UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO

FACULTAD DE DERECHO, POLÍTICA Y DESARROLLO

TÍTULO: LEGITIMACIÓN ACTIVA DE ABUELOS Y FAMILIARES PARA DEMANDAR LA TENENCIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO PREVIO A OPTAR EL GRADO DE ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA

NOMBRE DEL ESTUDIANTE:

IRMA DAYANNA CASTILLO LEY

NOMBRE DEL TUTOR:

AB. MARÍA PAULINA ANDRADE PACHECO

SAMBORONDÓN, OCTUBRE DEL 2025

INFORMACIÓN DEL AUTOR

Irma Dayanna Castillo Ley, Universidad de Espíritu Santo – Ecuador, Facultad de Derecho Edificio P, Universidad Espíritu Santo, Km. 2.5 Vía Puntilla Samborondón.

DEDICATORIA

Gracias a Dios por permitirme cumplir una meta más en mi vida, a mi papá Carlos Castillo por ser mi pilar de fortaleza y mi ejemplo a seguir, a mi mamá Irma Ley por su amor incondicional y sus sacrificios. Y a mi tío Harry, quien me ayudó con la herramienta para poder realizar mis clases.

ÍNDICE

Resumen **5**

Abstract **6**

Introducción **7**

1. Marco conceptual y normativo sobre la tenencia **8**

1.1. Concepto de tenencia y su diferencia con la patria potestad **8**

1.2. Regulación de la tenencia en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia **10**

1.3. Sujetos actualmente legitimados para demandar la tenencia de un menor **11**

2. Rol de los abuelos en la protección de niños, niñas y adolescentes **11**

2.1. Realidad social de la crianza por parte de abuelos y familiares **11**

2.2. Ausencia de legitimación procesal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano **13**

2.3. Riesgos legales y afectaciones prácticas en ausencia de reconocimiento al cuidador familiar **14**

3. Principios constitucionales e internacionales aplicables **16**

3.1. Interés superior del niño **16**

3.3. Jurisprudencia y análisis de casos relevantes **18**

4. Propuesta de reforma legal **18**

4.1. Incorporación de los abuelos como sujetos legitimados en el CONA **18**

4.2. Procedimiento sugerido para garantizar el interés superior del niño **19**

Conclusiones **21**

Recomendaciones **22**

Bibliografía **23**

Legislación **25**

Resumen

El presente trabajo examina la inexistencia de un marco normativo claro en el Ecuador respecto a la legitimación procesal de familiares distintos a los progenitores, como los abuelos y demás parientes directos para demandar la tenencia de niños, niñas y adolescentes. Actualmente, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CONA) reconoce únicamente a los padres como sujetos legitimados, lo que genera un vacío jurídico frente a contextos donde los abuelos asumen de facto la crianza por abandono, incapacidad o migración parental. Esta omisión produce consecuencias prácticas y jurídicas, como la imposibilidad de tomar decisiones sobre educación, salud o representación legal de los menores, y la desprotección económica al no poder exigir alimentos en nombre de estos. La investigación sostiene que esta limitación contradice los principios constitucionales e internacionales, en especial el interés superior del niño, y coloca en situación de vulnerabilidad tanto a los menores como a sus cuidadores. En consecuencia, el objetivo de la tesis es demostrar la necesidad de reformar el artículo 118 del CONA para incorporar expresamente a los abuelos y otros familiares directos como sujetos legitimados en prelación, garantizando así el acceso efectivo a la justicia y el respeto integral de los derechos de la niñez.

Palabras clave: Tenencia, abuelos, legitimación procesal, interés superior del niño, derechos, Ecuador.

Abstract

This research examines the absence of a clear legal framework in Ecuador regarding the procedural standing of relatives other than parents such as grandparents and close family members to request custody of children and adolescents. Currently, the Organic Code of Childhood and Adolescence (CONA) only recognize parents as legitimate parties, creating a legal vacuum in situations where grandparents assume de facto care due to parental abandonment, incapacity, or migration. This omission leads to significant practical and legal consequences, such as the inability to make decisions about the child's education, health, or legal representation, and the lack of economic protection by being unable to claim child support on their behalf. The study argues that this limitation contradicts both constitutional and international principles, particularly the best interests of the child, and places children and their caregivers in a vulnerable situation. Therefore, the aim of this thesis is to demonstrate the necessity of reforming Article 118 of the CONA to explicitly incorporate grandparents and close relatives as legitimate parties in order of precedence, ensuring effective access to justice and comprehensive protection of children's rights.

Keywords: Custody, grandparents, procedural standing, best interests of the child, rights, Ecuador.

