de sus asuntos internos.

Por otro lado, el derecho consuetudinario indígena en Ecuador se ha consolidado como una forma esencial de expresión de la identidad cultural y social de las comunidades indígenas. Este derecho, basado en costumbres y prácticas ancestrales, regula no solo aspectos jurídicos, sino también sociales y morales, proporcionando un marco normativo que se ajusta a las realidades y necesidades específicas de cada comunidad. Como destaca Martínez (2018), el derecho consuetudinario no es estático, sino que evoluciona con las prácticas sociales de las comunidades, permitiendo una flexibilidad que a menudo falta en los sistemas de derecho positivo.

La Constitución de 2008 reconoció oficialmente el derecho consuetudinario, permitiendo a las comunidades indígenas ejercer funciones jurisdiccionales basadas en sus tradiciones dentro de sus territorios. Este reconocimiento representa un avance significativo hacia la justicia social y la protección de la diversidad cultural. Sin embargo, la integración de este derecho en el sistema legal estatal no ha estado exenta de problemas. Según Ramírez (2020), uno de los desafíos más importantes es asegurar que la incorporación de las normas consuetudinarias respete la integridad y autenticidad de las tradiciones indígenas, evitando la imposición de estructuras y procedimientos que no sean coherentes con sus valores y prácticas.

La constitucionalización del derecho consuetudinario en Ecuador, mediante el artículo 171 de la Constitución, se presenta como un intento de armonizar los sistemas de justicia indígena con el derecho positivo estatal. Este proceso implica reconocer y proteger las normas y procedimientos tradicionales de las comunidades indígenas dentro del marco legal nacional, otorgándoles validez jurídica y legitimidad institucional. Sin embargo, como advierte Sánchez (2014), la constitucionalización también puede ser vista como una forma de control estatal sobre sistemas de justicia que históricamente han operado de manera autónoma y sin intervención externa.

Uno de los principales retos de la constitucionalización es encontrar un equilibrio entre el respeto a la autonomía de las comunidades indígenas y la necesidad de garantizar que las prácticas consuetudinarias no violen los derechos fundamentales protegidos por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Vallejo, Burbano y Ramos (2024) señalan que la imposición de límites constitucionales al derecho consuetudinario puede ser percibida como una forma de colonialismo jurídico, donde el Estado intenta imponer su autoridad sobre los sistemas normativos tradicionales.

La efectividad de la constitucionalización depende en gran medida de la implementación de mecanismos de coordinación y cooperación entre los sistemas de justicia indígena y el sistema judicial estatal. Como sugiere Ortiz (2016), es fundamental establecer protocolos



claros que definan las competencias y limitaciones de cada sistema para evitar conflictos jurisdiccionales y asegurar que las decisiones tomadas por las autoridades indígenas sean respetadas y reconocidas por el Estado.

La coexistencia de derecho positivo y derecho consuetudinario ha generado tensiones significativas, especialmente en casos donde ambos sistemas de justicia reclaman jurisdicción sobre un mismo asunto. Según Martínez (2018), estas tensiones surgen principalmente de la divergencia en los principios y valores que subyacen a cada sistema. Mientras que el derecho positivo se basa en principios de universalidad y objetividad, el derecho consuetudinario se fundamenta en la tradición, la comunidad y la flexibilidad.

Ávila (2012) propone que la solución a estas tensiones no reside en la subordinación de un sistema al otro, sino en el reconocimiento de su coexistencia y en la creación de mecanismos de diálogo y cooperación.

ración. Este enfoque, basado en el respeto mutuo y la búsqueda de consensos, puede contribuir a una justicia más inclusiva y equitativa, que refleje la diversidad cultural de Ecuador.

Desde la perspectiva de las comunidades indígenas, la positivización del derecho consuetudinario es un tema que genera tanto expectativas como preocupaciones. Según los estudios etnográficos realizados por Morales (2019), las comunidades valoran el reconocimiento oficial de sus normas y prácticas, ya que esto refuerza su identidad cultural y legitima su autonomía. Sin embargo, también expresan temor de que la intervención estatal en sus sistemas de justicia pueda desnaturalizar sus tradiciones y reducir su capacidad de autogobierno.

