**N° 1**

Sesión ordinaria de Corte Plena celebrada a las trece horas treinta minutos del dos de enero de mil novecientos ochenta y cuatro, con asistencia de los Magistrados Odio, Presidente; Coto, Arroyo, Cervantes, Vallejo, Chacón, Arias, Blanco, Fernández, Cob, Sotela, Valverde, Benavides, Villalobos, Saborío y Mora.

**Artículo II**

La señora Gabriela Mora Mesén, abuela del mayor Javier Bolívar Torres Hernández, en escrito fechado el 26 de diciembre último, planteó un recurso de Hábeas Corpus en favor del dicho mayor, en que alega que su nieto se encuentra restringido ilegítimamente para salir del país rumbo a los Estados Unidos de América, donde residirá junto a su madre Marjorie Hernández Mora, de quien dice ha legalizado la situación de su hijo en aquel país como residente, hallándose ya matriculado en un centro de estudios, al que no puede asistir por la restricción que tiene para viajar. Dice la recurrente que el señor Bienvenido Bolívar Torres, ecuatoriano, padre del menor, no tiene derecho para impedir la salida del país a su nieto, pues se trata de un hijo extramatrimonial, nacido con posterioridad a la ley que concede únicamente a la madre el ejercicio de la patria potestad, agrega que el actor Bolívar Torres debió previamente solicitar en juicio ordinario se le permitiera compartir junto con la madre el ejercicio de la patria potestad, pero que es el caso que ni siquiera ayuda económicamente a su alimentación la cual ha eludido. Sigue diciendo la recurrente que el único deseo del señor Bolívar Torres es perjudicar a la madre del menor, pues inicia juicios y no los prosigue, que en el Juzgado Primero de Familia fue declarado desierto uno similar al que ahora se tramita en el Juzgado Segundo, autoridad esta última que ha dictado el impedimento de salida, asunto en el cual tampoco ha proseguido la acción, por lo que considera que su nieto ha sido ilegalmente privado de su libertad al no contar el actor con la patria potestad para impedirle la salida del país. Para ello la recurrente se fundamenta en las disposiciones de la Constitución Política artículo 48 y en la Ley de Hábeas Corpus.

Solicitado que fue el informe de ley, el doctor Manuel Amador Hernández, Juez Segundo de Familia de San José, lo rindió en los siguientes términos: Que el veinticinco de marzo del año recién pasado, se presentó en el Juzgado a su cargo una demanda ordinaria promovida por Bienvenido Bolívar Torres González contra Marjorie Hernández Mora; que en esa demanda el actor solicitó que se suspendiera a la accionada en el ejercicio de la guarda, crianza y educación del menor, hijo de ambos, Javier Bolívar Torres Hernández y que el ejercicio de tales atributos le fuera otorgado a él; que como trámite previo, el padre solicitó impedir la salida del país de dicho menor, a lo cual la Actuario titular de ese Juzgado accedió en resolución de las 11:00 horas del 7 de abril siguiente; que dicha resolución no indica los motivos ni los fundamentos legales que dan origen a lo que en ella se dispone, pero que, sin embargo, ha de manifestar que responde a una tesis reiterada de los Juzgados de Familia, en el sentido de acceder a las solicitudes de los interesados para que se impida la salida de menores del país, mientras no se dilucide adecuadamente, en caso de conflicto, lo concerniente a su patria potestad o a su guarda, crianza y educación. Informa además el señor Juez, que si bien no existe una norma que expresamente contemple ese trámite, la fundamentación jurídica proviene de un razonamiento según el cual, si de conformidad con el inciso k, del artículo 6 de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, esa Institución y el Ministerio del Interior se encuentran autorizados para impedir la salida de un menor cuando no se cumplen ciertas formalidades o en caso de conflicto entre los padres, con igual razón debe entenderse que lo están los tribunales, porque, en definitiva, de lo que se trata es de proteger a los menores y velar por sus intereses, misión imperativa de los Tribunales, según el tenor del artículo 2º del Código de Familia y los principios generales que orientan la materia.

Se tuvo a la vista el expediente del juicio ordinario respectivo, en cuya demanda el actor Bienvenido Bolívar Torres González pide que en sentencia se le conceda la guarda, crianza y educación del menor, en virtud del incumplimiento de sus deberes materno-filiales de la demandada señora Marjorie Hernández Mora. En esa misma demanda solicitó, como trámite urgente, que se impidiera la salida del país del menor, a lo cual accedió el Juzgado por resolución de las once horas del siete de abril del año pasado (1983). El expediente permaneció inactivo, y el apoderado de la demandada, licenciado José Roberto Figueroa Osorio, pidió la deserción del juicio, la cual fue declarada por el Juzgado en resolución de las siete horas y treinta minutos del ocho de noviembre del mismo año. Según informes obtenidos por la Secretaría de esta Corte en el Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, ese Tribunal al conocer en alzada de la resolución antes dicha, la revocó y declaró sin lugar la deserción.