Introducción

La familia constituye el pilar fundamental sobre el cual se estructura la sociedad, y su protección integral representa un compromiso prioritario para el Estado ecuatoriano. En virtud del artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador, se reconoce a la familia en sus diversos tipos, lo que implica el reconocimiento de estructuras familiares más allá del matrimonio tradicional, incluyendo uniones de hecho y aquellas constituidas por personas del mismo sexo.[1] Adicionalmente, este marco constitucional encuentra respaldo en instrumentos internacionales de Derechos Humanos, como la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, cuyo artículo 16.3 establece que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".[2] Del mismo modo, la *Convención sobre los Derechos del Niño* resalta, en su preámbulo, que la familia es el medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros y, por ende, debe recibir la protección y asistencia necesarias para cumplir cabalmente sus responsabilidades.[3]

No obstante, a pesar de este respaldo normativo, en la práctica jurídica ecuatoriana se advierten vacíos legales importantes que afectan el cumplimiento efectivo de estos principios. Uno de los más notorios es la inexistencia de un marco normativo claro respecto a la legitimación procesal de familiares distintos a los progenitores, como los abuelos y demás familiares directos, para demandar la tenencia de niños, niñas y adolescentes. En efecto, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CONA) mantiene una visión restringida de la tenencia, centrada en los padres biológicos, lo cual genera un modelo monoparental predominante. Esto, a su vez, reproduce estereotipos de género arraigados en la asignación tradicional de roles, donde la madre es concebida como cuidadora y el padre como

[1] Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Suplemento No. 449, 20 de octubre de 2008, art. 67.

[2] Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948, art. 16.3.

[3] Convención sobre los Derechos del Niño. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989, Preámbulo.

proveedor, afectando directamente los principios de igualdad y corresponsabilidad parental establecidos en la misma Constitución.[4]

Esta situación, además de perpetuar desigualdades estructurales, tiene consecuencias negativas para el desarrollo integral del menor. En muchos de estos contextos, los abuelos y otros familiares cercanos desempeñan un rol activo y protector frente a las necesidades del menor, asumiendo de facto funciones propias de la patria potestad. Sin embargo, la ausencia de reconocimiento expreso de su legitimación procesal limita su capacidad de actuación ante los órganos judiciales competentes. A este respecto, autores como Arenas (2021) advierten que la falta de regulación específica puede llevar a decisiones judiciales excesivamente legalistas, en las que se niega injustamente a los abuelos la posibilidad de obtener la custodia, aun cuando su intervención sea la opción más favorable para el niño.[5] En esta misma línea, Zapata (2023) sostiene que los vínculos de consanguinidad, por su fuerza natural y grado de afinidad, deben ser valorados jurídicamente como elementos legítimos de protección, especialmente en contextos donde los padres no pueden ejercer adecuadamente sus responsabilidades.[6]

1. Marco conceptual y normativo sobre la tenencia

1.1. Concepto de tenencia y su diferencia con la patria potestad

La tenencia constituye un punto angular dentro del Derecho de Familia, en tanto regula el ejercicio cotidiano de la custodia y el cuidado de los niños, niñas y adolescentes. Esta figura jurídica se enmarca en el conjunto de normas y principios orientados a garantizar el bienestar y desarrollo integral de los hijos, así como a salvaguardar el interés superior del menor, el respeto a los derechos parentales y la

[4] Constitución de la República del Ecuador, art. 11.
[5] ARENAS, B. La determinación de la tenencia a favor de los abuelos dentro del ordenamiento jurídico peruano: un análisis a partir de la jurisprudencia nacional. Arequipa: Universidad Católica de San Pablo, 2021.
[6] ZAPATA, A. Determinación de la despenalización del parricidio para la prevalencia de estándares cualitativos de la circunstancia agravante por abuso parental. Huacho: Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión, 2023. Disponible en: https://repositorio.unjfsc.edu.pe/handle/20.500.14067/8095

preservación del vínculo familiar. Es por esta razón que, para una correcta comprensión de la tenencia, es imprescindible distinguirla de la patria potestad.[7]

En términos generales, la patria potestad es la institución jurídica que otorga a los progenitores el conjunto de derechos y deberes sobre la persona y bienes de sus hijos menores de edad. Tradicionalmente, ha implicado autoridad parental sobre aspectos como la educación, salud, formación moral y dirección general de la vida del menor. En palabras de Tacsa,[8]la patria potestad representa la capacidad legal de ambos padres para velar por la salud, educación, bienestar, residencia, manutención y respeto de sus hijos, configurándose como un derecho-deber de ejercicio compartido, salvo situaciones especiales como el fallecimiento de uno de los padres o conflictos legales.

Históricamente, esta figura tiene sus raíces en el derecho romano, donde el *pater familias* detentaba un poder absoluto sobre su núcleo familiar, tanto en lo personal como en lo patrimonial. Es así como, Hermoza y Fernández explican que, en ese contexto, la patria potestad implicaba una autoridad omnímoda que incluía el control de los bienes y decisiones de vida de los hijos; es decir, si bien en la actualidad dicho poder ha sido reformulado en favor de un enfoque más equilibrado y centrado en el respeto de los derechos del niño, la patria potestad continúa siendo una institución fundamental en el entramado legal y social contemporáneo.[9]

Por otra parte, la tenencia se refiere de manera específica a la convivencia del menor con uno de sus progenitores o con un tercero, según lo determine la autoridad judicial competente; y aunque a menudo se asocia con el derecho de custodia, el término ha sido objeto de crítica doctrinal por su connotación posesiva. Como advierte Llanos, la palabra "tenencia" sugiere una forma de posesión,

[7] PEREZ BUSTAMANTE, Alicia Yovani. Diferencias procesales entre medidas de protección y cautelares de la Ley 30364 y su congruencia ante la tenencia y patria potestad. 2025. p. 28.
[8] TACSA TORRES, Liz Patricia. El interés superior del niño frente a la suspensión o pérdida de la patria potestad. p. 18.
[9] HERMOZA, Julio; FERNÁNDEZ, Luis. Suspensión de la patria potestad respecto. Revista Lex, 2019, nº 23, pp. 213–229. p. 216.