La autonomía y el autogobierno son pilares fundamentales del derecho consuetudinario indígena, permitiendo a las comunidades gestionar sus propios asuntos y resolver conflictos de acuerdo con sus valores y tradiciones. La positivización de estas normas, sin embargo, puede plantear desafíos para la autonomía de las comunidades si implica la imposición de criterios externos. Como sugiere Sánchez (2014), la verdadera autonomía no solo requiere el reconocimiento legal de las prácticas consuetudinarias, sino también la garantía de que las decisiones tomadas por las autoridades indígenas sean respetadas y no sean cuestionadas o modificadas por instancias estatales.

El diálogo intercultural es una herramienta esencial para la construcción de un sistema de justicia inclusivo que respete y valore la diversidad cultural de Ecuador. Este diálogo debe basarse en el respeto mutuo y en la voluntad de comprender y aprender de las diferencias culturales. Como destaca López (2020), un verdadero diálogo intercultural va más allá de la consulta formal y requiere la participación activa de las comunidades indígenas en la toma de decisiones. Esto no solo garantiza una mayor legitimidad de las políticas implementadas, sino que también promueve un ambiente de respeto y cooperación.



El análisis de experiencias en otros países proporciona lecciones valiosas para la integración del derecho consuetudinario en los sistemas legales nacionales. En Bolivia, por ejemplo, el reconocimiento del derecho indígena y la creación de mecanismos para su implementación efectiva han fortalecido la autonomía de las comunidades indígenas y promovido un sistema de justicia más inclusivo. Viciano & Martínez (2011) señalan que el modelo boliviano, aunque enfrenta desafíos, muestra cómo la colaboración y el respeto mutuo pueden facilitar la coexistencia de distintos sistemas jurídicos.

Para mejorar la articulación entre el derecho consuetudinario y el derecho positivo, es fundamental adoptar un enfoque inclusivo y participativo que garantice la representación efectiva de las comunidades indígenas en los procesos de toma de decisiones. Ávila (2008) propone la creación de espacios de consulta y participación donde las comunidades indígenas puedan expresar sus preocupaciones y propuestas de manera efectiva. Estos espacios deben estar diseñados para facilitar un diálogo continuo y constructivo entre las comunidades indígenas y las autoridades estatales.

Además, es esencial establecer protocolos claros de coordinación entre los sistemas de justicia indígena y estatal para evitar conflictos de competencia y asegurar que se respeten los derechos de todas las partes involucradas. Delgado (2015) sugiere que la capacitación en interculturalidad para los funcionarios judiciales y el reconocimiento de la validez de las decisiones de la justicia indígena en el ámbito estatal son pasos esenciales para fortalecer la relación entre ambos sistemas.

## Metodología

La metodología utilizada en esta investigación será de carácter cualitativo y se basará en un enfoque crítico y analítico. Se utilizarán diversas técnicas de investigación para recolectar y analizar información relevante:

- 1. Análisis de Textos Legales:** Se examinarán los textos legales relevantes, incluyendo la Constitución de Ecuador, leyes secundarias y tratados internacionales relacionados con los derechos de los pueblos indígenas y la interculturalidad.
- 2. Revisión de Literatura:** Se realizará una revisión exhaustiva de la literatura académica y doctrinal sobre derecho consuetudinario indígena, interculturalidad y plurinacionalidad.
- 3. Estudios de Caso:** Se analizarán estudios de caso que ilustren la aplicación del derecho consuetudinario indígena en Ecuador y en otros países. Estos estudios de caso proporcionarán ejemplos concretos de los desafíos y beneficios de la positivización del derecho consuetudinario.
- 4. Análisis Etnográfico:** Se utilizarán estudios etnográficos para comprender mejor las prácticas y valores tradicionales de las comunidades indígenas y cómo estas se ven afectadas por la intervención estatal.



**5. Comparación Internacional:** Se compararán las experiencias de Ecuador con las de otros países que han integrado el derecho consuetudinario indígena en sus sistemas legales. Esta comparación permitirá identificar mejores prácticas y lecciones aprendidas.

