Verdad y Derecho
Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Sociales
Vol. 5(especial7), 1-10, 2026
https://doi.org/10.62574/2bbd6d16

La costumbre como fuente fiable del derecho en el Ecuador

Custom as a reliable source of law in Ecuador

Evelyn Jazmín Acán-Inga
evelynai27@uniandes.edu.ec
Universidad Regional Autónoma de los Andes, Riobamba, Ecuador
https://orcid.org/0009-0007-7045-7566

Mayte Gissela Romero-Martínez
mayterm80@uniandes.edu.ec
Universidad Regional Autónoma de los Andes, Riobamba, Ecuador
https://orcid.org/0009-0006-8370-0265

Julio Juvenal Aldana-Zavala
ur.julioaz41@uniandes.edu.ec
Universidad Regional Autónoma de los Andes, Riobamba, Ecuador
https://orcid.org/0000-0002-7934-9103

RESUMEN

En el Ecuador, la costumbre adquiere relevancia en el derecho civil y mercantil y en los sistemas normativos indígenas reconocidos por la Constitución de 2008. Es así que el estudio se planteó como objetivo central analizar si la costumbre constituye una fuente fiable del derecho en el Ecuador. En este sentido se empleó un enfoque cualitativo, de tipo jurídico-documental, con análisis de contenido de 12 obras y artículos académicos y cinco instrumentos normativos. Entre los resultados se obtuvo que la costumbre tiene un papel secundario en el derecho estatal, limitado a los casos en que la ley se remite a ella, mientras que en la jurisdicción indígena opera como fuente principal con reconocimiento constitucional, aunque su prueba y su coordinación con la justicia ordinaria generan incertidumbre. Entre las conclusiones se estableció que su fiabilidad depende de criterios claros de prueba y de límites constitucionales.

Descriptores: derecho consuetudinario; fuentes del derecho; pluralismo jurídico; pueblos indígenas; identidad cultural. (Fuente: Tesauro UNESCO).

ABSTRACT

Custom is one of the oldest sources of law and, in Ecuador, it is relevant both in civil and commercial law and in the normative systems of indigenous peoples recognised by the 2008 Constitution. The study set out to analyse whether custom constitutes a reliable source of law in Ecuador. A qualitative, legal-documentary approach was used, with content analysis of 12 academic works and articles and five legal instruments. The results show that custom plays a secondary role in State law, limited to cases in which the law refers to it, while in indigenous jurisdiction it operates as a primary source with constitutional recognition, although its proof and coordination with ordinary justice generate uncertainty. It is concluded that its reliability depends on clear evidentiary criteria and constitutional limits.

Descriptors: customary law; sources of law; legal pluralism; indigenous peoples; cultural identity. (Source: UNESCO Thesaurus).

Recibido: 02/09/2026. Revisado: 23/09/2026. Aprobado: 14/10/2026. Publicado: 28/10/2026.

Sección artículos de investigación

INTRODUCCIÓN

La costumbre constituye una de las fuentes más antiguas del derecho, por cuanto antes de la existencia de leyes escritas las comunidades regularon su convivencia mediante prácticas reiteradas que sus miembros consideraban obligatorias. Con la consolidación del Estado moderno y la codificación del siglo XIX, la ley desplazó a la costumbre a un lugar subordinado, de allí que en la tradición jurídica ecuatoriana esta haya sido concebida como fuente secundaria, aplicable solo en los casos en que el legislador la admite.

Partiendo de lo expuesto, el Código Civil establece que la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella (Congreso Nacional, 2005, art. 2), y el Código de Comercio reconoce la costumbre mercantil como fuente supletoria cuando reúne los requisitos de uniformidad, publicidad y reiteración (Asamblea Nacional, 2019). Sin embargo, la Constitución de 2008 introdujo un cambio relevante al reconocer el derecho de los pueblos indígenas a crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario (Asamblea Constituyente, 2008, art. 57.10). Lo anterior supone que la costumbre ocupa posiciones distintas según el ámbito en que se aplique.

Por consiguiente, la relevancia del tema radica en que la coexistencia de estas posiciones plantea interrogantes sobre la fiabilidad de la costumbre, habida cuenta de que Díaz Ocampo y Antúnez Sánchez (2018) analizan la justicia indígena y el pluralismo jurídico en el constitucionalismo ecuatoriano, y Jiménez-Torres et al. (2021) examinan los casos en que se alega que el derecho consuetudinario vulnera principios constitucionales.

De ello se sigue la necesidad de evaluar en qué condiciones la costumbre ofrece seguridad jurídica.

Pero, ¿es la costumbre una fuente jurídica fiable del derecho en el Ecuador? A partir de lo planteado, la investigación tiene por objetivo central analizar si la costumbre constituye una fuente fiable del derecho en el Ecuador, con la finalidad de identificar los ámbitos en que opera, sus fortalezas y los problemas que plantea su aplicación.