concepto inapropiado en el Derecho de Familia, ya que remite más a la propiedad de objetos físicos que al vínculo afectivo y jurídico entre padres e hijos.[10]

Desde una perspectiva doctrinaria más actual, se ha señalado que la tenencia constituye el derecho preferente que se atribuye a uno de los padres biológicos, tras la separación de hecho o legal, para asumir directamente el cuidado, atención y protección del hijo o hija, con base en una decisión judicial orientada al interés superior del menor.[11] En efecto, en los casos de disolución del vínculo parental, el juez debe determinar con cuál de los progenitores convivirá el menor, atendiendo a quién está en mejor capacidad de garantizar su desarrollo integral.[12] En este sentido, Chamorro y Marticorena (2023) destacan que la decisión sobre la tenencia debe considerar factores como la capacidad del progenitor para ofrecer un entorno seguro, su disposición para fomentar la relación del menor con el otro padre, y las necesidades emocionales y psicológicas del niño.[13]

1.2. Regulación de la tenencia en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia

El CONA regula la figura jurídica de la tenencia a partir del artículo 118, definiéndola como la convivencia del niño, niña o adolescente con uno de sus progenitores, cuando estos se encuentran separados, o con la persona a cuyo cargo haya sido confiado el menor mediante resolución judicial. Esta disposición establece que la tenencia puede ser atribuida de mutuo acuerdo entre los padres o, en caso de conflicto, por decisión judicial motivada, tomando como eje rector el principio del interés superior del niño, conforme lo establece el artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador y los tratados internacionales ratificados por el Estado[14], el cual se entiende como aquella directriz que exige que en toda decisión se priorice el desarrollo integral, bienestar y protección de los menores frente a cualquier otro interés, principalmente dentro de cada medida judicial o

[10] LLANOS, Brenda. La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida. Derecho & Sociedad, 2009, nº 32, pp. 191–197. p. 192.
[11] Ibid.
[12] Ibid.
[13] CHAMORRO, Carlos; MARTICORENA, Evelyn. La regulación del derecho al régimen de visitas para los padres afines en mérito al interés superior del niño. p. 39.
[14] Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008, art. 44.

administrativa para evitar su desprotección o trato desigual. Cabe señalar que este principio, por su relevancia, será analizado de forma más extensa en un apartado posterior. A su vez, el CONA establece expresamente que quiénes pueden ser considerados sujetos legitimados para solicitar dicha medida deberán ser los progenitores que ostente la patria potestad.[15]

1.3. Sujetos actualmente legitimados para demandar la tenencia de un menor

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la legitimación activa se entiende como la facultad procesal que tiene una persona para acudir ante los órganos jurisdiccionales en defensa de un derecho o interés jurídicamente protegido. Implica, en términos prácticos, la capacidad de actuar válidamente como parte dentro del proceso, de modo que sin esta no se puede iniciar ni sostener una acción judicial. Esta figura no está definida expresamente en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), pero se deduce de sus disposiciones generales relativas a los requisitos de la demanda y al análisis de admisibilidad por parte del juzgador, así como del principio de tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador, el cual reconoce a toda persona el derecho a acceder a la justicia y obtener protección imparcial, expedita y efectiva de sus derechos.[16] Aplicado al ámbito del Derecho de Familia, y específicamente a los procesos de tenencia, esta legitimación corresponde principalmente a los padres biológicos o adoptivos del niño, niña o adolescente, quienes pueden solicitar judicialmente la tenencia en casos de separación o desacuerdo sobre el régimen de convivencia, conforme al artículo 118 del CONA.

2. Rol de los abuelos en la protección de niños, niñas y adolescentes

2.1. Realidad social de la crianza por parte de abuelos y familiares

En la actualidad, las transformaciones sociales y familiares han reconfigurado las estructuras tradicionales de cuidado infantil, desplazando muchas veces la responsabilidad hacia otros miembros de la familia, especialmente los

[15] Ecuador. Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial No. 737, 3 de enero de 2003, arts. 118–120.
[16] ECUADOR. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Suplemento 449 de 20 de octubre de 2008, art. 75.

abuelos. [17] La progresiva inclusión de la mujer en espacios educativos y laborales extradomésticos, la migración de los padres, el abandono o la incapacidad parental han generado que los adultos mayores asuman, de hecho, las funciones de crianza, protección y acompañamiento. [18] Este fenómeno refleja una realidad social arraigada, en la que los adultos mayores asumen funciones de protección, acompañamiento y cuidado, muchas veces sin un reconocimiento legal expreso.[19] Esta realidad evidencia una contradicción: los abuelos cumplen todas las obligaciones propias de la tenencia, garantizando la estabilidad y bienestar del menor, pero carecen de los derechos jurídicos correspondientes para representarlos formalmente. Esto los coloca en una situación de desigualdad frente al rol que ejercen, pues asumen responsabilidades sin contar con el reconocimiento legal que respalde su labor como cuidadores principales.