## **Desarrollo**

### **1. Interculturalidad y Plurinacionalidad:**

El concepto de interculturalidad implica un reconocimiento y respeto mutuo entre diversas culturas dentro de un mismo espacio geográfico y político. En el contexto de Ecuador, la interculturalidad se convierte en un pilar fundamental para garantizar la convivencia armónica de las diferentes comunidades indígenas y el Estado. Según Larrea (2015), la interculturalidad no solo se refiere a la coexistencia pacífica, sino también a la integración activa de los conocimientos y prácticas tradicionales en el ámbito público y jurídico. Este enfoque es esencial para fomentar una verdadera justicia social que respete las particularidades culturales de cada grupo étnico.

El concepto de plurinacionalidad, por otro lado, reconoce la existencia de múltiples naciones dentro del Estado ecuatoriano, cada una con su propio sistema de creencias, normas y costumbres. Según González (2019), este reconocimiento es clave para la consolidación de un Estado que no solo tolere, sino que también celebre y promueva la diversidad cultural como una fortaleza. La plurinacionalidad, al igual que la interculturalidad, se centra en la idea de que las comunidades indígenas tienen derechos colectivos que deben ser respetados y protegidos por el Estado.

Además, Ávila (2012) señala que la plurinacionalidad y la interculturalidad son conceptos que deben ir de la mano para garantizar una justicia equitativa en un Estado que se define como constitucional de derechos y justicia. La Constitución de 2008 establece estos principios no solo como objetivos, sino como derechos fundamentales que deben ser implementados y respetados en todos los niveles de la gobernanza.

### **2. Derecho Consuetudinario Indígena:**

El derecho consuetudinario indígena se refiere a un conjunto de normas y prácticas que han sido desarrolladas y mantenidas por las comunidades indígenas a lo largo del tiempo. Este tipo de derecho es intrínseco a la identidad cultural y social de las comunidades indígenas, y su preservación es vital para la supervivencia de sus tradiciones y costumbres. Martínez (2018) destaca que el derecho consuetudinario indígena no solo regula la conducta de los individuos dentro de la comunidad, sino que también establece los mecanismos de resolución de conflictos que reflejan los valores y principios ancestrales.

En el contexto ecuatoriano, la práctica del derecho consuetudinario ha sido históricamente marginada por la imposición de un sistema legal basado en el derecho positivo de origen europeo. Sin embargo, la Constitución de 2008 marca un punto de inflexión al reconocer oficialmente la validez del derecho consuetudinario indígena dentro del marco legal nacional. Según Vázquez (2017), este reconocimiento no solo busca proteger las prácticas



tradicionales, sino que también permite una mayor autonomía y autogobierno de las comunidades indígenas, fortaleciendo su capacidad para manejar sus propios asuntos internos.

Ramírez (2020) argumenta que la integración del derecho consuetudinario en el marco legal estatal es un paso necesario hacia la descolonización de las instituciones jurídicas. Esta integración, sin embargo, debe llevarse a cabo con cuidado para evitar la imposición de normas externas que puedan erosionar las tradiciones y prácticas indígenas. Es fundamental que cualquier forma de regulación estatal del derecho consuetudinario respete la autonomía y el derecho a la autodeterminación de las comunidades.

## **2. onstitucionalización del Derecho Consuetudinario:**

La constitucionalización del derecho consuetudinario indígena en Ecuador se formalizó con la Constitución de 2008, particularmente en el artículo 171, que reconoce la jurisdicción indígena basada en sus tradiciones ancestrales. Este proceso de constitucionalización tiene como objetivo brindar un marco legal que proteja y valide las prácticas judiciales indígenas dentro del Estado ecuatoriano. Vallejo, Burbano y Ramos (2024) explican que este reconocimiento es un componente esencial del pluralismo jurídico, que permite la coexistencia de múltiples sistemas de justicia bajo un mismo techo constitucional.