Referencial teórico

En cuanto a la teoría de las fuentes, Kelsen (1982) explicó que la costumbre puede crear normas jurídicas cuando el orden jurídico la reconoce como hecho productor de derecho, mientras que Hart (1963) destacó que las reglas consuetudinarias adquieren validez jurídica cuando son aceptadas desde el punto de vista interno por la comunidad. En consonancia con ello, Bobbio (2002) distinguió entre la costumbre como fuente reconocida y como fuente delegada por el legislador. Esto implica que la fuerza de la costumbre depende de su relación con la norma de reconocimiento del sistema.

Desde la doctrina clásica, la costumbre se compone de un elemento material, la práctica reiterada y general, y de un elemento subjetivo, la convicción de obligatoriedad, y se clasifica según su relación con la ley en costumbre conforme a la ley, fuera de la ley y contra la ley. Al hilo de ello, el ordenamiento civil ecuatoriano solo admite la costumbre conforme a la ley, por cuanto exige una remisión legislativa expresa (Congreso Nacional, 2005). De allí se desprende que en el derecho estatal la costumbre carece de fuerza autónoma.

En función de lo planteado, el pluralismo jurídico ofrece un marco distinto, toda vez que Wolkmer y Rubio (2018) conciben la existencia de múltiples centros de producción jurídica dentro de un mismo territorio, y Martínez de Bringas (2013) analiza los sistemas normativos indígenas como expresión de derechos colectivos. Tal planteamiento revela que, en el ámbito indígena, la costumbre no es una fuente subordinada, sino el núcleo de un sistema jurídico propio.

Con base en lo expuesto, la literatura ha examinado el funcionamiento del derecho consuetudinario en comunidades concretas, ya que Nieves Loja (2015) describe el carácter reconstructivo de la justicia indígena en Chimborazo, Ortega y Luque (2023) discuten si en la comunidad de Tuntatacto se trata de un orden moral o jurídico, y Proaño-Tamayo et al. (2021) estudian su aplicación en la comunidad kichwa Otavalo. Por añadidura, García (2020) analiza la administración de justicia indígena desde su cosmovisión, y D'León Masís (2024) examina el derecho consuetudinario como base de los procesos autónomos en Nicaragua y América Latina.

Desde el derecho internacional, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (1989) obliga a los Estados a tomar debidamente en consideración las costumbres o el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas al aplicar la legislación nacional. Semejante estándar supone que la costumbre indígena tiene un respaldo normativo que trasciende el ordenamiento interno.

MÉTODO

La investigación se desarrolló con enfoque cualitativo, de tipo jurídico-documental, orientada a examinar la posición de la costumbre en el sistema

de fuentes del derecho ecuatoriano y las condiciones que determinan su fiabilidad.

En cuanto al corpus, se seleccionaron intencionalmente 12 obras y artículos académicos publicados entre 1963 y 2024 y cinco instrumentos normativos, esto es, la Constitución, el Código Civil, el Código de Comercio, el Código Orgánico de la Función Judicial y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Se excluyeron tesis, revistas incluidas en listados de calidad dudosa y documentos de procedencia no verificable, esto con la finalidad de sostener el análisis en fuentes confiables.

En este sentido se empleó el análisis de contenido por dimensiones, esto es, posición en el sistema de fuentes, requisitos de validez, prueba y límites, construyéndose categorías emergentes por inducción. Como limitación, el estudio no analiza decisiones concretas de autoridades indígenas ni sentencias civiles o mercantiles fundadas en la costumbre, por lo que sus conclusiones se apoyan en la literatura y en el marco normativo revisado.

RESULTADOS

El análisis permitió identificar la posición de la costumbre en los distintos ámbitos del ordenamiento ecuatoriano, tal como se presenta en la tabla 1.

Tabla 1. *Posición de la costumbre en el ordenamiento ecuatoriano.*

Ámbito	Base normativa	Posición de la costumbre
Derecho civil	Código Civil, art. 2	Fuente secundaria, solo por remisión legal.
Derecho mercantil	Código de Comercio	Fuente supletoria con requisitos de prueba.
Jurisdicción indígena	Constitución, arts. 57.10 y 171	Fuente principal del derecho propio.
Justicia ordinaria frente a indígenas	COFJ, art. 344 (Asamblea Nacional, 2009); Convenio 169	Criterio de interpretación intercultural.

Nota. Elaboración propia (2026) a partir del corpus analizado. COFJ: Código Orgánico de la Función Judicial.