Desde una perspectiva sociológica, Pierre Bourdieu conceptualiza la familia como un *campo doméstico*, es decir, un espacio social dinámico donde se reproducen relaciones de poder, vínculos afectivos y capital simbólico, y en el que los roles y funciones se redistribuyen según las necesidades del entorno. En este campo, la autoridad, la legitimidad y el cuidado no son fijos, sino que se negocian continuamente entre sus integrantes.[20] Así, la emergencia de familias extensas y diversas ha desdibujado los límites tradicionales entre la patria potestad formal y las responsabilidades efectivas de crianza. Los abuelos, en muchos casos, asumen la guarda de hecho de sus nietos, siendo los principales proveedores de cuidado, educación y protección emocional, especialmente cuando los progenitores están ausentes, incapacitados o simplemente desinteresados.[21]

Asimismo, Bourdieu propone la noción de la familia como *cuerpo social*, es decir, como una entidad colectiva que tiende a reproducirse cultural y

[17] GIDDENS, Anthony. 2003. La constitución de la sociedad. Bases para la teoría de la estructuración. Buenos Aires: Amorrortu.
[18] RENGIFO, Alba Lucía Marín; VALENCIA, María Cristina Palacio. La crianza y el cuidado en primera infancia: un escenario familiar de inclusión de los abuelos y las abuelas. Trabajo Social (Universidad Nacional de Colombia). p. 162.
[19] Ibid.
[20] BOURDIEU, Pierre. Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción. Barcelona: Editorial Anagrama, 2002. p. 126.
[21] RENGIFO, Alba Lucía Marín; VALENCIA, María Cristina Palacio. Ob. cit. p. 162.

socialmente a través de estrategias educativas, afectivas y económicas.[22] Desde esta óptica, la figura del abuelo no se limita a un acompañamiento afectivo, sino que desempeña un papel determinante en la socialización y en la transmisión de valores, hábitos y cuidado cotidiano. Esta tendencia ha sido ampliamente documentada en investigaciones recientes; por ejemplo, González Bernal identifica que el "abuelazgo" se inicia generalmente entre los 50 y 60 años, y que muchos abuelos participan activamente en la crianza de sus nietos durante décadas, incluso en lapsos superiores a treinta años.[23] Asimismo, Moreschi indica que la evidencia empírica nos revela que, en familias extensas, las abuelas son comúnmente reconocidas como figuras de cuidado principal, mientras que los abuelos tienden a asumir funciones lúdicas o de acompañamiento, lo cual también responde a estereotipos de género aún presentes en el ámbito familiar.[24]

No obstante, esta creciente participación también conlleva tensiones y dilemas emocionales; puesto que, en muchos casos los abuelos enfrentan sentimientos encontrados, combinando gratificación con sacrificio, culpa o resignación, especialmente cuando asumen el rol parental ante el incumplimiento de sus propios hijos. A ello se suman presiones sociales, religiosas e incluso legales respecto a la adecuación de sus métodos de crianza a los nuevos discursos sobre los derechos de los niños y adolescentes.[25]

2.2. Ausencia de legitimación procesal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la tenencia es una institución que forma parte de los derechos derivados de la relación parental, pero que debe distinguirse conceptualmente de la patria potestad. Mientras que esta última comprende un conjunto amplio de deberes y facultades legales, como la representación legal o la administración de bienes; la tenencia se refiere

[22] BOURDIEU, Pierre. Ob. cit. p. 133.
[23] BERNAL, Jerónimo González. Características de los abuelos del siglo XXI. International Journal of Developmental and Educational Psychology, 2007, vol. 1, no 2, p. 29-41.
[24] MORESCHI, Graciela. La importancia de los abuelos. 2009.
[25] RENGIFO, Alba Lucía Marín; VALENCIA, María Cristina Palacio. Ob. cit. p. 162.

específicamente a la convivencia física y el cuidado cotidiano del menor,[26] como lo regula el CONA a partir del artículo 118. Esta disposición establece que el juez podrá confiar la tenencia a uno de los progenitores, siguiendo las reglas del artículo 106 del mismo cuerpo legal, lo que demuestra que la legitimación activa está reconocida únicamente a los padres que ejercen la patria potestad,[27] sin prever la posibilidad de que otros familiares cercanos puedan iniciar el proceso.

En consecuencia, cuando un menor se encuentra bajo el cuidado de hecho de sus abuelos por la ausencia o incapacidad de sus padres, no existe en la legislación ecuatoriana una figura que les otorgue automáticamente legitimación activa para demandar la tenencia, salvo que en caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores se nombrará un tutor de acuerdo con las reglas generales, tal como lo menciona el artículo 106 del CONA. A su vez, tal como señala Zamora Valladares, la patria potestad requiere un vínculo de filiación formal, y la tenencia, al derivarse usualmente de aquella, queda limitada a quienes ostenten dicho vínculo y la capacidad jurídica para ejercerlo.[28]

2.3. Riesgos legales y afectaciones prácticas en ausencia de reconocimiento al cuidador familiar

La ausencia de un marco normativo claro que reconozca la situación de los cuidadores familiares, como los abuelos, genera efectos concretos y preocupantes en el ejercicio de derechos fundamentales del menor. En la práctica, esta omisión priva a quienes se encargan cotidianamente de la crianza del niño o niña del acceso a decisiones esenciales sobre su salud, educación o seguridad, al tiempo que impide que actúen válidamente en su nombre ante instituciones públicas o privadas.[29] Por otro lado, la jurisprudencia ecuatoriana y los estudios doctrinarios han advertido sobre una realidad creciente: numerosos abuelos, en contextos de abandono