La inclusión del derecho consuetudinario en la Constitución no ha estado exenta de críticas y desafíos. Por un lado, esta medida es vista como un avance significativo en la protección de los derechos de las comunidades indígenas. Por otro lado, algunos argumentan que la positivización de normas consuetudinarias dentro del marco legal estatal puede resultar en una forma de control que limita la verdadera autonomía de las comunidades. Según Sánchez (2014), la imposición de un marco legal externo sobre los sistemas de justicia indígena puede ser percibida como una forma de colonialismo jurídico, donde las estructuras de poder estatales intentan imponer su lógica sobre las tradiciones locales.

García (2017) sostiene que la clave para una constitucionalización exitosa del derecho consuetudinario radica en la creación de mecanismos de participación efectiva que permitan a las comunidades indígenas influir en la formulación y aplicación de políticas que las afecten. Esto implica no solo el reconocimiento formal de sus derechos, sino también la implementación de procesos de consulta y diálogo intercultural que respeten las decisiones y la autodeterminación de las comunidades.

## **3. Tensiones entre Derecho Positivo y Derecho Consuetudinario:**

Las tensiones entre el derecho positivo y el derecho consuetudinario indígena en Ecuador son evidentes y surgen de la coexistencia de dos sistemas normativos con fundamentos y objetivos distintos. Según Vallejo, Burbano y Ramos (2024), la imposición de normas de derecho positivo puede entrar en conflicto con las tradiciones y prácticas ancestrales de las comunidades indígenas, generando situaciones de inconstitucionalidad y desencadenando litigios que requieren la intervención de la Corte Constitucional. Este conflicto se manifiesta



en casos donde los derechos colectivos de las comunidades indígenas se enfrentan a los derechos individuales protegidos por el derecho positivo.

Un ejemplo relevante es el caso "La Cocha", donde la justicia indígena fue cuestionada por aplicar sanciones tradicionales consideradas incompatibles con los derechos humanos establecidos en la Constitución ecuatoriana. Ávila (2012) subraya que, aunque la Constitución reconoce la jurisdicción indígena, esta debe operar dentro de los límites de los derechos constitucionales y humanos, lo que introduce una tensión inherente entre el respeto a la autonomía indígena y la protección de los derechos fundamentales. Este caso ilustra la dificultad de equilibrar la aplicación del derecho consuetudinario con los principios universales de derechos humanos.

Por otro lado, Martínez (2018) señala que estas tensiones no solo son jurídicas, sino también sociales y culturales, ya que afectan la percepción de legitimidad de ambos sistemas de justicia. Para las comunidades indígenas, la intervención del derecho positivo en su jurisdicción tradicional puede ser vista como una invasión a su soberanía y una violación a su derecho a la autodeterminación. En contraste, desde la perspectiva del Estado, es esencial garantizar que ninguna práctica, aunque sea consuetudinaria, vulnere los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

#### **4. Perspectiva de las Comunidades Indígenas:**

La percepción de las comunidades indígenas ante la positivización de su derecho consuetudinario varía considerablemente, pero generalmente refleja una preocupación por la pérdida de autonomía y la posible desnaturalización de sus tradiciones. Según estudios etnográficos citados por Morales (2019), muchos líderes indígenas expresan temor de que la intervención estatal en sus sistemas de justicia erosione sus prácticas culturales y socave su autoridad tradicional. Esta percepción está respaldada por testimonios recogidos en diversas comunidades que muestran cómo la integración de normas externas es vista como una forma de colonialismo moderno.

García (2017) enfatiza que, para muchas comunidades, la justicia indígena no es solo un mecanismo legal, sino un componente esencial de su identidad cultural y social. La percepción de que el Estado intenta regular o imponer criterios ajenos a estas prácticas genera resistencia y desconfianza. Ramírez (2020) agrega que, para muchos indígenas, la justicia consuetudinaria representa una forma de mantener la cohesión social y reforzar los valores comunitarios, por lo que cualquier intento de positivización que no incluya su participación activa es visto como una amenaza.