De la tabla 1 se desprende que la costumbre ocupa posiciones muy distintas según el ámbito, empero en todos ellos su aplicación requiere un procedimiento de identificación y prueba, por cuanto, a diferencia de la ley escrita, su contenido no se encuentra publicado en un texto oficial. Esto indica que la fiabilidad de la costumbre depende de la manera en que se acredita su existencia y su alcance.

En función de lo anterior, los hallazgos se agruparon en categorías emergentes sobre la fiabilidad de la costumbre, tal como se observa en la tabla 2.

Tabla 2. *Categorías emergentes sobre la fiabilidad de la costumbre como fuente del derecho.*

Categoría	Definición	Fuentes
Subordinación en el derecho estatal	Validez dependiente de la remisión legislativa.	Kelsen (1982); Bobbio (2002)
Autonomía en el derecho indígena	Fuente principal con reconocimiento constitucional.	Martínez de Bringas (2013); Wolkmer y Rubio (2018)
Problema probatorio	Dificultad para acreditar la práctica y su obligatoriedad.	Hart (1963); García (2020)
Límites constitucionales	Respeto de los derechos humanos y de los derechos de las mujeres.	Jiménez-Torres et al. (2021); Díaz Ocampo y Antúnez Sánchez (2018)

Nota. Elaboración propia (2026).

En cuanto a la autonomía en el derecho indígena, los estudios coinciden en que la costumbre constituye el núcleo de los sistemas normativos comunitarios, de allí que Nieves Loja (2015) y Proaño-Tamayo et al. (2021) describan procedimientos, autoridades y sanciones que se transmiten de manera oral y se aplican con legitimidad en las comunidades, lo cual les otorga eficacia social aunque no estén escritos.

Por su parte, el problema probatorio aparece como el principal desafío para la fiabilidad, ya que la justicia ordinaria, al revisar decisiones indígenas o al aplicar la costumbre mercantil, necesita conocer su contenido mediante

peritajes antropológicos, testimonios o certificaciones (García, 2020). Semejante hallazgo supone que la fiabilidad de la costumbre no depende de su naturaleza, sino de la existencia de mecanismos idóneos para conocerla.

En lo que respecta a los límites constitucionales, los resultados indican que la costumbre indígena debe respetar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales (Asamblea Constituyente, 2008, art. 171), toda vez que Jiménez-Torres et al. (2021) examinan casos en que se cuestiona la compatibilidad de ciertas sanciones con estos derechos. De ello se sigue que la fiabilidad de la costumbre se vincula con su conformidad a los valores constitucionales.

DISCUSIÓN

Los resultados confirman que la costumbre ocupa en el Ecuador una posición dual, subordinada en el derecho estatal y principal en la jurisdicción indígena, en consonancia con lo planteado por Díaz Ocampo y Antúnez Sánchez (2018) y por Wolkmer y Rubio (2018). Sin embargo, el análisis permite precisar que esta dualidad no implica necesariamente falta de fiabilidad, sino la necesidad de criterios diferenciados para su aplicación.

En el plano teórico, la noción de aceptación interna de Hart (1963) permite comprender por qué la costumbre indígena tiene eficacia en las comunidades, aun sin estar codificada, mientras que la exigencia de remisión legal del Código Civil responde a la concepción kelseniana de la validez derivada (Kelsen, 1982). Esto invita a reflexionar sobre la conveniencia de que la justicia ordinaria valore la costumbre indígena desde su propia lógica y no desde los requisitos de la costumbre civil.

Comoquiera que la prueba de la costumbre constituye la principal fuente de incertidumbre, la incorporación de peritajes antropológicos y de

mecanismos de diálogo con las autoridades comunitarias en los procesos judiciales resulta indispensable. Es ingenuo pensar que la costumbre puede aplicarse con la misma certeza que una ley escrita; de ahí un reto intrínseco para los jueces, que consiste en conocerla mediante métodos interculturales que respeten su carácter oral y dinámico.

Otro aspecto que debe ser revisado es la compatibilidad con los derechos humanos, toda vez que la autonomía del derecho consuetudinario indígena tiene límites constitucionales que protegen, en particular, a mujeres, niñas y niños. A tenor de lo que plantea Martínez de Bringas (2013), el respeto de los sistemas normativos indígenas exige un diálogo intercultural que permita conciliar la autonomía comunitaria con los derechos individuales sin imponer una visión externa.

En virtud de lo abordado, la costumbre puede comprenderse como una fuente fiable del derecho en el Ecuador cuando se identifica, prueba y aplica conforme a criterios claros y dentro de los límites constitucionales. Como limitación, el estudio no analiza casos concretos, por lo que se recomienda que investigaciones futuras examinen sentencias que hayan aplicado la costumbre mercantil o revisado decisiones de la justicia indígena.

CONCLUSIONES

La costumbre ocupa en el ordenamiento ecuatoriano una posición dual, pues en el derecho civil y mercantil constituye una fuente secundaria que solo opera por remisión legal o de manera supletoria, mientras que en la jurisdicción indígena constituye la fuente principal del derecho propio, con reconocimiento constitucional e internacional.