[26] VARSI ROSPIGLIOSI, Fernando. Tratado de Derecho de Familia. Lima: Palestra Editores, 2011.
[27] Ibid.
[28] ZAMORA VALLADARES, Diomedes Marco Antonio. Análisis del proceso de tenencia, respecto de los criterios técnicos jurídicos orientados por el síndrome de alienación parental y el interés superior del niño y adolescente, en base al expediente N° 190-2009-1° JF. 2018. p. 26.
[29] CALLE MALDONADO, Diana Elizabeth; GUAMÁN GUAMÁN, Katerine Nohemi. La influencia de los abuelos en la crianza de los niños. 2022, p. 22.

parental, violencia intrafamiliar o maternidad adolescente, asumen la crianza de sus nietos como único recurso para garantizar su bienestar. Sin embargo, al no estar reconocidos jurídicamente como tenedores legales, carecen de capacidad para representar al menor ante los centros de salud, unidades educativas u otras entidades del Estado, lo cual los coloca en una situación de vacío jurídico que termina por reproducir, institucionalmente, la desprotección del niño o niña, afectando su derecho al desarrollo integral.[30]

Desde una perspectiva funcional, se hace evidente la necesidad de repensar la institución de la tenencia, orientándola no únicamente por el criterio formal de filiación biológica o patria potestad, sino por el ejercicio real y efectivo del cuidado cotidiano del menor. La doctrina familiar ha sostenido que existen múltiples casos en los cuales la relación paternofilial no puede cumplirse bajo los cánones tradicionales de convivencia, dando lugar a contextos que se definen como "situación irregular del menor". Esta expresión hace referencia a niños y niñas privados de la protección social y jurídica necesaria, quienes, por tanto, se ven imposibilitados de ejercer sus derechos de forma efectiva, a pesar de que existan personas cercanas que han asumido ese rol con responsabilidad.[31]

Además, esta falta de reconocimiento tiene consecuencias prácticas y económicas especialmente graves para los abuelos o familiares que asumen la crianza. En Ecuador, el artículo 6 del CONA establece que el representante legal del menor está facultado para solicitar pensión alimenticia, lo que excluye de facto a los cuidadores que no ostenten la representación legal correspondiente.[32] Esto implica que el sostenimiento del niño o niña recaiga completamente en el cuidador, muchas veces una persona mayor, con ingresos limitados o problemas de salud, generando una carga desproporcionada y, en muchos casos, insostenible.

[30] Ibid.
[31] GUAMÁN, Iliana. Legitimación procesal a los abuelos y familiares para demandar tenencia de los niños, niñas y adolescentes. Loja: Universidad Nacional de Loja, 2023. p. 52
[32] Artículo 6 del CONA.

3. Principios constitucionales e internacionales aplicables

3.1. Interés superior del niño

El principio del interés superior del niño (ISN) constituye una directriz fundamental en el derecho ecuatoriano, consagrado expresamente en el artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador y en el artículo 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, así como en tratados internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. [33] Desde esta óptica, toda decisión que afecte a niños, niñas y adolescentes debe priorizar su desarrollo integral, bienestar y dignidad, por encima de cualquier otro interés. Así, se refuerza la necesidad de adoptar una concepción funcional de la tenencia, que valore el vínculo afectivo, la estabilidad y el rol protector del cuidador cotidiano, incluso cuando no media una relación parental directa o un reconocimiento legal de la patria potestad.[34]

La omisión normativa de la legitimación activa de otros familiares también conlleva consecuencias discriminatorias, al excluir del sistema legal a quienes, sin tener filiación formal, cumplen un rol esencial en la vida del menor. Como señala Rodríguez Sánchez, este enfoque formalista genera un trato desigual hacia cuidadores familiares, vulnerando el principio de igualdad y no discriminación consagrada en el artículo 11 de la Constitución.[35] En concordancia, autores como Alston destacan que el ISN debe ser aplicado de forma armónica con los estándares internacionales en materia de derechos humanos, como la Convención sobre los Derechos del Niño.[36] A su vez, Aiken y La Rooy subrayan que las decisiones sobre tenencia deben considerar la idoneidad emocional, educativa y ambiental del entorno en el que vive el niño, más allá del vínculo jurídico.[37] Asimismo, Lansdown

[33] Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 44; Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Registro Oficial Suplemento 737 de 03-01-2003, art. 11.

[34] Garcés, C., El interés superior de los niños, niñas y adolescentes en el Perú. El camino hacia el real conocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derecho, Maestría en Derechos Humanos, 2021, p. 243.

[35] Rodríguez Sánchez, citado por Rivera, K., La afectación del Principio Superior del Niño a partir de la presunción. Pater is est, Derecho y Sociedad, 2018.

[36] Alston, P., International Human Rights, Oxford University Press, 2021.