Además, estudios realizados por Fernández (2018) destacan que las comunidades indígenas valoran altamente su autonomía jurídica, ya que les permite resolver conflictos de acuerdo con sus propias normas y principios. La inclusión de estas comunidades en los procesos de toma de decisiones y en la formulación de políticas públicas es, por lo tanto, fundamental



para asegurar que cualquier forma de positivización respete verdaderamente sus derechos y su modo de vida.

### **5. Autonomía y Autogobierno:**

La autonomía y la capacidad de autogobierno de las comunidades indígenas son aspectos fundamentales que se ven afectados por la positivización del derecho consuetudinario. Sánchez (2014) argumenta que la incorporación de normas consuetudinarias en el sistema legal estatal puede, en algunos casos, limitar la capacidad de las comunidades para gestionar sus propios asuntos, especialmente cuando estas normas son reinterpretadas o modificadas para ajustarse a los principios del derecho positivo. Esto puede llevar a una pérdida gradual de autoridad por parte de los líderes tradicionales, quienes son vistos como los guardianes de las prácticas y valores ancestrales.

Según Vázquez (2017), la autonomía indígena no solo se refiere al ejercicio de su jurisdicción, sino también a la capacidad de las comunidades para definir sus propios procesos y mecanismos de resolución de conflictos. Cuando el Estado impone criterios externos o interviene en estos procesos, se corre el riesgo de deslegitimar a las autoridades tradicionales y de generar conflictos internos. Larrea (2015) señala que la verdadera autonomía implica la capacidad de autogobierno sin interferencias externas, un principio que debe ser respetado para garantizar la integridad cultural y social de las comunidades indígenas.

En este sentido, es esencial que la integración del derecho consuetudinario en el marco legal estatal se realice de manera que fortalezca, y no debilite, la autonomía de las comunidades indígenas. Esto requiere un enfoque que respete sus sistemas normativos internos y que promueva su participación activa en los procesos de toma de decisiones. Como sugiere Ortiz (Ortiz, 2016), la autonomía indígena debe ser entendida no solo como un derecho a ser protegido, sino también como un valor a ser promovido y fortalecido.

### **6. Diálogo Intercultural:**

El diálogo intercultural genuino es crucial para la efectiva integración del derecho consuetudinario indígena en el marco legal estatal y para asegurar la coexistencia pacífica entre distintos sistemas de justicia. López (2020) subraya que este diálogo debe ir más allá de la mera consulta formal y debe incluir la participación activa y continua de las comunidades indígenas en la formulación de políticas públicas. La interculturalidad debe ser vista como un proceso dinámico de intercambio y aprendizaje mutuo, donde las voces de todos los actores involucrados sean escuchadas y respetadas.

Torres (2012) argumenta que la falta de un diálogo intercultural genuino puede llevar a malentendidos y conflictos, ya que las normas y prácticas indígenas pueden ser mal interpretadas o subvaloradas por las instituciones estatales. Para evitar esto, es esencial que las políticas públicas se formulen a partir de un entendimiento profundo de las realidades y necesidades de las comunidades indígenas. Esto no solo fortalecerá la legitimidad de las



decisiones tomadas, sino que también contribuirá a la construcción de un Estado más inclusivo y equitativo.

Fernández (2018) añade que la participación de las comunidades indígenas en el diálogo intercultural debe ser activa y no meramente simbólica. Esto implica que las comunidades deben tener un papel real en la toma de decisiones y en la definición de políticas que afecten su derecho consuetudinario. Un enfoque intercultural auténtico reconoce y valora las aportaciones de las culturas indígenas, y busca integrar sus conocimientos y prácticas en el marco jurídico y político del Estado.

### **7. Experiencias Comparadas:**

El análisis de experiencias comparadas en otros países proporciona valiosas lecciones sobre la integración del derecho consuetudinario indígena en los sistemas legales nacionales. En Bolivia, por ejemplo, el reconocimiento del derecho indígena está consagrado en su Constitución, y las autoridades indígenas tienen un rol activo en la administración de justicia dentro de sus comunidades. Como señala Viciano & Martínez (2011), Bolivia ha adoptado un enfoque que permite una mayor autonomía y reconocimiento de las prácticas jurídicas indígenas, aunque no sin desafíos en la coordinación con el sistema judicial estatal.