Su fiabilidad se ve condicionada por la dificultad de probar su existencia y su contenido, por la necesidad de coordinarla con la justicia ordinaria y por

los límites que imponen los derechos humanos, en especial los de las mujeres, niñas y niños dentro de las comunidades.

En consecuencia, la costumbre puede considerarse una fuente fiable cuando existen criterios claros para su identificación y prueba, como los peritajes antropológicos y el diálogo con las autoridades comunitarias, y cuando su aplicación se ajusta a los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

FINANCIAMIENTO

No monetario.

CONFLICTO DE INTERÉS

No existe conflicto de interés con personas o instituciones ligadas a la investigación.

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Regional Autónoma de los Andes (UNIANDES), por el apoyo brindado al desarrollo de esta investigación.

REFERENCIAS

Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador* [Constitution of the Republic of Ecuador]. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Asamblea Nacional. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial* [Organic Code of the Judicial Function]. Registro Oficial Suplemento 544, 9 de marzo de 2009.

Asamblea Nacional. (2019). *Código de Comercio* [Commercial Code]. Registro Oficial Suplemento 497, 29 de mayo de 2019.

Bobbio, N. (2002). *Teoría general del derecho* [General theory of law] (2.ª ed.). Temis.

Congreso Nacional. (2005). *Código Civil* [Civil Code]. Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005.

Díaz Ocampo, E., y Antúnez Sánchez, A. (2018). El constitucionalismo en América Latina: La justicia indígena y el pluralismo jurídico en Ecuador [Constitutionalism in Latin

America: Indigenous justice and legal pluralism in Ecuador]. *Pensamiento Jurídico*, (47), 43–76.

D'León Masís, E. (2024). Breve acercamiento al derecho consuetudinario como base teórica de los procesos autónomos en Nicaragua y América Latina [A brief approach to customary law as the theoretical basis of autonomous processes in Nicaragua and Latin America]. *Wani*, (64), 5–11.

García, B. A. (2020). La administración de justicia indígena en Ecuador, un enfoque desde su cosmovisión [The administration of indigenous justice in Ecuador from its worldview]. *Revista Científica UISRAEL*, *7*(2), 57–74.

Hart, H. L. A. (1963). *El concepto de derecho* [The concept of law] (G. R. Carrió, Trad.). Abeledo-Perrot.

Jiménez-Torres, H. G., Viteri-Naranjo, B. del C., y Mosquera-Endara, M. del R. (2021). La justicia indígena y la violación de los principios contemplados en la Constitución del Ecuador [Indigenous justice and the violation of the principles enshrined in the Constitution of Ecuador]. *Revista Universidad y Sociedad*, *13*(2), 176–183.

Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho* [Pure theory of law] (R. J. Vernengo, Trad.). Universidad Nacional Autónoma de México.

Martínez de Bringas, A. (2013). Los sistemas normativos indígenas en el marco del pluralismo jurídico. Un análisis desde los derechos indígenas [Indigenous legal systems within legal pluralism]. *Revista de Derecho Político*, (86). https://doi.org/10.5944/rdp.86.2013.12140

Nieves Loja, G. M. (2015). El carácter reconstructivo de la justicia indígena, en Chimborazo: Perspectiva ética [The reconstructive character of Indigenous justice in Chimborazo]. *Aufklärung*, *2*(2), 79–102. https://doi.org/10.18012/arf.2016.25426

Organización Internacional del Trabajo. (1989). *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes* [Indigenous and Tribal Peoples Convention, No. 169]. OIT.

Ortega, T. M., y Luque, A. (2023). La justicia indígena en la comunidad de Tuntatacto (Ecuador): ¿Moral o derecho? [Indigenous justice in the community of Tuntatacto (Ecuador): Morality or law?]. *Revista Iuris*, *18*(1), 195–212. https://doi.org/10.18537/iuris.18.01.11

Proaño-Tamayo, D. S., Coka-Flores, D. F., y Lucero-Salcedo, V. H. (2021). Aplicación de la justicia indígena dentro de la comunidad Kichwa Otavalo [Application of indigenous justice within the Kichwa Otavalo community]. *Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores*, *9*(1), 00053. https://doi.org/10.46377/dilemas.v9i1.2888

Wolkmer, A. C., y Rubio, D. S. (2018). Pluralismo jurídico: Proyección de un marco de alteridad [Legal pluralism: Projection of a framework of alterity]. En *Pluralismo jurídico: Fundamentos de una nueva cultura del derecho* (pp. 141–240). Dykinson. https://doi.org/10.2307/j.ctv346q91.10

Derechos de autor: 2026 Por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)
https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/