[37] Aiken, L., y La Rooy, D., Child custody and the best interests of the child: A socio-legal analysis, Child and Family Law Quarterly, vol. 34, n.º 1, 2022, pp. 45-68.

resalta que escuchar y valorar la voz del niño en función de su edad y madurez es parte esencial de este principio.[38]

Desde una interpretación doctrinaria, el principio del ISN tiene un triple contenido: como derecho sustantivo, como principio interpretativo y como norma de procedimiento. Según la Observación General N.º 14 del Comité de los Derechos del Niño, este principio obliga a que toda medida o decisión que afecte a un menor considere como prioridad su bienestar presente y futuro.[39] De hecho, como afirma Garrido (citado por Garcés), la noción del ISN busca maximizar los derechos fundamentales del menor y garantizar su participación activa en la vida familiar y social.[40] En la misma línea, Plácido Vilcachagua define este principio como la guía para determinar, en cada caso concreto, cuál es la opción que mejor asegura condiciones adecuadas para la vida del menor, priorizando el equilibrio afectivo, la estabilidad y sus preferencias.[41]

Finalmente, la doctrina reconoce que este principio cumple funciones garantistas al imponer una obligación positiva tanto al Estado como a las entidades públicas y privadas de asegurar la protección integral de los niños, niñas y adolescentes. Como señala Ameghino, el ISN impone el deber de satisfacer de forma efectiva todos los derechos establecidos en la Convención, siendo un parámetro obligatorio de actuación para los operadores jurídicos, especialmente en decisiones de tenencia, guarda o representación legal.[42] Por tanto, el reconocimiento legal del cuidador principal, aun cuando no sea padre biológico, es un imperativo para garantizar el respeto pleno al interés superior del niño, evitando que formalismos jurídicos perpetúen situaciones de desprotección.

---

[38] Lansdown, G., The Evolving Capacities of the Child: Insights from the UN Committee on the Rights of the Child, Springer, 2023.

[39] UNICEF, Observación General N.º 14 del Comité de los Derechos del Niño: Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, 2013.

[40] Garrido, citado en Garcés, C., op. cit., p. 243.

[41] Plácido Vilcachagua, A., Manual de Derecho de Familia, Lima: Gaceta Jurídica, 2002.

[42] Ameghino, C., El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y funciones normativas del interés superior del niño, Universidad Señor de Sipán, s.f., disponible en: http://www.uss.edu.pe/uss/RevistasVirtuales/ssias/ssias2/pdf/AmeghinoBautistaCarmenZoraida.pdf.

3.3. Jurisprudencia y análisis de casos relevantes

En la Sentencia No. 239-17-EP/22, la Corte Constitucional del Ecuador resolvió una acción extraordinaria de protección interpuesta por una ciudadana que ejercía el rol de cuidadora de su nieto, luego de que se le negara la legitimación procesal para demandar judicialmente la tenencia del menor al considerar que la normativa vigente, en particular el artículo 118 del CONA, establece que la legitimación activa para iniciar procesos de tenencia corresponde únicamente a los progenitores, y que cualquier excepción debe ser expresamente contemplada por el legislador. La accionante alegó que el niño vivía bajo su cuidado desde su nacimiento, debido al abandono por parte de los progenitores, y que la negativa judicial a reconocer su interés en la causa vulneraba derechos fundamentales tanto del menor como de ella como cuidadora. Frente a esto, la Corte analizó si la interpretación formal del requisito de legitimación activa para demandar la tenencia vulneraba el principio del interés superior del niño, reconocido en el artículo 44 de la Constitución.[43]

En su análisis jurídico, la Corte Constitucional enfatizó que los derechos de los niños, niñas y adolescentes deben ser garantizados prioritariamente y que el principio del interés superior del niño debe prevalecer sobre cualquier formalismo legal. Si bien el CONA no contempla expresamente a los abuelos o familiares extensos como sujetos con legitimación activa para iniciar procesos de tenencia, la Corte concluyó que, en casos excepcionales en los que los padres han incumplido gravemente sus deberes parentales y los abuelos han asumido efectivamente el cuidado del menor, se puede habilitar su intervención procesal.[44]

4. Propuesta de reforma legal

4.1. Incorporación de los abuelos como sujetos legitimados en el CONA

El marco normativo ecuatoriano vigente establece las reglas para determinar la tenencia de niños, niñas y adolescentes y los procedimientos judiciales relacionados con su cuidado; no obstante, dicho cuerpo legal no contempla

[43] Sentencia de la Corte Constitucional [SCC], 23 de noviembre de 2022 (239-17-EP/22, ponente: Teresa Nuques Martínez).
[44] Ibid.

expresamente a los abuelos o familiares externos como sujetos con legitimación activa para solicitar judicialmente la tenencia de un menor, incluso en aquellos casos donde son ellos quienes ejercen la crianza de manera permanente ante la ausencia o incapacidad de los progenitores. Esta omisión crea un vacío legal que contradice las exigencias derivadas del principio del interés superior del niño, consagrado en el artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador y en el artículo 11 del propio CONA.

En la práctica, cuando los padres no están presentes, se rompe la estructura formal sobre la cual se sostiene la patria potestad, es decir, existen múltiples situaciones en que las condiciones para su ejercicio no se cumplen; por ejemplo, abandono, negligencia o migración parental, lo cual coloca a los menores en lo que se describe como una situación irregular. Esto se traduce en un estado de carencia de protección social y jurídica, que impide el pleno ejercicio de los derechos que les son reconocidos por la ley; y que lejos de ser algo excepcional, se ha vuelto cada vez más frecuente en contextos de crisis económica, desestructuración familiar o migración internacional, donde los abuelos son quienes asumen, de facto, el cuidado y la protección integral del menor.