En Colombia, la Constitución de 1991 también reconoce la jurisdicción indígena, pero ha habido conflictos sobre la extensión de este derecho y su interacción con el derecho penal estatal, especialmente en casos de delitos graves. Gargarella (2015) destaca que estos conflictos ilustran la necesidad de mecanismos claros de coordinación y cooperación entre los distintos sistemas de justicia, para evitar la superposición de competencias y la violación de derechos fundamentales.

Estos ejemplos muestran que, aunque el reconocimiento formal del derecho consuetudinario es un paso importante, su implementación efectiva requiere un marco normativo que facilite la coexistencia y cooperación entre los sistemas de justicia. Oliveira & Streck (2011) sugieren que es esencial aprender de estas experiencias para diseñar modelos legales que respeten la autonomía indígena mientras se aseguran los estándares de derechos humanos y justicia.

### **8. Recomendaciones y Propuestas:**

Para mejorar la articulación entre el derecho consuetudinario y el derecho positivo, es fundamental adoptar un enfoque inclusivo y participativo que reconozca la importancia de la interculturalidad. Una de las principales recomendaciones es fortalecer los mecanismos de consulta y participación de las comunidades indígenas en la formulación de políticas y leyes que afecten sus derechos. Como propone Ávila (2008), esto incluye la creación de espacios institucionales donde las comunidades indígenas puedan expresar sus preocupaciones y propuestas de manera efectiva.

Además, es necesario establecer protocolos claros de coordinación entre los sistemas de justicia indígena y estatal para evitar conflictos de competencia y asegurar que se respeten los derechos de todas las partes involucradas. Delgado (2015) sugiere que la capacitación en



interculturalidad para los funcionarios judiciales y el reconocimiento de la validez de las decisiones de la justicia indígena en el ámbito estatal son pasos esenciales para fortalecer la relación entre ambos sistemas.

Finalmente, se propone promover la educación intercultural tanto en las comunidades indígenas como en la sociedad en general. Vázquez (2017) argumenta que la sensibilización y el entendimiento mutuo son clave para superar los prejuicios y estereotipos que pueden dificultar el diálogo y la cooperación entre los diferentes actores. Esto contribuirá a construir un entorno de respeto y comprensión que beneficie a toda la sociedad.

### **9. Impacto Jurídico y Social:**

La positivización del derecho consuetudinario tiene un impacto significativo tanto en el ámbito jurídico como en el social. Jurídicamente, representa un avance hacia el reconocimiento de la diversidad cultural y la pluralidad jurídica, permitiendo que las comunidades indígenas ejerzan su derecho a la autodeterminación en el marco de un Estado constitucional. Esto refuerza la legitimidad de la justicia indígena y facilita su integración en el sistema legal nacional, como lo indica Gargarella (2015).

Socialmente, el reconocimiento del derecho consuetudinario contribuye a la preservación de las culturas indígenas y a la reafirmación de su identidad. Según Chisaguano (2006), este proceso promueve un sentido de pertenencia y empoderamiento en las comunidades, que ven sus tradiciones y prácticas no solo reconocidas, sino también valoradas. Sin embargo, también puede generar tensiones y resistencias si no se maneja con sensibilidad y respeto a la autonomía indígena, lo que subraya la necesidad de un enfoque equilibrado y dialogante. En conclusión, el impacto de la positivización del derecho consuetudinario es profundo y multifacético, y su éxito depende de la capacidad del Estado y las comunidades indígenas para trabajar juntos en la construcción de un marco legal y social que respete y promueva la diversidad y la equidad.

## **Discusión**

La positivización del derecho consuetudinario indígena en Ecuador, mientras representa un avance significativo en el reconocimiento de la pluralidad jurídica y cultural del país, también plantea desafíos complejos que requieren un análisis crítico de sus implicaciones y consecuencias. En particular, el impacto sobre la interculturalidad y la autonomía de las comunidades indígenas es un tema que merece una atención detallada. Según Ávila (2012), la integración del derecho consuetudinario en el marco legal estatal ha generado una serie de tensiones inherentes entre la necesidad de respetar las prácticas tradicionales y la obligación del Estado de garantizar los derechos humanos universales. Este proceso de positivización puede ser percibido como un acto de equilibrio delicado, donde la imposición de un marco



legal uniforme puede, inadvertidamente, socavar la diversidad cultural y los valores ancestrales de las comunidades indígenas.