**-o-**

Previa deliberación, se resolvió: Declarar con lugar el Hábeas Corpus y, en consecuencia, cancelar el impedimento de salida del menor Javier Bolívar Torres Hernández, de acuerdo con el artículo 22 de la Constitución Política y el artículo 10 de la Ley de Hábeas Corpus.

Así se dispuso con el voto de los Magistrados Coto, Cervantes, Vallejo, Chacón, Arias, Blanco, Fernández, Cob, Carvajal, Sotela, Valverde, Benavides, Villalobos, Saborío y Mora, por las siguientes razones:

El artículo 136 del Código de Familia dispone que “El padre y la madre ejercen, con iguales derechos y deberes, la patria potestad sobre los hijos habidos en el matrimonio. En caso de conflicto predominará lo que decida el padre, mientras el Tribunal, en procedimiento sumario, no resuelva cosa distinta, tomando en cuenta el interés del menor”.

El citado artículo 138 se refiere a los casos de patria potestad conjunta, respecto de hijos habidos en el matrimonio; y resulta aplicable cuando tal ejercicio corresponde a ambos progenitores de hijos extramatrimoniales, según lo prescribe el artículo 144 del mismo Código.

En el presente caso no se trata de un conflicto de patria potestad, pues el progenitor no está en ejercicio de ninguno de los derechos que la integran, y la demanda más bien ha sido planteada para que se prive a la madre de los atributos de “guarda, crianza y educación” y se confíen al actor, por cuanto, según este lo afirma, la señora Hernández Mora “hizo abandono del menor, dejándolo en el más absoluto desamparo” (sic).

No se ha rendido aún ninguna prueba sobre el abandono que se le atribuye a la madre, pues el juicio apenas está en sus inicios, y ni siquiera existe traslado de la demanda. Además, el propio señor Torres González reconoce que el menor “se encuentra en casa de doña Gabriela Mora Mesén”, y esa señora es la abuela materna, según lo demuestra la certificación visible a folio 6 del expediente.

Es obvio que en casos de abandono los Jueces pueden actuar de inmediato, en protección de los menores de edad, tanto así que el artículo 150 del Código de Familia dispone que “La declaración de abandono y la custodia al Patronato Nacional de la Infancia se tramitarán conforme al artículo 9º, es decir, en la vía sumaria de los incidentes.-

Pero en el caso en estudio no se ha planteado gestión en esa vía ni en la del depósito de menores, para recibir la prueba que sea necesaria y hacer posible que el Juzgado se pronuncie sobre alguna medida provisional, si realmente se dieran las circunstancias de un abandono, sin perjuicio de lo que se resuelva en el fallo definitivo.-

Tampoco dentro del expediente principal existe prueba de que la madre “abandonara” a su hijo, abandono que no podría tenerse por cierto por el solo hecho de que el niño se encuentre con su abuela materna y la madre se haya trasladado al exterior, pues es preciso tomar en cuenta todas las circunstancias que estén de medio, para decidir si en realidad se trata de un caso de abandono.-

En resumen, la medida decretada por el Juzgado resulta ser ilegítima, pues restringe indebidamente las facultades que corresponden a la madre en ejercicio de la patria potestad, y por allí también restringe la libertad del menor, más allá de las limitaciones que son inherentes a ese régimen de patria potestad, según lo dispuesto en los artículos 127 y 142 del Código de Familia.

Al cancelarse así la orden de impedimento, el Juzgado Segundo de Familia procederá a enviar las notas que correspondan, en cumplimiento de lo acordado.-

Los Magistrados Odio y Arroyo se pronunciaron por declarar sin lugar el recurso, pues consideran que de acuerdo con los principios que informan el Código de Familia; y que sintetiza su artículo 21, el Juez de Familia tiene facultades, en protección de los menores, para tomar medidas de esa clase, cuando juzguen que la conveniencia de estos no permite autorizar su salida del país, mientras en el proceso no se resuelva si se justifica o no sustituir a uno de los progenitores en la guarda, crianza y educación de su hijo. De ahí que no puede calificarse de ilegítima la orden en tal sentido, pues tiene el carácter de un acto tutelar en beneficio exclusivo del menor y no de quien promueve la acción, para obtener dicho pronunciamiento.