4.2. Procedimiento sugerido para garantizar el interés superior del niño

El CONA regula en sus artículos 106 y 118 la figura de la tenencia, vinculada al cuidado y crianza de niños, niñas y adolescentes. El artículo 118, en su redacción vigente, dispone:

> *"Art. 118.- Procedencia. Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106."*[45]

Por su parte, el artículo 106 establece las reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad, destacando en su numeral 6 que:

[45] Artículo 118 del CONA.

> *"En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales."*[46]

De ambos artículos se evidencia que la tenencia está diseñada para ser atribuida prioritariamente a uno de los progenitores, y que, en caso de ausencia o inhabilidad de estos, la normativa se remite a la designación de un tutor, siguiendo el régimen general de tutela. Esta previsión resulta insuficiente, ya que desconoce la realidad social en la que, en muchos casos, los abuelos u otros familiares cercanos asumen de facto la crianza del menor. Por lo anterior, se propone una reforma legislativa al artículo 118 del CONA, incorporando de forma expresa a los abuelos y familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad como sujetos legitimados para solicitar judicialmente la tenencia en casos de ausencia, impedimento o inhabilidad de los padres. La elección de este rango de parentesco responde al criterio de prelación familiar reconocido en el Derecho Civil, específicamente en el artículo 22 del Código Civil ecuatoriano[47], que privilegia a los parientes más cercanos en orden de consanguinidad para ejercer deberes y responsabilidades respecto de los menores. De esta manera, se asegura que quienes tienen un vínculo afectivo y jurídico fuerte con el niño, niña o adolescente puedan intervenir en su protección, evitando la designación de tutores externos sin lazos familiares.

La disposición podría reformularse de la siguiente manera:

> ***"Propuesta de reforma al Art. 118.- Procedencia.*** *Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.*
> *En caso de ausencia, impedimento o inhabilidad de ambos progenitores, podrán solicitar la tenencia los abuelos u otros parientes dentro del cuarto*

[46] Artículo 106 del CONA.
[47] Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005. Última reforma: Registro Oficial Suplemento 137 de 15 de diciembre de 2023. Artículo 22.

> *grado de consanguinidad o segundo de afinidad que tengan al menor bajo su cuidado efectivo, siempre que dicha medida sea coherente con el principio del interés superior del niño, niña o adolescente."*

Conclusiones

En primer lugar, el análisis normativo y doctrinario evidencia que la distinción entre patria potestad y tenencia resulta esencial para comprender las limitaciones actuales del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Mientras la patria potestad comprende un conjunto amplio de derechos y deberes parentales, la tenencia se refiere de manera específica al cuidado y convivencia diaria con el menor. Sin embargo, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia mantiene una regulación centrada en los progenitores como titulares de la tenencia, dejando en un plano residual y poco definido la posibilidad de que terceros, incluidos los abuelos, puedan ejercerla.

En segundo lugar, la realidad social ecuatoriana demuestra que los abuelos desempeñan un papel determinante en la protección, educación y cuidado de los niños, niñas y adolescentes, especialmente en situaciones de abandono, negligencia, violencia intrafamiliar o migración de los padres. Este rol, aunque reiteradamente documentado por la sociología y reconocido en la práctica judicial, carece de un reconocimiento legislativo expreso que les otorgue legitimación procesal para demandar la tenencia. La consecuencia directa de este vacío es que los menores bajo su cuidado permanecen en una situación de vulnerabilidad jurídica, sin la debida representación legal para acceder de manera efectiva a derechos esenciales como la salud, la educación o la protección frente a riesgos.

En tercer lugar, el principio del interés superior del niño, reconocido en la Constitución y en tratados internacionales, impone a jueces y legisladores la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el bienestar integral de los menores, priorizando este objetivo por encima de formalismos procesales. La jurisprudencia constitucional, especialmente a través de la Sentencia No. 239-17-EP/22, ha establecido que en casos excepcionales es posible habilitar la participación procesal de los abuelos cuando su intervención se orienta a proteger

al menor. No obstante, esta habilitación excepcional no sustituye la necesidad de una reforma legal que incorpore de manera clara y directa su legitimación activa, evitando depender únicamente de interpretaciones judiciales que pueden variar según el caso.

Finalmente, la propuesta de reforma al artículo 118 del CONA constituye una respuesta concreta y coherente a esta problemática. Al incluir expresamente a los abuelos y familiares cercanos como sujetos legitimados para solicitar la tenencia en ausencia o inhabilidad de los padres, se adecuaría el marco legal a la realidad sociofamiliar del país, se reforzaría la protección integral de los menores y se cumpliría con el mandato constitucional e internacional de garantizar el interés superior del niño.

Recomendaciones

Se recomienda que el legislador incorpore, mediante reforma expresa al artículo 118 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, la legitimación procesal de los abuelos y demás familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad para solicitar judicialmente la tenencia en casos de ausencia, impedimento o inhabilidad de los progenitores. Esta reforma debe redactarse de manera clara y taxativa, estableciendo que podrá presentarse siempre que el menor se encuentre bajo el cuidado efectivo del solicitante y que dicha medida sea evaluada conforme al principio del interés superior del niño, niña o adolescente. Esta modificación legislativa se deberá tramitar mediante proyecto de ley presentado en la Asamblea Nacional, previo dictamen favorable de constitucionalidad y consulta a entidades especializadas en niñez y adolescencia, garantizando así que la nueva disposición se armonice con la Constitución y con los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador.