Por otro lado, la interculturalidad, entendida como un proceso de diálogo y reconocimiento mutuo entre culturas, puede verse comprometida cuando las normas consuetudinarias son subsumidas bajo un sistema jurídico centralizado que no siempre comprende o respeta las particularidades culturales de las comunidades indígenas. López (2020) argumenta que la falta de un enfoque verdaderamente intercultural en la implementación de estas normas puede llevar a la desnaturalización de las prácticas indígenas y a la pérdida de su significado cultural. Fernández (2018) añade que, para que la interculturalidad se fortalezca, es esencial que las comunidades indígenas no solo sean consultadas, sino también que participen activamente en la creación y aplicación de políticas que afectan su sistema de justicia. Esto no solo garantizaría una mayor legitimidad del proceso, sino que también promovería un entendimiento más profundo y respetuoso de las tradiciones indígenas dentro del marco estatal.

La autonomía de las comunidades indígenas es otro aspecto crucial que se ve afectado por la positivización del derecho consuetudinario. La capacidad de las comunidades para autogobernarse y resolver sus conflictos internos de acuerdo con sus propias normas es un derecho fundamental que debe ser respetado. Sin embargo, como señala Martínez (2018), la intervención estatal en los asuntos internos de las comunidades puede llevar a una pérdida de control sobre sus propios procesos de justicia, minando la autoridad de los líderes tradicionales y creando una dependencia del sistema judicial estatal. Ramírez (2020) sugiere que la autonomía indígena debe ser protegida mediante la creación de marcos legales que reconozcan y respeten la jurisdicción de las autoridades indígenas sin interferencias externas. Esto podría implicar el desarrollo de protocolos claros para la resolución de conflictos jurisdiccionales y la creación de espacios institucionales donde las voces de las comunidades indígenas sean escuchadas y valoradas.

Para mejorar la articulación entre el derecho consuetudinario y el derecho positivo, es esencial adoptar un enfoque inclusivo y participativo que garantice la representación efectiva de las comunidades indígenas en los procesos de toma de decisiones. Torres (2012) propone que el establecimiento de comités de consulta y participación, compuestos por representantes indígenas y funcionarios del Estado, podría facilitar un diálogo continuo y constructivo. Además, Vázquez (2017) destaca la importancia de la educación intercultural como una herramienta para reducir los prejuicios y promover el respeto mutuo. La formación de funcionarios judiciales en materia de interculturalidad y derecho consuetudinario es fundamental para asegurar que las decisiones tomadas respeten las tradiciones y valores de las comunidades indígenas.

La positivización del derecho consuetudinario indígena en Ecuador presenta tanto oportunidades como desafíos significativos. Es crucial que el proceso de integración de estas



normas en el marco legal estatal se realice de manera que respete y fortalezca la interculturalidad y la autonomía de las comunidades indígenas. La creación de espacios de diálogo y participación efectiva, junto con la educación intercultural, son pasos fundamentales para garantizar que la pluralidad jurídica sea realmente inclusiva y respetuosa de todas las formas de vida y pensamiento. Como lo plantean Gargarella (2015) y Oliveira & Streck (2011), el éxito de este modelo depende de la capacidad del Estado y de las comunidades indígenas para trabajar juntos en la construcción de un sistema de justicia que refleje y respete la rica diversidad cultural de Ecuador.

## Conclusiones

### **Conclusión 1: Necesidad de un Equilibrio entre Autonomía y Derechos Humanos**

Es fundamental que el Estado ecuatoriano encuentre un equilibrio entre el respeto a la autonomía de las comunidades indígenas y la protección de los derechos humanos universales. La positivización del derecho consuetudinario no debe convertirse en un medio para imponer un marco legal uniforme que podría erosionar las tradiciones culturales y los sistemas de justicia indígenas. Como sugieren Ávila (2012) y Martínez (2018), es crucial desarrollar protocolos de cooperación y coordinación que permitan a las comunidades indígenas ejercer su jurisdicción sin que esto implique una violación de los derechos fundamentales.

### **Conclusión 2: Importancia del Diálogo Intercultural y la Participación Activa**

Para que la integración del derecho consuetudinario sea efectiva y respetuosa, es esencial fomentar un diálogo intercultural genuino y asegurar la participación activa de las comunidades indígenas en la formulación de políticas públicas. Los planteamientos de López (2020) y Fernández (2018) indican que la interculturalidad no debe ser un mero concepto simbólico, sino una práctica activa en la que las voces indígenas sean escuchadas y respetadas en la toma de decisiones. Esto promoverá un mayor entendimiento y respeto mutuo entre las distintas culturas, fortaleciendo así el tejido social y jurídico del país.

### **Conclusión 3: Educación Intercultural como Herramienta de Integración**

La educación intercultural se presenta como una herramienta indispensable para facilitar la integración del derecho consuetudinario en el sistema legal estatal. Como señalan Torres (2012) y Vázquez (2017), es imperativo que los funcionarios públicos y judiciales reciban formación en interculturalidad y derecho indígena, para que puedan comprender y aplicar las normas consuetudinarias de manera justa y respetuosa. La sensibilización sobre las diferencias culturales y la importancia de las tradiciones indígenas contribuirá a reducir conflictos y a fomentar un ambiente de respeto y cooperación entre los diferentes sistemas de justicia en Ecuador.



## Referencias bibliográficas

- Ávila , R. (2008). La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado. *Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia.*, 19-38.
- Ávila , R. (2012). En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos. *Revista Spondilus*, 16, 1-25.
- Delgado , A. (2015). *La Justicia Indígena en el Siglo XXI*. Universidad Técnica de Loja.
- Fernández, D. (2018). Derecho Indígena y Constitución. *Revista de Derecho Constitucional*.
- García, R. (2017). Autonomía Indígena y Justicia Plurinacional. *Revista Jurídica de Derecho Indígena*.
- Gargarella, R. (2015). El nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Estudios Sociales*, 48, 169-172.
- González, F. (2019). *Justicia Indígena y Estado de Derecho*. Universidad de Quito., Facultad de Derecho.
- Larrea, M. (2015). *Derecho Consuetudinario Indígena en Ecuador*. Editorial Jurídica.
- López, H. (2020). *Diálogo Intercultural y Derecho*. Editorial Universitaria.
- Martínez , C. (2018). *Conflictos y Tensiones en la Justicia Indígena*. Editorial Iberoamericana.
- Morales, S. (2019). *Etnografía y Derecho Consuetudinario*. Universidad de Cuenca.
- Oliveira, F., & Streck, L. (2011). Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: Una Aproximación Crítica. *Revista de Estudios Constitucionales.*, 19(2), 75-102.
- Ortiz, J. (2016). Experiencias Comparadas en Justicia Indígena. *Fondo de Cultura Económica*.
- Ramírez, V. (2020). Perspectivas sobre la Positivización del Derecho Consuetudinario. *Instituto de Estudios Interculturales*.
- Sánchez, J. (2014). Interculturalidad y Derecho en América Latina. *Fondo Editorial*.
- Torres, P. (2012). *Interculturalidad y Plurinacionalidad en Ecuador*. Instituto de Investigaciones Sociales.
- Vallejo, A. M., Burbano Vistín, S. P., & Ramos Ramos, G. C. (2024). Análisis de la justicia indígena como elemento fundamental del pluralismo. *Revista de Ciencias Jurídicas y Políticas*, 8(3), 2300-2317.
- Vázquez, M. (2017). *Autonomía y Derecho Consuetudinario*. Editorial Jurídica Andina.



**Conflicto de intereses:**

Los autores declaran que no existe conflicto de interés posible.

**Financiamiento:**

No existió asistencia financiera de partes externas al presente artículo.

**Nota:**

El artículo no es producto de una publicación anterior.