Bibliografía

1. AIKEN, L. y LA ROOY, D. Child custody and the best interests of the child: A socio-legal analysis. Child and Family Law Quarterly, vol. 34, n.º 1, 2022, pp. 45-68.
2. AMEGHINO, Carmen Zoraida. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y funciones normativas del interés superior del niño. Chiclayo: Universidad Señor de Sipán, s.f. Recuperado de http://www.uss.edu.pe/uss/RevistasVirtuales/ssias/ssias2/pdf/AmeghinoBautistaCarmenZoraida.pdf (Consulta: 01 agosto del 2025).
3. ALSTON, Philip. International Human Rights. Oxford: Oxford University Press, 2021.
4. ARENAS, B., 2021. La determinación de la tenencia a favor de los abuelos dentro del ordenamiento jurídico peruano: un análisis a partir de la jurisprudencia nacional. Arequipa: Universidad Católica de San Pablo.
5. BERNAL, Jerónimo González. Características de los abuelos del siglo XXI. International Journal of Developmental and Educational Psychology, 2007, vol. 1, no 2, p. 29-41.
6. BOURDIEU, Pierre. Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción. Barcelona: Editorial Anagrama, 2002, pp. 126–138.
7. CALLE MALDONADO, Diana Elizabeth; GUAMÁN GUAMÁN, Katerine Nohemi. La influencia de los abuelos en la crianza de los niños. 2022.
8. CHAMORRO, Carlos; MARTICORENA, Evelyn. La regulación del derecho al régimen de visitas para los padres afines en mérito al interés superior del niño. Huancayo: Universidad Peruana Los Andes, 2023. Recuperado de https://repositorio.upla.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12848/6176/T037_

62337205_70021929_T.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Consulta: 24 jul. 2025).

9. GARCES, Carmen. El interés superior de los niños, niñas y adolescentes en el Perú. El camino hacia el real conocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2021.
10. GIDDENS, Anthony. 2003. La constitución de la sociedad. Bases para la teoría de la estructuración. Buenos Aires: Amorrortu.
11. GUAMÁN, Iliana. Legitimación procesal a los abuelos y familiares para demandar tenencia de los niños, niñas y adolescentes. Loja: Universidad Nacional de Loja, 2023.
12. HERMOZA, Julio; FERNÁNDEZ, Luis. Suspensión de la patria potestad respecto. Revista Lex, 2019, nº 23, pp. 213–229. Recuperado de https://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/1677/1819 (Consulta: 24 jul. 2025).
13. LANSDOWN, Gerison. The Evolving Capacities of the Child: Insights from the UN Committee on the Rights of the Child. Springer, 2023.
14. LLANOS, Brenda. La tenencia como atributo de la patria potestad y tenencia compartida. Derecho & Sociedad, 2009, nº 32, pp. 191–197. Recuperado de https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17425 (Consulta: 24 jul. 2025).
15. MORESCHI, Graciela. La importancia de los abuelos. 2009. Recuperado de www.Gracielamoreschi.com.ar/la-importancia-de-los-abuelos. (Consulta: 28 jul. 2025).
16. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Augusto. Manual de Derecho de Familia. Lima: Gaceta Jurídica, 2002.
17. PEREZ BUSTAMANTE, Alicia Yovani. Diferencias procesales entre medidas de protección y cautelares de la Ley 30364 y su congruencia ante la tenencia y patria potestad. 2025.

18. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Belén, citado en RIVERA, Katherine. La afectación del Principio Superior del Niño a partir de la presunción pater is est. Revista Derecho y Sociedad, 2018.
19. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Augusto. Manual de Derecho de Familia. Lima: Gaceta Jurídica, 2002.
20. PEREZ BUSTAMANTE, Alicia Yovani. Diferencias procesales entre medidas de protección y cautelares de la Ley 30364 y su congruencia ante la tenencia y patria potestad. 2025.
21. TACSA TORRES, Liz Patricia. El interés superior del niño frente a la suspensión o pérdida de la patria potestad. 2021.
22. UNICEF. Observación General N.º 14 del Comité de los Derechos del Niño: Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Ginebra: Naciones Unidas, 2013.
23. VARSI ROSPIGLIOSI, Fernando. Tratado de Derecho de Familia. Lima: Palestra Editores, 2011.
24. ZAMORA VALLADARES, Diomedes Marco Antonio. Análisis del proceso de tenencia, respecto de los criterios técnicos jurídicos orientados por el síndrome de alienación parental y el interés superior del niño y adolescente, en base al expediente N° 190-2009-1° JF. 2018.
25. ZAPATA, A., 2023. Determinación de la despenalización del parricidio para la prevalencia de estándares cualitativos de la circunstancia agravante por abuso parental. Huacho: Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión. Recuperado de https://repositorio.unjfsc.edu.pe/handle/20.500.14067/8095. (Consulta: 24 jul. 2025).

Legislación

1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Registro Oficial Suplemento No. 449, 20 de octubre de 2008.
2. CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Registro Oficial No. 737, 3 de enero de 2003.
3. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.
4. CÓDIGO CIVIL. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005. Última reforma: Registro Oficial Suplemento 137 de 15 de diciembre de 2023.
5. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948.
6. Sentencia de la Corte Constitucional [SCC], 23 de noviembre de 2022 (239-17-EP/22, ponente: Teresa Nuques Martínez).